

# El derecho y las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)

Jairo Becerra • Germán Darío Flórez Acero,  
Claudia García Vargas • Carolina Rojas Orijuela Vargas,  
Marco Emilio Sánchez Acevedo • Jheison Torres Ávila

**PÚBLICO 3**



**MARCO EMILIO SÁNCHEZ ACEVEDO**, Abogado, especialista en Derecho Administrativo y Constitucional y en Gobierno Local Electrónico, doctorando en Derecho (Universidad de Valencia) excolegiado como Abogado ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, España, exasesor del programa Gobierno en Línea del Ministerio de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (MINTIC). Actualmente es profesor de posgrado en la Universidad Católica de Colombia e investigador de la Línea de investigación Derecho TIC.

**JHEISON TORRES ÁVILA**, Abogado de la Universidad Nacional de Colombia con Maestría en Derecho y doctorado en Derecho Constitucional de la Universidad de Alicante (España). Director de proyectos en instituciones como la Defensoría del Pueblo, el Ministerio del Interior y el PNUD. Ha sido consultor en la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR), el Ministerio de Justicia, la Comisión Colombiana de Juristas (CCJ), la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla (ERLB) y la Superintendencia de Servicios Públicos. Profesor de las Universidades Católica de Colombia, Rosario, Andes, Santo Tomás y Nacional de Colombia.

**CAROLINA ROJAS ORJUELA**, Abogada especializada en derecho comercial. Experta en derecho del consumo y comercio electrónico. Trabaja actualmente en compañía Almacenes Éxito.

#### OTROS TÍTULOS EN ESTA COLECCIÓN

- El principio de libertad en el derecho espacial
- Eficacia y validez del acto administrativo electrónico: una perspectiva en el derecho comparado de Colombia y España

**JAIRO BECERRA**, Abogado. Especializado en Ciencia Política, DEA en Derecho Internacional de la Universidad de Barcelona y candidato al doctorado en Derecho de la Universidad de Jaén, España. Fue interno de la Oficina para los Asuntos del Espacio Exterior de las Naciones Unidas (OOSA) y exasesor de la Secretaría de la Comisión Colombiana del Espacio (CCE). Actualmente miembro de la Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática, FIADI. Investigador del Grupo en Derecho Público y TIC de la Universidad Católica de Colombia.

**GERMÁN DARÍO FLÓREZ ACERO**, Abogado de la Universidad Nacional de Colombia. Master of Law in Intellectual Property de la Queen Mary University of London. Estudios en comercio electrónico en las Universidades Complutense de Madrid y Pecs de Hungría. Profesor de Derecho de Internet, Derecho de la Competencia en la Universidad Nacional de Colombia y de Propiedad Intelectual y Derecho Económico en la Universidad Católica de Colombia. Investigador de la Línea de Propiedad Intelectual del Grupo de Estudios en Derecho Privado y Propiedad Intelectual de la Universidad Católica de Colombia.

**CLAUDIA BIBIANA GARCÍA VARGAS**, Abogada. Especialista en Negocios Internacionales, con Maestría en Sistemas y Servicios de la Sociedad de la información-Especialidad en Derecho de la Tecnología y la Información, de la Universidad de Valencia, España. Abogada del Grupo de Investigaciones Administrativas y auditora de la Dirección de Protección de datos personales de la Superintendencia de Industria y Comercio. Investigadora del Grupo de Derecho Público y TIC de la Universidad Católica de Colombia.

Jairo Becerra • Germán Darío Flórez Acero • Claudia Bibiana García Vargas  
Carolina Rojas Orjuela • Marco Emilio Sánchez Acevedo • Jheison Torres Ávila

# El derecho y las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)

B

## PÚBLICO 3

Tecnologías de la información  
y la comunicación (TIC)



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
de Colombia

El derecho y las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) / Jairo Becerra... [et al].—  
Bogotá : Universidad Católica de Colombia, 2015

206 p. ; 17 x 24 cm— (Colección Jus público)

ISBN : 978-958-8465-65-4 (impreso)

ISBN : 978-958-8465-66-1 (digital)

1. Informática jurídica 2. Protección de datos-aspectos jurídicos 3. Información pública-  
aspectos jurídicos

I. Título II. Colección Jus público III. Becerra, Jairo IV. Flórez Acero, Germán Darío V. García  
Vargas, Claudia Bibiana VI. Rojas Orjuela, Carolina VII Sánchez Acevedo, Marco Emilio VIII.  
Torres Ávila, Jheison

Dewey 340.0285

### **Proceso de arbitraje**

1er concepto

Evaluación: 19 de agosto de 2014

2do concepto

Evaluación: 25 de febrero de 2015

Editado por

Jairo Becerra

Jheison Torres Ávila

© Universidad Católica de Colombia

© Jairo Becerra

Germán Darío Flórez Acero

Claudia Bibiana García Vargas

Carolina Rojas Orjuela

Marco Emilio Sánchez Acevedo

Jheison Torres Ávila

Primera edición, Bogotá, D. C.

Julio de 2015

*Dirección Editorial*

Stella Valbuena García

*Coordinación Editorial*

María Paula Godoy Casasbuenas

*Corrección de estilo*

Gustavo Patiño

*Diseño de colección*

Juanita Isaza

*Diagramación*

Andrés Mauricio Enciso Betancourt

*Impresión*

Digiprint editores e. u.

Bogotá, D. C., Colombia

### **Facultad de Derecho**

Carrera 13 N° 47-49

Bogotá, D. C.

derecho@ucatolica.edu.co

### **Editorial**

Universidad Católica de Colombia

Av. Caracas 46-72 piso 5

Bogotá, D. C.

editorial@ucatolica.edu.co

www.ucatolica.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni total ni parcialmente o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo del editor.

Hecho el depósito legal

© Derechos reservados

## CONTENIDO

<b>Prólogo</b> .....	7
<b>Introducción.</b> Sobre el derecho y las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) .....	9
<b>Capítulo 1.</b> El régimen de responsabilidad de la Administración Pública colombiana por la publicación de contenidos mediante el uso de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) .....	15
El problema .....	15
Introducción al problema, y su importancia .....	15
La transparencia y la información pública a través de medios electrónicos .....	18
El derecho al acceso a la información pública. Su fundamento en el ordenamiento jurídico colombiano .....	18
Qué información debe publicar la administración pública .....	21
De la información que se debe publicar en la sede electrónica, y de la que cuenta con reserva constitucional y legal .....	24
De la utilización de medios electrónicos por las administraciones públicas colombianas .....	28
Objeto y principios de la administración electrónica en el sistema jurídico colombiano .....	29
Del análisis constitucional y legal de la responsabilidad; de forma especial, por la publicación de contenidos en Internet .....	32

<b>Capítulo 2. El comercio electrónico y sus paradigmas en torno al derecho del consumo en Colombia</b> .....	39
Introducción.....	39
Seguridad en los pagos electrónicos.....	43
Algunas formas de pago electrónico.....	46
Leyes relacionadas con el comercio electrónico en Colombia.....	48
El Estatuto del Consumidor y el comercio electrónico en Colombia.....	55
Algunas distinciones sobre el concepto de consumidor.....	55
Generalidades del comercio electrónico en la práctica colombiana.....	60
Obligaciones precontractuales en el comercio electrónico.....	66
La información.....	71
El consentimiento electrónico, la oferta y la aceptación.....	79
Obligaciones contractuales.....	79
Calidad, idoneidad y seguridad.....	82
Obligaciones poscontractuales.....	84
Derecho de retracto.....	85
Reversión del pago.....	87
Conclusión.....	88

<b>Capítulo 3. Revisión del marco teórico para establecer responsabilidades sobre el Estado en sus relaciones con los proveedores de servicios de telecomunicaciones</b> .....	91
Introducción.....	91
Estado de la cuestión.....	92
La relación entre los proveedores de servicios de telecomunicaciones y la administración pública.....	92
La administración como proveedor del servicio de telecomunicaciones y la delegación del servicio en los particulares.....	93
La prestación del servicio por medios exclusivamente electrónicos.....	94
El gobierno abierto ( <i>open gov</i> ) y las actuaciones de la administración pública.....	95
Los ciudadanos, la sede electrónica y los proveedores del servicio de telecomunicaciones.....	96
La problemática sobre el acceso de los ciudadanos a la información y la relación determinante con los proveedores de servicios de telecomunicaciones.....	97
Conclusiones.....	99

<b>Capítulo 4.</b> La incidencia del modelo español en el registro nacional de bases de datos colombiano como herramienta de supervisión y control .....	101
Introducción.....	101
El caso español: el Registro General de Protección de Datos (RGPD).....	102
Antecedentes de la creación del Registro General de Bases de Datos .....	103
El ente de control: la AEPD.....	110
El proceso de vigilancia.....	113
Requisitos mínimos de información para solicitar en el proceso de registro ...	116
El Registro Nacional de Protección de Datos (RNBD). El caso colombiano .....	124
Antecedentes legales y jurisprudenciales del derecho a la protección de datos personales, como precedente para la existencia y creación del RNBD.....	128
La autoridad de control.....	135
Requerimientos de información y legales para la implementación del RNBD .....	141
Conclusiones .....	153
<b>Capítulo 5.</b> La fundamentación de los derechos: el caso del derecho a la inclusión digital.....	161
Introducción.....	161
La fundamentación de los derechos .....	163
¿Qué es un derecho, y para qué sirve? .....	166
Garantía social frente a las amenazas cotidianas.....	169
Los derechos como necesidades fundamentales .....	170
Los argumentos para la existencia de un derecho .....	172
Las teorías tradicionales sobre la fundamentación de los derechos .....	172
La clasificación histórica de los derechos y la fundamentación.....	179
El carácter prestacional y la promoción de la igualdad del derecho al acceso a Internet: la inclusión digital.....	180
<b>Bibliografía</b> .....	189

## PRÓLOGO

En el 2012, las directivas de la Universidad Católica de Colombia tomaron la decisión de crear en la Facultad de Derecho el Grupo de Investigaciones sobre Derecho Público y TIC, conscientes de la importancia que las nuevas tecnologías de la información y la comunicación tienen en el desarrollo de la vida contemporánea en múltiples campos de la actividad humana, con respecto a las cuales el derecho se ha venido ocupando mediante una ya abundante producción normativa.

Con la creación de este grupo, la Universidad ha querido hacer una apuesta en torno a propiciar la reflexión y el estudio de temáticas de punta en el campo de los estudios jurídicos, con la finalidad de producir investigaciones útiles, esto es, que apunten a la resolución de problemas pertinentes que enfrenta la sociedad, tanto en el ámbito interno como internacional.

En esta perspectiva, el Grupo en Derecho Público y TIC, en colaboración con el Grupo de Investigaciones en Derecho Privado y Propiedad Intelectual (GEPPi) de la Facultad de Derecho de esta misma Universidad, presenta esta obra, que estudia la relación entre el derecho y las tecnologías de la información y la comunicación con respecto a temas relevantes por su estrecha conexión con lo social. Es así como, a partir de las problemáticas que generan las nuevas tecnologías, es necesario fundamentar nuevos derechos ciudadanos, en particular el derecho a la inclusión digital, que parece adquirir los rasgos de un derecho fundamental, en la medida en que el uso de los medios electrónicos se torna cada vez más en el instrumento de comunicación ordinario y permanente entre el ciudadano y el

Estado, pero, igualmente, en la vía relacional de cualquier persona para la obtención de bienes y servicios generados por la sociedad.

Esta realidad ineludible en el mundo de hoy obliga al derecho a construir una dogmática en torno a este pretendido derecho fundamental, que, además, aborda otros aspectos relacionados, como el derecho al consumo en el espacio del comercio electrónico, el marco teórico jurídico en el cual deben moverse los proveedores de servicios de telecomunicaciones, así como un nuevo tipo de responsabilidad estatal por el uso de los medios electrónicos en la gestión administrativa.

Por todo ello, estoy seguro de que esta obra constituye un aporte significativo al estudio y análisis de las nuevas tecnologías y será un material de consulta obligatoria para todos aquellos especialistas del derecho interesados en estas temáticas, pues les permitirá tener una visión más profunda y clarificadora de lo que significa esta nueva revolución tecnológica y sus implicaciones para los seres humanos en todos los ámbitos de su existencia, frente a lo cual el derecho no puede permanecer ajeno y desinteresado, como infortunadamente ha ocurrido en otras épocas y con respecto a otras transformaciones que han alterado de manera intensa la vida social

Dr. Álvaro Echeverri Uruburu  
Director Centro de Investigaciones Socio Jurídicas- CISJUC  
Universidad Católica de Colombia.

# INTRODUCCIÓN

## Sobre el derecho y las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)

En cada uno de los nuevos escenarios del sector de las TIC<sup>1</sup>, el derecho ha entrado, o está en proceso de hacerlo, a comprender y regular de una forma un tanto abrupta e improvisada la interacción que se presenta entre el Estado, los ciudadanos y los proveedores de servicios de telecomunicaciones. Esta situación se evidencia, principalmente, por el avance desenfrenado de dichas tecnologías, que, de una forma profunda, han transformado los distintos escenarios sociales y que impiden que el derecho cree los espacios y los tiempos necesarios para una adecuada reflexión y un debate generador de normas afines al tema de las TIC. Por tal motivo, podemos observar cómo en distintas situaciones se crean normas carentes de un paraguas que cubra la total complejidad de sus situaciones, y que hacen necesaria la reflexión posterior de las normas o de nuevos escenarios no contemplados por la ley.

Aunque desde el inicio mismo de las telecomunicaciones en Colombia, podemos hablar de una relación entre el derecho y las TIC, y si bien se han dictado leyes importantes en la materia, como la Ley 54 de 1973 (la cual aprobó el acuerdo relativo a la Organización Internacional de Telecomunicaciones por Satélite [Intelsat]), la Ley 46 de 1985 (que aprobó el Reglamento de Radiocomunicaciones

.....  
<sup>1</sup> Tomado de la traducción del inglés de *Information and communications technology* (ICT).

de la Unión Internacional de Telecomunicaciones para Colombia) o la Ley 252 de 1995 (que aprobó la Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones y el Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones), nos ubicamos en los años finales del siglo XX para hablar del surgimiento de los cambios más significativos que han dado origen a situaciones como la Internet, las redes sociales, el comercio electrónico, la brecha digital, el ciberespionaje, los delitos electrónicos, la protección de datos personales o la administración electrónica, y que, a su vez, han generado la necesidad de una nueva legislación, a escala nacional e internacional, para regular esas realidades sociales.

Dentro de este nuevo cuerpo normativo, debemos, como primera medida, destacar la Ley 527 de 1999, que regula lo referente a la firma electrónica, complementada por el Decreto 2364 de 2012; la Ley 1480 de 2011, que instaura el estatuto del consumidor y asigna funciones y medios en el sector TIC; la Ley 1564 de 2012, que crea el nuevo código general del proceso e incluye la regulación de las actuaciones judiciales del Estado por medios electrónicos; la Ley 1437 de 2011, que crea el nuevo código de procedimiento administrativo y establece la utilización de medios electrónicos en el procedimiento administrativo; la Ley 1266 de 2008, sobre habeas data; la Ley 1581 de 2012, sobre protección de datos personales, o la Ley 1712 de 2014, sobre el acceso a la información pública.

En materia de operadores de telecomunicaciones, podemos hacer referencia a la Ley 1341 de 2009, por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las TIC, y, además, se crea la Agencia Nacional de Espectro, ente encargado de regular el espacio físico que permite las comunicaciones; también, el Decreto 2693 de 2012, que establece los lineamientos generales de la estrategia del gobierno en línea, y ayuda a reglamentar las leyes 1341 de 2009 y 1450 de 2011 (por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014).

Todo este *corpus iuris informationes et communicationis* (del cual, de forma directa e indirecta, hacen parte otras normas) plantean cuestiones muy interesantes de análisis, como el alcance del manejo de la información por parte del Estado y sus consecuencias, la transnacionalidad de los delitos cibernéticos, la privacidad de los datos o el derecho al olvido, por citar algunos ejemplos, que, además, se deben compaginar con las políticas públicas y las propias necesidades y el grado de desarrollo de la sociedad que exige cambios y flexibilidad normativa, sin

perder las garantías jurídicas que protegen sus derechos, y que, a su vez, fuerzan a los legisladores casi a un acto de malabarismo en la búsqueda de un equilibrio.

Con base en estas reflexiones, el grupo de Derecho Público y TIC de la Universidad Católica de Colombia desarrolló la investigación sobre la responsabilidad del Estado por la utilización por parte de las administraciones públicas de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Esta investigación tiene como objeto la profundización en algunos de los temas más relevantes del derecho TIC, algunos de los cuales se desarrollan en el presente libro.

En primer lugar, tenemos que aún no es ni mucho menos claro cuál es la responsabilidad del Estado, como administración pública, en los contenidos que publica a través de las nuevas plataformas tecnológicas, las cuales, a su vez, surgen de varias políticas públicas nacionales e internacionales, y que han forzado a varios países a abrir a la sociedad la información que poseen, sin medir sus consecuencias.

¿Es el Estado responsable si publica información de carácter reservado? ¿Cuál es la responsabilidad que se puede derivar de la publicación de datos personales de ciudadanos en páginas web o sedes electrónicas de la administración pública? De ahí la gran relevancia en el análisis y la investigación que nos plantea Marco Emilio Sánchez Acevedo, y que nos ayuda a conformar un esquema jurídico para poder resolver estas y otras muchas inquietudes.

También cabe destacar la importancia que para las relaciones comerciales han tenido las TIC, y cómo han transformado el comercio en los ámbitos mundial y local, por medio, principalmente, de la compra y la venta de bienes y servicios que trascienden la esfera nacional, para ir a una esfera global, donde los individuos interactúan de manera exponencial. Hoy día, podemos comprar y vender desde la comodidad de nuestros hogares infinidad de productos alrededor del mundo, hecho que genera preguntas sobre la validez, la eficacia y el alcance de dichas transacciones.

¿Son realmente seguras las mencionadas transacciones? ¿Cómo se conforman las obligaciones de los compradores y las de los vendedores en torno a ellas? ¿Cómo encontramos una estabilidad jurídica en torno a transacciones internacionales y a los derechos asociados al consumo? ¿Cuáles son sus características jurídicas? Un planteamiento en el que Germán Darío Flórez Acero y Carolina Rojas Orjuela nos introducen.

Se debe tener también en cuenta, en el contexto de las TIC y el derecho, lo relacionado con la regulación del ente por medio del cual las tecnologías de la información y las comunicaciones pueden existir: los operadores de telecomunicaciones. ¿Cuál es su papel en las TIC? ¿Cuál es su relación con la administración pública? ¿Tienen alguna responsabilidad? ¿Cómo se podría delimitar dicha responsabilidad en Colombia? Estas preguntas permiten la construcción de un marco normativo y teórico, de vital importancia en temas como este que aún no han sido prácticamente estudiados y que carecen de información esencial para conseguir un análisis y alternativas de respuesta.

Otro tema de gran relevancia que nos plantean las TIC es la protección de datos personales. Es posible hoy por hoy conocer, a solo unos cuantos clics de distancia, gran cantidad de información sobre una persona, y de lo cual, en la mayoría de casos, el propio sujeto desconoce que existe de forma pública y accesible a la sociedad en general; es decir, que se halla disponible sin su consentimiento. Dicha información subsiste y es manipulada en una gran cantidad de bases de datos, las cuales están sometidas al control del gobierno, para tratar de evitar su manejo inadecuado.

El fenómeno del manejo de datos personales es un problema legal que ha dado lugar a una normativa que trata de protegerlos y regularlos, y los cuales han originado que se adapten mecanismos de control de una legislación a otra. A ello no es indiferente la legislación colombiana: recientemente, por ejemplo, fue aprobada la Ley de Protección de Datos. Es así como Claudia Bibiana García Vargas nos hace un análisis de la influencia de la legislación española en el Registro Nacional de Bases de Datos Colombiano, y sobre la importancia de dicho registro para el control y la vigilancia ante posibles violaciones.

En la última parte, podemos ver cómo todos esos cambios tecnológicos y sociales traen consigo la posible generación de nuevos derechos, que podrían alcanzar, incluso, el grado de derechos fundamentales, por la importancia que revisten para los individuos y por el papel primario que juegan en su desarrollo en torno a las nuevas realidades. No podemos imaginar cómo una sociedad o un individuo se pueden desarrollar en la actualidad sin herramientas como la Internet, o sin el conocimiento para manejarlas. Es claro que la brecha tecnológica creada por la falta de recursos y de conocimientos digitales repercute de forma directa

•Introducción•

en el progreso social, y que conforma un factor más de los que contribuyen a la desigualdad y al estancamiento de los ciudadanos.

Para terminar, Jheison Torres Ávila nos presenta un hilo conductor entre los derechos fundamentales y el acceso a Internet, que nos acerca al concepto y la creación de un derecho a la inclusión digital, que promueva y ayude a cerrar la desigualdad que se presenta en el acceso y el conocimiento de medios tecnológicos y digitales por parte de un grupo importante de la población.

Jairo Becerra  
Editor



# EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COLOMBIANA POR LA PUBLICACIÓN DE CONTENIDOS MEDIANTE EL USO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN (TIC)

Marco Emilio Sánchez Acevedo

## El problema

### *Introducción al problema, y su importancia*

El punto de partida, necesariamente, viene dado por la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública<sup>2</sup>. En dicho cuerpo normativo se establecen la regulación del derecho de acceso a la información pública, los procedimientos para su ejercicio y su garantía y las excepciones a la publicidad de información. De forma consecuencial, el siguiente escalón normativo conlleva la Ley 1437 de 2011, norma que en sus artículos 53-63 ha incorporado el uso de los medios

.....  
<sup>2</sup> Proyecto de Ley 156 de 2011 Senado, 228 de 2012 Cámara, por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones. Actualmente en la Corte constitucional, Expediente PE-036-Sentencia C-274/13 (mayo 9) M. P. María Victoria Calle Correa, declarado exequible en su mayoría, recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/c-274-13.htm>.

electrónicos por parte de las administraciones públicas<sup>3</sup>. En tal medida, el problema objeto de investigación se centra en la potencial existencia de un marco normativo que regule la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas que, utilizando las tecnologías de la información y comunicación (TIC)<sup>4</sup>, publican contenidos, y con ello ocasionan un daño antijurídico<sup>5</sup>. Por tal motivo, no corresponde al presente estudio revisar las responsabilidades disciplinaria, penal y, en algún caso, fiscal, del caso.

En los términos hasta ahora descritos, el ámbito analítico se restringe al mandato constitucional de los artículos 6 y 90 de la Constitución Nacional, como punto de referencia para advertir sobre los efectos que ocasione la publicación de contenidos en Internet de los que se derive un daño. Por su parte, el artículo 90 de la Constitución Nacional especifica: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”. De tal manera, la transcrita disposición constitucional preceptúa la responsabilidad que se deriva de la noción de *daño antijurídico*, entendido como el perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo, de manera que emerge la obligación reparatoria del Estado, con independencia de si el proceder del agente estatal es lícito o no.

3 Uno de los principios que fundamentan la Ley 1341 de 2009 de 30 de julio, artículo 2.8 —por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC)— es la masificación del gobierno en línea, precisando que “Con el fin de lograr la prestación de servicios eficientes a los ciudadanos, las entidades públicas deberán adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el máximo aprovechamiento de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en el desarrollo de sus funciones. El Gobierno Nacional fijará los mecanismos y condiciones para garantizar el desarrollo de este principio. Y en la reglamentación correspondiente establecerá los plazos, términos y prescripciones, no solamente para la instalación de las infraestructuras indicadas y necesarias, sino también para mantener actualizadas y con la información completa los medios y los instrumentos tecnológicos”.

4 *Ibid.*, artículo 6 definición de TIC: “Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (en adelante TIC), son el conjunto de recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones, redes y medios, que permiten la compilación, procesamiento, almacenamiento, transmisión de información como voz, datos, texto, video e imágenes”.

5 Esto, a efectos de la posible constitución de la responsabilidad patrimonial del Estado: (i) la existencia de un daño antijurídico, (ii) que la acción o la omisión desplegadas sean imputables a las entidades públicas, y (iii) que se presente una relación de causalidad material entre el daño antijurídico y el órgano estatal.

•El régimen de responsabilidad de la Administración Pública colombiana•

Por otro lado, el artículo 6 Superior refiere: “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

Además de lo anterior, cabe mencionar que la Ley 594 de 2000 establece los lineamientos generales de responsabilidad por publicar la información. Igualmente, dispone los principios generales que rigen la función archivística, y dentro de los cuales, en materia de responsabilidad, se destaca que los servidores públicos son responsables de la organización, la conservación, el uso y el manejo de los documentos. De ello, cabe resaltar que la responsabilidad principal está en cabeza del servidor público encargado de la organización, la conservación, el uso y el manejo de los documentos. Según la misma disposición normativa, además, los funcionarios a cuyo cargo estén los archivos de las entidades públicas son responsables de la organización y la conservación, así como de la prestación, de los servicios archivísticos. Se destaca que los funcionarios de archivo tienen la misión de organizar, conservar y poner al servicio de la comunidad la documentación de la administración del Estado, y la que forme parte del patrimonio documental de la Nación.

Por su parte, la Administración Pública responde por la gestión de documentos y la administración de sus archivos. Sobre este aspecto, la normatividad subraya que las autoridades responsables de los archivos públicos y privados tienen la obligación de garantizar el derecho a la intimidad personal y familiar, así como la honra y el buen nombre de las personas y los demás derechos consagrados en la Constitución y las leyes<sup>6</sup>.

Finalmente, habría que acudir al inciso final del artículo 60 de la Ley 1437 de 2011, cuyo precepto establece de forma categórica el principio de responsabilidad en lo que refiere a las sedes electrónicas de las administraciones públicas, y el cual se desarrollará con detalle *a posteriori*.

.....  
<sup>6</sup> Congreso de la República de Colombia, Ley 1582 del 18 de octubre de 2012, “Por la cual se aprueba el Acuerdo de cooperación operativa y estratégica entre la República de Colombia y la Oficina Europea de Policía” (Bogotá: *Diario Oficial* 48.599, 30 de octubre de 2012).

## La transparencia y la información pública a través de medios electrónicos

*El derecho al acceso a la información pública. Su fundamento en el ordenamiento jurídico colombiano*

El artículo 3.8 de la Ley 1437 de 2011 refiere que, en virtud del principio de transparencia, la actividad administrativa es del dominio público; por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo por reserva legal. En ejercicio del derecho fundamental de acceso a la información, toda persona puede saber sobre la existencia de la información pública y acceder a ella en posesión o bajo control de los sujetos obligados<sup>7</sup>.

El acceso a la información solo podrá ser restringido excepcionalmente. Las excepciones serán limitadas y proporcionales, y deberán estar contempladas en la ley o en la Constitución y ser acordes con los principios de una sociedad democrática.

El derecho de acceso a la información genera la obligación correlativa de divulgar proactivamente la información pública y responder de buena fe, de manera adecuada, veraz, oportuna y accesible, a las solicitudes, lo que, a su vez, conlleva la obligación de producir o capturar la información pública. Para cumplir esto,

.....  
 7 El proyecto de Ley 156 de 2011, Op cit., establece en su artículo 5° que son sujetos obligados: "a) Toda entidad pública, incluyendo las pertenecientes a todas las Ramas del Poder Público, en todos los niveles de la estructura estatal, central o descentralizada por servicios o territorialmente, en los órdenes nacional, departamental, municipal y distrital; b) Los órganos, organismos y entidades estatales independientes o autónomos y de control; c) Las personas naturales y jurídicas, públicas o privadas, que presten función pública, que presten servicios públicos respecto de la información directamente relacionada con la prestación del servicio público; d) Cualquier persona natural, jurídica o dependencia de persona jurídica que desempeñe función pública o de autoridad pública, respecto de la información directamente relacionada con el desempeño de su función; e) Las empresas públicas creadas por ley, las empresas del Estado y sociedades en que este tenga participación; f) Los partidos o movimientos políticos y los grupos significativos de ciudadanos; g) Las entidades que administren instituciones parafiscales, fondos o recursos de naturaleza u origen público. Las personas naturales o jurídicas que reciban o intermedien fondos o beneficios públicos territoriales y nacionales y no cumplan ninguno de los otros requisitos para ser considerados sujetos obligados, sólo deberán cumplir con la presente ley respecto de aquella información que se produzca en relación con fondos públicos que reciban o intermedien. Parágrafo 1°. No serán sujetos obligados aquellas personas naturales o jurídicas de carácter privado que sean usuarios de información pública y que utilicen la misma con fines periodísticos o académicos. Parágrafo 2°. Se exceptúan de la aplicación de esta ley y por tanto gozan de reserva legal la información, documentos, bases de datos y contratos relacionados con defensa y seguridad nacional, orden público y relaciones internacionales, de conformidad con el artículo 74 de la Constitución Nacional, el artículo 12 de la Ley 57 de 1985, el artículo 27 de la Ley 594 de 2000, la Ley 1097 de 2006, el literal d) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 de 2007, la Ley 1219 de 2008, el artículo 2° de la Ley 1266 de 2008, el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011 y demás normas que las adicionen, modifiquen o sustituyan". Artículo declarado exequible por parte de la Corte Constitucional, en Sentencia C-274/13 (mayo 9).

los sujetos obligados deberán implementar procedimientos archivísticos que garanticen la disponibilidad en el tiempo de documentos electrónicos auténticos.

De conformidad con el artículo 74 de la Constitución Política Colombiana, la Ley 57 de 1985 establece en su artículo 12: “Toda persona tiene derecho a consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas y a que se le expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o la ley, o no hagan relación a la defensa o seguridad nacional”. En el mismo sentido, la Ley 594 de 2000 establece en su artículo 27: “Todas las personas tienen derecho a consultar los documentos de archivos públicos y a que se les expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o a la ley”.

Así pues, según está plasmado en el artículo 7 del ya mencionado proyecto de ley de transparencia y acceso a la administración pública<sup>8</sup>, la información deberá estar a disposición del público en la web, con el fin de que se pueda obtener de manera directa o mediante impresiones. Al mismo tiempo, se deberá proporcionar apoyo a los usuarios que lo requieran y proveer todo tipo de asistencia respecto a los trámites y los servicios que presten; y, con el objeto de facilitar que las poblaciones específicas accedan a la información que particularmente las afecte, los sujetos obligados, por solicitud de las autoridades de las comunidades, divulgarán la información pública en diversos idiomas y lenguas, y elaborarán formatos alternativos comprensibles para dichos grupos. Igualmente, preceptúa el proyecto que deberá asegurarse el acceso a dicha información a los distintos grupos étnicos y culturales del país, así como la adecuación de los medios de comunicación que les faciliten el acceso a las personas que se hallen en situación de discapacidad.

En el mismo sentido, se debe referir que la publicación de la información no debe escapar del cumplimiento de los principios de:

- **Principio de máxima publicidad para titular universal:** Según el cual toda información en posesión, bajo control o bajo custodia de un sujeto obligado es pública, y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal, de conformidad con la ley.

.....  
8 Artículo declarado exequible por la Corte Constitucional, en Sentencia C-274/13 (mayo 9).

- ***Principio de la transparencia y acceso a la información pública:*** En virtud del cual, en la interpretación del derecho de acceso a la información, se deberá adoptar un criterio de razonabilidad y proporcionalidad.
- ***Principio de buena fe:*** Según el cual todo sujeto obligado a cumplir con las obligaciones derivadas del derecho de acceso a la información pública lo hará con motivación honesta, leal y desprovista de cualquier intención dolosa o culposa.
- ***Principio de facilitación:*** Según el cual los sujetos obligados deberán facilitar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública excluyendo las exigencias o los requisitos que puedan obstruirlo o impedirlo.
- ***Principio de no discriminación:*** Según el cual los sujetos obligados deberán entregar información a todas las personas que lo soliciten, en igualdad de condiciones, sin hacer distinciones arbitrarias y sin exigir expresión de causa o de motivación para la solicitud.
- ***Principio de gratuidad:*** Según el cual el acceso a la información pública es gratuito, y no se podrán cobrar valores adicionales al costo de reproducción de la información.
- ***Principio de celeridad:*** Según el cual se busca la agilidad en el trámite y la gestión administrativa; comporta la indispensable agilidad en el cumplimiento de las tareas a cargo de las entidades y los servidores públicos.
- ***Principio de eficacia:*** El cual impone el logro de resultados mínimos en relación con las responsabilidades confiadas a los organismos estatales, con miras a la efectividad de los derechos colectivos e individuales.
- ***Principio de la calidad de la información:*** Según el cual toda la información de interés público que sea producida, gestionada y difundida por el sujeto obligado deberá ser oportuna, objetiva, veraz, completa, reutilizable, procesable, y estar disponible en formatos accesibles para los solicitantes y los interesados en ella, teniendo en cuenta los procedimientos de gestión documental de la respectiva entidad.
- ***Principio de la divulgación proactiva de la información:*** Según el cual el derecho de acceso a la información no radica únicamente en la obligación de dar respuesta a las peticiones de la sociedad, sino también, en el deber de los sujetos obligados de promover y generar una cultura de transparencia, lo que conlleva la obligación de publicar y divulgar

•El régimen de responsabilidad de la Administración Pública colombiana.

documentos y archivos que plasman la actividad estatal y de interés público, de forma rutinaria y proactiva, actualizada, accesible y comprensible, atendiendo a límites razonables del talento humano y de los recursos físicos y financieros.

- ***Principio de responsabilidad en el uso de la información:*** Según el cual toda persona que haga uso de la información que proporcionen los sujetos obligados lo hará atendiendo a la veracidad de esta.

### *Qué información debe publicar la administración pública*

Antes de determinar qué tipo de información debe publicar la administración pública, se debe poner de presente algunos conceptos que la propia ley de transparencia incorpora; entre ellos, cabe mencionar la noción de *información*, entendida ésta como el conjunto organizado de datos contenido en cualquier documento que los sujetos obligados generen, obtengan, adquieran, transformen o controlen. En cuanto a la *información pública*<sup>9</sup>, en términos de la ley, esta será toda información que un sujeto obligado genere, obtenga, adquiera, o controle en su calidad de tal. Con un mayor nivel de especificidad, se encuentra el concepto de *información pública clasificada*<sup>10</sup>, la cual es la información que, estando en poder o bajo custodia de un sujeto obligado en su calidad de tal, pertenece al ámbito propio,

9 La información pública, calificada como tal según los mandatos de la ley o de la Constitución, puede ser obtenida y ofrecida sin reserva alguna, y sin importar si esta es información general, privada o personal. Por vía de ejemplo, pueden contarse los actos normativos de carácter general, los documentos públicos en los términos del artículo 74 de la Constitución y las providencias judiciales debidamente ejecutoriadas. Igualmente, serán públicos los datos sobre el estado civil de las personas o sobre la conformación de la familia, información que puede solicitarse por parte de cualquier persona, de manera directa y sin el deber de satisfacer requisito alguno. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-157 de 2010.

10 En la Sentencia T-729 de 2002, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional hizo una doble tipología de la información, para definir si vulnera el derecho a la intimidad de las personas naturales o la posibilidad de acceso público a información habilitada en Internet, por la Superintendencia Nacional de Salud y Catastro, y relacionada con la afiliación al sistema de seguridad social y a la propiedad de bienes inmuebles, respectivamente, por medio de la digitación de la cédula de ciudadanía. La clasificación formulada por la corte en esa oportunidad estableció, por una parte, que la información se podía catalogar como *personal o impersonal* en razón de la protección de derechos como la intimidad, el buen nombre y el *habeas data*, entre otros. Y, por otra, la clasificación a partir de “[...] un punto de vista cualitativo en función de su publicidad y la posibilidad legal de obtener acceso a la misma”. De acuerdo con esta última, la información puede ser: (i) pública o de dominio público; (ii) semiprivada; (iii) privada, y (iv) reservada o secreta.

particular y privado<sup>11</sup> o semiprivado<sup>12</sup> de una persona natural o jurídica, por lo que su acceso podrá ser negado o exceptuado, siempre y cuando se trate de las circunstancias legítimas y necesarias, y de los derechos particulares o privados consagrados en el artículo 18 de la Ley 1712 de 2014.

La *información pública reservada*<sup>13</sup>, por su parte, es la información que, estando en poder o bajo custodia de un sujeto obligado en su calidad de tal, es exceptuada de acceso a la ciudadanía, por daño a intereses públicos y en cumplimiento de la totalidad de los requisitos consagrados en el artículo 19 de la Ley 1712 de 2014. Finalmente, *publicar o divulgar* significa dejar la información a disposición, en una forma de acceso general, a los miembros del público, e incluye la impresión, la emisión y las formas electrónicas de difusión.

A los conceptos anteriores debe adicionarse la noción de *datos abiertos*, respecto a los cuales la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública se refiere en su artículo 6º, en los siguientes términos:

[...] son todos aquellos datos primarios o sin procesar, que se encuentran en formatos estándar e interoperables que facilitan su acceso y reutilización, los cuales están bajo la custodia de las entidades públicas o privadas que cumplen con funciones públicas y que son puestos a disposición de cualquier ciudadano, de forma libre y sin restricciones, con el fin de que terceros puedan reutilizarlos y crear servicios derivados de los mismos. (Ley 1712 de 2014)

En cuanto al derecho de acceso a documentos públicos dentro del marco del derecho a la información, la Sentencia T-1025 de 2007 retomó el resumen consignado en la Sentencia C-491 de 2007; en ella estableció:

11 Según la Sentencia T-157 de 2010. Op cit., la información privada será la que, por versar sobre información personal o no, y que por hallarse en un ámbito privado, solo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Es el caso de los libros de los comerciantes, de los documentos privados, de las historias clínicas o de la información extraída a partir de la inspección de un domicilio.

12 Según la Sentencia T-157 de 2010. Op cit., la información semiprivada será la que, por versar sobre información personal o impersonal, y no estar comprendida por la regla general anterior, presenta para su acceso y su conocimiento un grado mínimo de limitación, de tal forma que esta solo puede ser obtenida y ofrecida por orden de la autoridad administrativa en el cumplimiento de sus funciones, o dentro del marco de los principios de la administración de datos personales. Es el caso de los datos relativos a las relaciones con las entidades de la seguridad social o de los datos relativos al comportamiento financiero de las personas.

13 Según la Sentencia T-157 de 2010. Op cit., la información reservada, que por versar, igualmente, sobre información personal, y, sobre todo, por su estrecha relación con los derechos fundamentales del titular —dignidad, intimidad y libertad—, se encuentra reservada a su órbita exclusiva, y no puede siquiera ser obtenida ni ofrecida por autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Cabría mencionar aquí la información genética, y los llamados “datos sensibles o relacionados con la ideología, la inclinación sexual, los hábitos de la persona, etc.”.

## •El régimen de responsabilidad de la Administración Pública colombiana•

- i. La norma general es que las personas tienen derecho a acceder a la información que reposa en las instituciones del Estado. Ello significa que las normas que limiten el acceso a información deben ser interpretadas de manera restrictiva y que toda limitación debe ser motivada;
- ii. En armonía con lo establecido en el art. 74 de la Constitución, los límites al acceso a la información bajo control del Estado deben ser fijados a través de la ley;
- iii. Los límites fijados en la ley para el acceso a la información pública deben ser precisos y claros en lo referido al tipo de información que puede ser reservada y a la autoridad que puede tomar esa determinación;
- iv. Desde la perspectiva constitucional, los límites al acceso a la información bajo control del Estado sólo son válidos si persiguen la protección de derechos fundamentales o bienes constitucionalmente valiosos, tales como la seguridad y defensa nacionales, los derechos de terceros, la eficacia de las investigaciones estatales y los secretos comerciales e industriales. En todo caso, las restricciones concretas deben estar en armonía con los principios de razonabilidad y proporcionalidad y pueden ser objeto de examen por parte de los jueces;
- v. La determinación de mantener en reserva o secreto un documento público opera sobre el contenido del mismo, pero no sobre su existencia;
- vi. En el caso de los procesos judiciales sometidos a reserva, ésta se levanta una vez terminado el proceso. Solamente podrá continuar operando la reserva respecto de la información que puede comprometer seriamente derechos fundamentales o bienes constitucionales;
- vii. La ley no puede asignarle el carácter de información reservada a documentos o datos que, por decisión constitucional, tienen un destino público;
- viii. En todo caso, la reserva debe ser temporal. El plazo que se fije debe ser razonable y proporcional al bien jurídico que se persigue proteger a través de la reserva;
- ix. Durante la vigencia del período de reserva de la información, los documentos y datos deben ser debidamente custodiados y mantenidos, con el fin de permitir su publicidad posterior;

- x. El deber de reserva se aplica a los servidores públicos. Este deber no cobija a los periodistas y, en principio, la reserva no autoriza al Estado para impedir la publicación de la información por parte de la prensa;
- xi. La reserva de la información bajo control del Estado se aplica a las peticiones ciudadanas. Ella no puede extenderse a los controles intra e interorgánicos de la Administración y el Estado; y
- xii. En el caso de las informaciones relativas a la defensa y la seguridad nacionales, que era el tema que ocupaba a la Corte en esa ocasión, se admite la reserva de la información, pero siempre y cuando se ajuste a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

En este orden de ideas, debe determinarse qué información es pública, y, por ende, debe ser publicada en la web, que en los términos de la Ley 1437 de 2011, artículo 60 se denomina *sede electrónica*. Así mismo, debe fijarse cuál información goza de reserva, motivo por el cual no reviste el carácter de pública.

*De la información que se debe publicar en la sede electrónica, y de la que cuenta con reserva constitucional y legal*

Información respecto a la estructura del sujeto obligado

Los sujetos obligados deberán publicar la descripción de su estructura orgánica, sus funciones y sus deberes, la ubicación de sus sedes y sus áreas, sus divisiones o sus departamentos, y sus horas de atención al público; también, su presupuesto general, la ejecución presupuestal histórica anual y los planes de gasto público para cada año fiscal, de conformidad con el artículo 74 de la Ley 1474 de 2011; así mismo, un directorio que incluya el cargo, las direcciones de correo electrónico y teléfono del despacho de los empleados y los funcionarios, y las escalas salariales correspondientes a las categorías de todos los servidores que trabajan en el sujeto obligado, de conformidad con el formato de información de servidores públicos y contratistas; además, todas las normas generales y reglamentarias, las políticas, los lineamientos o manuales, las metas y los objetivos de las unidades administrativas, de conformidad con sus programas operativos, y los resultados de las auditorías al ejercicio presupuestal, e indicadores de desempeño; también,

•El régimen de responsabilidad de la Administración Pública colombiana•

su respectivo plan de compras anual, así como las contrataciones adjudicadas para la correspondiente vigencia, en lo relacionado con funcionamiento e inversión, las obras públicas, los bienes adquiridos o los arrendados; y en el caso de los servicios de estudios o de investigaciones, deberá señalarse el tema específico, de conformidad con el artículo 74 de la Ley 1474 de 2011.

En el caso de las personas naturales con contratos de prestación de servicios, deberá publicarse el objeto del contrato, junto con el monto de los honorarios y las direcciones de correo electrónico, de conformidad con el formato de información de servidores públicos y contratistas; también, los plazos de cumplimiento de los contratos; igualmente, el Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano, de conformidad con el artículo 73 de la Ley 1474 de 2011<sup>14</sup>.

Precisamente, la Ley 1474 de 2011 ha determinado que en lo referente a la información de los servidores públicos y de las personas naturales con contratos de prestación de servicios, se omitirá cualquier información que afecte la privacidad y el buen nombre de los servidores públicos y de los contratistas, en los términos definidos por la Constitución y la ley<sup>15</sup>.

En el caso de la información de contratos sometidos al régimen de contratación estatal, cada entidad publicará en el medio electrónico institucional sus contrataciones en curso y un vínculo al sistema electrónico para la contratación pública, o el que haga sus veces, y a través del cual se podrá acceder directamente a la información correspondiente al respectivo proceso contractual, en los que se encuentren sometidas a dicho sistema, sin excepción.

Información respecto a los servicios y los procedimientos que debe estar en la sede electrónica de las administraciones

Todo sujeto obligado deberá publicar todo servicio que brinde directamente al público, incluyendo normas, formularios y protocolos de atención; también, toda la información correspondiente a los trámites que se pueden agotar en la entidad, incluyendo la normativa relacionada, el proceso, los costos asociados y los

.....  
14 Congreso de la República de Colombia, Proyecto de Ley 156 Estatutaria 56 de 2011, "Por medio de la cual, se crea la Ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional, y se dictan otras disposiciones", Op cit., artículo 9, declarado exequible en Sentencia C-274/13.

15 La principal limitación impuesta por tal disposición no es otra que el artículo 15 constitucional, referido al derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales, disposición desarrollada por la Ley Estatutaria 1581 de 2012.

distintos formatos o los formularios requeridos; una descripción de los procedimientos que se siguen para tomar decisiones en las diferentes áreas; el contenido de toda decisión o toda política que haya adoptado y afecte al público, junto con sus fundamentos y toda interpretación autorizada de ellas; todos los informes de gestión, evaluación y auditoría del sujeto obligado; todo mecanismo interno y externo de supervisión, notificación y vigilancia pertinente del sujeto obligado; sus procedimientos, sus lineamientos y sus políticas en materia de adquisiciones y compras, así como todos los datos de adjudicación y ejecución de contratos, incluidos concursos y licitaciones; todo mecanismo de presentación directa de solicitudes, quejas y reclamos a disposición del público en relación con acciones u omisiones del sujeto obligado, junto con un informe de todas las solicitudes, las denuncias y los tiempos de respuesta del sujeto obligado; todo mecanismo o procedimiento por medio del cual el público pueda participar en la formulación de la política o el ejercicio de las facultades de ese sujeto obligado; un registro de publicaciones que contenga los documentos publicados de conformidad con la Ley 1712 de 2014, y automáticamente disponibles, así como un Registro de Activos de Información; los sujetos obligados deberán publicar datos abiertos, para lo cual deberán contemplar las excepciones establecidas en el Título III “Categorías especiales de datos” de la Ley Estatutaria 1581 de 2012. Adicionalmente, para las condiciones técnicas de su publicación, se deberán observar los requisitos que establezca el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, o quien haga sus veces.

Información que goza de protección constitucional y legal, y, por ende, no debe publicarse

Precisamente, el tema reviste importancia respecto a la responsabilidad de las administraciones públicas por la publicación de contenidos en Internet cuando dicha información ocasiona un daño antijurídico; específicamente, la divulgación de la información que por mandato constitucional y legal goza de una especial protección. Siguiendo el mandato legal, se la puede clasificar, por un lado, en *información exceptuada por daño ocasionado a derechos de personas naturales o jurídicas* y, por otro, en *información exceptuada por daño ocasionado a los intereses públicos*.

•El régimen de responsabilidad de la Administración Pública colombiana•

*Información exceptuada por daño de derechos a personas naturales o jurídicas*

Sobre el particular será, pues, toda información pública clasificada<sup>16</sup> cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito, siempre y cuando el acceso pudiere causar un daño a los siguientes derechos:

- El derecho de toda persona a la intimidad, según las limitaciones propias que impone la condición de servidor público, en concordancia con lo estipulado por el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011<sup>17</sup>.
- El derecho de toda persona a la vida, a la salud y la seguridad.
- Los secretos comerciales, industriales y profesionales, así como los estipulados en el parágrafo del artículo 77 de la Ley 1474 de 2011.

Estas excepciones tienen una duración ilimitada, y no deberán aplicarse cuando la persona natural o jurídica ha consentido en la revelación de sus datos personales o privados, o bien cuando es claro que la información fue entregada como parte de la información que debe estar bajo el régimen de publicidad aplicable.

*Información exceptuada por daño a los intereses públicos*

Es toda información pública reservada<sup>18</sup> cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado, lo cual, a su vez, deberá constar por escrito, y procede siempre que dicho acceso estuviere expresamente prohibido por una norma legal o constitucional. En estos términos, se trata de la información referida a la defensa y la seguridad nacionales; a la seguridad pública; a las relaciones internacionales; a la prevención, la investigación y la persecución de los delitos y las faltas disciplinarias, mientras no se haga efectiva la medida de aseguramiento o se formule pliego de cargos, según el caso; al debido proceso y la igualdad de las partes en los

.....  
16 Ley 156 de 2011, Op cit., artículo 6° establece como información pública clasificada la información que, estando en poder o bajo custodia de un sujeto obligado en su calidad de tal, pertenece al ámbito propio (particular y privado o semiprivado) de una persona natural o jurídica, por lo que su acceso podrá ser negado o exceptuado, siempre y cuando se trate de las circunstancias legítimas y necesarias, y de los derechos particulares o privados consagrados en el artículo 18 de la Ley 1712 de 2014.

17 Declarado *inexequible* (diferido hasta el 31 de diciembre de 2014) por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-818 de 2011.

18 Ley 156 de 2011, Op cit., artículo 6.d: la información pública reservada es la información que, estando en poder o bajo custodia de un sujeto obligado en su calidad de tal, es exceptuada de acceso a la ciudadanía, por daño a intereses públicos y en cumplimiento de la totalidad de los requisitos consagrados en el artículo 19 de la Ley 1712 de 2014.

procesos judiciales; a la administración efectiva de la justicia; a los derechos de la infancia y la adolescencia; a la estabilidad macroeconómica y financiera del país; a la salud pública, y a los documentos que contengan las opiniones o los puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos<sup>19</sup>.

Una de las situaciones importantes que consagra el proyecto de ley 156 de 2011, es la posibilidad de divulgación parcial en las circunstancias en las cuales de la totalidad de la información contenida en un documento, y que no esté protegida por una excepción contenida en la ley, debe hacerse una versión pública que mantenga la reserva únicamente de la parte indispensable. La información pública que no se encuentra en ningún supuesto de excepción deberá ser entregada a la parte solicitante, así como ser de conocimiento público. La reserva de acceso a la información opera respecto al contenido de un documento público, pero no a su existencia.

No obstante lo anterior, estas excepciones de acceso a la información no aplican en casos de violación de derechos humanos o ante delitos de lesa humanidad, y, en todo caso, se deberán proteger los derechos de las víctimas de dichas violaciones.

Cabe señalar que el carácter reservado de un documento o de una información, salvo la reserva en los procesos judiciales, no será oponible a las autoridades judiciales ni a los congresistas, en el ejercicio del control que le corresponde adelantar al Congreso. Dichas autoridades deberán asegurar la reserva de los documentos que lleguen a conocer.

### **De la utilización de medios electrónicos por las administraciones públicas colombianas**

Como se ha referido, la administración pública colombiana estará obligada<sup>20</sup> a publicar la información a través de su web, en términos del propio proyecto de ley, para una mejor comprensión en su sede electrónica, en los términos del artículo 60 de la Ley 1437 de 2011. En ese orden de ideas, es dable determinar si el uso de medios electrónicos en la administración pública colombiana tiene un

.....  
<sup>19</sup> Así lo establece el artículo 19 del proyecto de ley 156 de 2011, Op cit.

<sup>20</sup> En virtud de entrada en vigor de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Declarada su constitucionalidad por sentencia C-274/13.

marco normativo que lo sustente, para lo cual se procederá a efectuar el siguiente análisis.

### *Objeto y principios de la administración electrónica en el sistema jurídico colombiano*

La Constitución colombiana refiere en su artículo 113: “son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”. Así mismo, el artículo 209 Superior refiere: “la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”.

Pues bien, uno de los aspectos más relevantes de la incorporación de las TIC en las administraciones públicas es la consagración de un marco normativo adecuado que contemple la singularidad que implica el uso de estas herramientas informáticas y comunicativas. En ese orden de ideas, preliminarmente se subraya cómo la administración pública se caracteriza por su actuación reglada, por lo cual requiere un régimen jurídico que establezca, entre otras cosas, la forma de presentación de las solicitudes, las peticiones y demás de los ciudadanos, a través de registros electrónicos; vale decir, las formas de acceso de los ciudadanos a las administraciones utilizando TIC; también, la forma de identificación tanto de los ciudadanos como de las administraciones (identificación electrónica); la forma de llevar a efecto un expediente administrativo electrónico; los requisitos para la validez y la eficacia de un acto administrativo digital; la forma y los requisitos de lo que la doctrina moderna significa como *sede electrónica*, el archivo electrónico, el régimen de días hábiles o no, las fechas y los plazos, el cómputo de plazos, todo cuando se hable de uso de medios electrónicos en la actuación administrativa; y, para efectos de la presente ponencia, la responsabilidad por la utilización

de dichos medios en la actuación administrativa, cuando de ella se desprenda, por el hecho de ocasionar un daño antijurídico.

Todo lo anterior requiere una regulación clara, desde el punto de vista tanto interno como externo, entendiendo este último como las relaciones de la administración con los ciudadanos. De lo contrario, se corre el riesgo de desaprovechar las posibilidades que ofrecen la incorporación de las TIC en orden al tratamiento de la información y la simplificación de las comunicaciones<sup>21</sup>.

El ordenamiento legal colombiano (en específico, la Ley 1437 de 2011, “por el cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”) establece dos cuestiones de importancia trascendental en lo que se refiere a la incorporación de TIC en la administración pública; a saber: (i) un conjunto de principios generales referidos a la administración pública, y que se traspasan a la e-administración, sumado ello a (ii) un conjunto de principios particulares de la administración electrónica y todo un capítulo relativo al uso de medios electrónicos en el procedimiento administrativo.

La nueva disposición normativa menciona el artículo 3° de la Ley 1437 de 2011, como el elemento normativo que condensa el conjunto de principios generales que guía a toda autoridad<sup>22</sup> en la interpretación y la aplicación de las disposiciones que regulan las actuaciones y los procedimientos administrativos consagrados en la Constitución y en la ley. Así las cosas, el debido proceso, la igualdad, la imparcialidad, la buena fe, la moralidad, la participación, *la responsabilidad*, la transparencia, la publicidad, la coordinación, la eficacia, la economía y la celeridad son principios que se imponen en la actuación administrativa electrónica.

En el contexto descrito, surge el cuestionamiento de si es obligatorio el uso de medios electrónicos por las administraciones públicas. Del análisis del artículo

---

21 Julián Valero Torrijos, *Régimen Jurídico de la e-administración* (Granada: Comares, 2004). No obstante ello, la naturaleza innovadora de la tarea aludida no siempre será imprescindible, pues, frecuentemente, los principios en los que se sustentan las normas tradicionales resultan plenamente aplicables a la actividad administrativa desarrollada a través de medios informáticos y telemáticos, por lo cual, en este caso, la labor de adaptación exigida por el principio constitucional de eficacia podría limitarse a ligeros retoques en la dicción literal de la normas; o, más simplemente, a una interpretación acorde con las circunstancias del momento en el cual aquellas deben aplicarse siguiendo el criterio hermenéutico del Código Civil.

22 Entendiendo como tal a todos los organismos y las entidades que conforman las ramas del Poder Público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado, y a los particulares que cumplan funciones administrativas. Artículo 2° de la referida normativa.

•El régimen de responsabilidad de la Administración Pública colombiana•

53 de la Ley 1437 de 2011, se podría desprender que no existe esa obligación, como se lee en el siguiente apartado: “los procedimientos y trámites administrativos podrán realizarse a través de medios electrónicos [...]” permitiendo el uso alternativo de otros procedimientos.

No obstante lo anterior, el artículo 54 de la referida norma reconoce el derecho de los ciudadanos a actuar ante las autoridades utilizando medios electrónicos. Así pues, existe un derecho, reconocido por la ley a favor de los ciudadanos, de relacionarse por medios electrónicos con la administración. En tal medida, el principio de transparencia se desarrolla a plenitud cuando todas las personas o cualquier persona conocen las actuaciones de la administración.

En relación con el principio de publicidad, la nueva disposición normativa señala la posibilidad de notificar los actos administrativos por medios electrónicos.

En lo relacionado con el acto administrativo electrónico, señala el artículo 57 de la Ley 1437 de 2011, pese a no esbozar una definición completa, que las autoridades podrán emitir válidamente actos administrativos por medios electrónicos, siempre y cuando se aseguren su autenticidad, su integridad y su disponibilidad.

También, el artículo 58 refiere a los principios de autenticidad e integridad del archivo electrónico, pero no preceptúa la forma como se debe operar para que tal archivo sea auténtico e íntegro; o, mejor aún, qué son la autenticidad y la integridad de un archivo electrónico, ni cuáles son sus atributos.

La referida normativa tampoco define en su artículo 60 la sede electrónica; sin embargo, impone la obligación de que toda autoridad deberá tener al menos una dirección electrónica<sup>23</sup>; tampoco fija el contenido de la sede electrónica. No obstante, en lo normativo, dispone que las sedes compartidas deben garantizar los principios de calidad, seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad e interoperabilidad, sin que, en ningún caso, mencione la conceptualización de cada uno de dichos principios. Una cuestión que resulta de trascendental importancia en la inclusión, de forma general, del principio de responsabilidad en el artículo 60, que, a su vez, preceptúa:

.....  
23 Las direcciones electrónicas son la forma de ubicar unívocamente a cada persona y cada computador en la Red. Son únicas: no puede haber dos iguales en el mundo, pues así los mensajes se perderían. Existen tres tipos: 1) las de computadores (llamadas *dominios*), 2) las de personas (casillas de E-mail) y 3) las de recursos (por ejemplo, una página web). Su estructura se basa en partes fijas y partes opcionales. <http://www.arrakis.es/~wenceslao/CursoWeb/1/direcciones.html>

Artículo 60. Sede electrónica. Toda autoridad deberá tener al menos una dirección electrónica.

La autoridad respectiva garantizará condiciones de calidad, seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad e interoperabilidad de la información de acuerdo con los estándares que defina el Gobierno Nacional.

Podrá establecerse una sede electrónica común o compartida por varias autoridades, siempre y cuando se identifique claramente quién es el responsable de garantizar las condiciones de calidad, seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad e interoperabilidad. Así mismo, cada autoridad usuaria de la sede compartida será responsable de la integridad, autenticidad y actualización de la información y de los servicios ofrecidos por este medio.

En tales términos, queda establecido el principio de responsabilidad de las autoridades que cuenten con sedes electrónicas, y según el cual se deberá responder por la integridad, la autenticidad y la actualización de la información. De ahí deriva el problema objeto de estudio, el cual se plantea como sigue: *¿Qué consecuencias jurídicas se presentan si con la publicación de información a través de la sede electrónica de la administración se causa un daño antijurídico? ¿Cuál es el régimen de responsabilidad de la administración en tal supuesto?*

### **Del análisis constitucional y legal de la responsabilidad; de forma especial, por la publicación de contenidos en Internet**

La Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico, aprobada por la IX Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, en Pucón, Chile, del 31 de mayo y el 1 de junio de 2007, y adoptada por la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno en Santiago de Chile, el 10 de noviembre de 2007 (Resolución No. 18 de la Declaración de Santiago)—entre otros, el de Colombia—, establece en su artículo 6 literal f que, según el principio de responsabilidad, la Administración y el Gobierno deben responder por sus actos realizados por medios electrónicos, tanto como por los hechos a través de los medios tradicionales.

De acuerdo con dicho principio, las informaciones oficiales que se faciliten por medios electrónicos no pueden beneficiarse de una cláusula general de irresponsabilidad, ni incorporar una cláusula especial de dicha naturaleza. En caso

•El régimen de responsabilidad de la Administración Pública colombiana.

contrario, se dejará constancia, con caracteres muy visibles y reiterados, de que se trata de una página o de un portal electrónico no oficial, y de que no forma parte del Sistema de Gobierno Electrónico.

Por su parte, el estatuto constitucional colombiano establece en su artículo 90<sup>24</sup> los requisitos para exigir del Estado una indemnización por los perjuicios causados como consecuencia de su acción o de su omisión que hayan causado a los particulares; para ello, refiere, como primera medida, la existencia de un daño antijurídico, que dicho daño haya tenido lugar por la acción o la omisión de una autoridad pública y, por último, la existencia de un nexo causal entre el daño ocasionado y el perjuicio sufrido.

Es claro, entonces, que la responsabilidad patrimonial del Estado en el sistema jurídico colombiano halla fundamento en el principio de la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, desarrollado *in extenso* por la jurisprudencia, expresamente consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política, y el cual, a su vez, debe interpretarse en concordancia con los artículos 2, 13, 58 y 83 del mismo ordenamiento superior, el cual, por un lado, les impone a las autoridades de la República el deber de proteger a todas las personas en Colombia en su vida, su honra y sus bienes (artículo 2), y, por otro, la obligación de promover la igualdad de los particulares ante las cargas públicas (artículo 13) y la de garantizar la confianza, la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles (artículos 58 y 83)<sup>25</sup>.

Así pues, se configura un daño antijurídico cuando la producción de ese daño *no* se encuentra justificada por ningún título jurídico válido; es decir, si la

.....  
24 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de marzo 06 de 2008. Exp.: 16075: "El artículo 90 de la Carta de 1991 es también un eficaz catalizador de los principios y valores que sirven de orientación política de nuestro Estado Social de Derecho y que deben irradiar todo nuestro sistema jurídico, catálogo axiológico dentro del cual ocupa especial importancia la garantía de la libertad (preámbulo). // Asimismo el artículo 90 sigue el hilo conductor de todo el ordenamiento democrático y liberal, que no puede ser otro que la eficacia general de los derechos fundamentales, los cuales vinculan a todas las manifestaciones del poder público, como enseña Locke [26] y proclama en forma contundente la Carta Política al disponer que el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona (artículo 5 eiusdem). // En tales condiciones frente a cualquier daño antijurídico imputable a una autoridad pública con ocasión del ejercicio de uno de los llamados derechos de libertad, el Estado deberá responder patrimonialmente, no sólo porque así se infiere de una lectura insular del artículo 90 Constitucional, sino además porque se desprende de una lectura sistemática de la Carta".

25 Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-644 de 2011*, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

administración no se halla legitimada para causar dicho daño, y, por ende, el administrado no está en la obligación de soportarlo<sup>26</sup>.

Pero no se trata de cualquier daño: este debe ser *antijurídico*; o sea, que haya sido causado por una acción o una omisión de las autoridades. Vale decir, que el daño se produzca como consecuencia de una conducta desarrollada por la autoridad pública o derivado de una omisión o de la ausencia en el cumplimiento de sus funciones; esto es, que la administración haya dejado de actuar cuando su obligación era hacerlo, y, por tal razón, genera un daño.

El último elemento es, pues, la *imputatio iuris* que del daño se hace a la administración pública; y dicha atribución depende de lo que se ha conocido jurisprudencialmente como el nexo causal entre el daño producido, la acción o la omisión de la administración y el resultado dañoso que no debe soportar el administrado.

¿Quién debe responder ante un supuesto de tales características? Para ello, se debe establecer o determinar si la actuación de la administración tuvo o no un vínculo o un nexo con el servicio, de forma tal que si dicho vínculo se presenta, será la administración la que debe responder; de lo contrario (esto es, si tal vínculo no se presenta), se estará en presencia de una responsabilidad personal del funcionario, caso en el cual la administración debe asumir, ella sola, la obligación de responder, pues deberá indemnizar el daño y repetir contra el funcionario, a través de la acción de repetición<sup>27</sup>.

Cuando señala en su artículo 3.7 los principios que rigen las actuaciones de las administraciones, la Ley 1437 de 2011 dictamina: “en virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias

26 Martín Bermúdez Muñoz, Responsabilidad de los jueces y del estado. Santafé de Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1998, 109, 110. El autor señala que la víctima está obligada a soportar el daño en dos eventos; a saber: el primero de ellos, cuando existe una causa que obligue al administrado perjudicado a recibir el daño, y precisa que la ley no es la única causa que “le quita el linaje de antijurídico al daño”, sino que también hay otras causas justificativas de ese daño, como la legítima defensa, el consentimiento de la víctima o aquellos casos en los cuales lo que se afecta no constituye un interés legítimamente protegido. El segundo evento que el autor señala se presenta en las circunstancias en las cuales dicho daño no excede las cargas comunes que implica vivir en sociedad.

27 Consejo de Estado, *Sentencia 14787 del 3 de febrero de 2000*, M. P. Alíer Eduardo Hernández Enriquez. “La imputabilidad consiste pues en la determinación de las condiciones mínimas necesarias para que un hecho pueda ser atribuido a alguien como responsable del mismo. Con el objeto de que deba soportar las consecuencias. De allí que el elemento necesario para la imputación del daño es la existencia del nexo causal entre la actividad (lícita o no) o la omisión de la autoridad pública (artículo 90 CP) y el daño antijurídico que se reclama”.

•El régimen de responsabilidad de la Administración Pública colombiana•

por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos”.

El mismo cuerpo legal establece en su artículo 5 numeral 7, como uno de los derechos de las personas ante las autoridades y en sus relaciones con estas, exigir el cumplimiento de las responsabilidades de los servidores públicos y de los particulares que cumplan funciones administrativas.

En la Ley General de Archivos, o Ley 594 de 2000, están contenidos los lineamientos generales de responsabilidad por la publicación de la información y los principios generales que rigen la función archivística. De estos últimos, se destaca lo fijado en: “art. 4.d) Responsabilidad. Los servidores públicos son responsables de la organización, conservación, uso y manejo de los documentos”. De lo anterior, cabe resaltar que la responsabilidad principal se encuentra en cabeza del servidor público encargado de la organización, la conservación, el uso y el manejo de los documentos, pues se trata de su responsabilidad como principio que orienta la totalidad del manejo de los archivos. Así mismo, esta ley consagra en su artículo 12 la gestión de documentos y la administración de sus archivos como responsabilidades de la administración pública.

En su artículo 16, consagra también las “Obligaciones de los funcionarios a cuyo cargo estén los archivos de las entidades públicas. Los secretarios generales o los funcionarios administrativos de igual o superior jerarquía, pertenecientes a las entidades públicas, a cuyo cargo estén los archivos públicos, tendrán la obligación de velar por la integridad, autenticidad, veracidad y fidelidad de la información de los documentos de archivo y serán responsables de su organización y conservación, así como de la prestación de los servicios archivísticos”. Se evidencia que en este artículo se desarrolla el principio de responsabilidad, consagrado en el ya expuesto artículo 4º de dicha ley.

La mencionada ley también establece un artículo de responsabilidad general para todos los funcionarios de archivo, sin especificar sus funciones, de la siguiente manera:

Los funcionarios de archivo trabajarán sujetos a los más rigurosos principios de la ética profesional, a lo dispuesto en la Constitución Política de Colombia, especialmente en lo previsto en su artículo 15, a las leyes y disposiciones que regulen su labor. Actuarán siempre guiados por los valores de una sociedad democrática que les confíe la misión de organizar, conservar y poner al servicio de la comunidad la docu-

mentación de la administración del Estado y aquella que forme parte del patrimonio documental de la Nación.

El artículo 27 de la misma ley consagra en cabeza de “las autoridades responsables de los archivos públicos y privados”, la obligación de garantizar “el derecho a la intimidad personal y familiar, honra y buen nombre de las personas y demás derechos consagrados en la Constitución y las leyes”.

Para evidenciar el cumplimiento de las normas de archivo, el artículo 32 de la mencionada ley establece como facultad del Archivo General de la Nación: “adelantar en cualquier momento visitas de inspección a los archivos de las entidades del Estado con el fin de verificar el cumplimiento de lo dispuesto en la presente ley y sus normas reglamentarias. Advertida alguna situación irregular, requerirá a la respectiva entidad para que adelante los correctivos a que haya lugar o dará traslado, según el caso, a los órganos competentes con el fin de establecer las responsabilidades administrativas y ordenar las medidas pertinentes”.

Específicamente para el presente análisis, se subraya lo dispuesto en el artículo 60 de la ley 1437 de 2011, que establece:

Toda autoridad deberá tener al menos una dirección electrónica. La autoridad respectiva garantizará condiciones de calidad, seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad e interoperabilidad de la información de acuerdo con los estándares que defina el Gobierno Nacional. Podrá establecerse una sede electrónica común o compartida por varias autoridades, siempre y cuando se identifique claramente quién es el responsable de garantizar las condiciones de calidad, seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad e interoperabilidad. Así mismo, cada autoridad usuaria de la sede compartida será responsable de la integridad, autenticidad y actualización de la información y de los servicios ofrecidos por este medio.

Así las cosas, se fija en dicha disposición una cláusula específica de responsabilidad de las administraciones públicas por la calidad, la seguridad, la disponibilidad, la accesibilidad, la neutralidad y la interoperabilidad de la sede, así como por la integridad, la autenticidad y la actualización de la información.

Son, pues, varios los condicionamientos impuestos para el cabal cumplimiento de la presente disposición. Inicialmente, se encuentra la obligación del Gobierno Nacional de definir los estándares para que las sedes electrónicas del conjunto de autoridades garanticen calidad, seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad e interoperabilidad. A la fecha, solo algunas instrucciones que vienen dadas

•El régimen de responsabilidad de la Administración Pública colombiana.

desde el Ministerio de las Tecnologías de la Información y la Comunicación permiten, si bien de una manera mínima, inferir algunas particularidades<sup>28</sup>.

Pese a lo anterior, se debe determinar qué categoría jurídica, dentro del ordenamiento colombiano, tienen, o se les puede dar, a dichos documentos; esto es: *¿la información allí contenida es de obligatorio cumplimiento? ¿O, por el contrario, dichos documentos no son sino simples guías, cuyo incumplimiento no genera consecuencia alguna?*

El artículo 64<sup>29</sup> establece la obligación del Ministerio de las Tecnologías de la Información y la Comunicación de dictar los lineamientos tendientes a dar curso al conjunto de disposiciones establecidas en los artículos 53-63, los cuales, a su vez, constituyen los lineamientos que deben seguir las administraciones públicas cuando en su actuación utilicen medios electrónicos. No obstante la anterior disposición lleva más de un año de estar en vigencia, solo se puede decir en la actualidad que el Ministerio ha emitido el Decreto 2693 de 2012, para dar cumplimiento a dicha disposición.

Sobre esta norma, cabe señalar dos cuestiones: por un lado, en el Decreto 2573 de 2014, se establecen los lineamientos de política pública, lineamientos que no es del caso exponer en esta presentación, pero fijan las fases y los plazos, entre otras cuestiones, que deben seguir las administraciones para la implementación de la estrategia de gobierno en línea. Por otro lado, como segunda cuestión, establece que los demás lineamientos se desarrollan a través de un manual<sup>30</sup>.

Así las cosas, no hay un cuerpo normativo sólido en lo que se refiere a la responsabilidad de las administraciones, que otorgue seguridad jurídica al tema en cuestión (vale decir, a la publicación de contenidos en Internet), y, con ello, se ocasione un daño antijurídico.

28 <http://www.programa.gobiernoenlinea.gov.co/lineamientos.shtml> Aquí están publicados algunos documentos que, bajo la denominación de *lineamientos*, imponen algunas situaciones.

29 En este se establece que "el Gobierno Nacional establecerá los estándares y protocolos que deberán cumplir las autoridades para incorporar en forma gradual la aplicación de medios electrónicos en los procedimientos administrativos".

30 Manual 3.1 para la implementación de la Estrategia de Gobierno en línea. Entidades del Orden Nacional. El *Manual de Gobierno en línea* es una herramienta de autoayuda, la cual determina los lineamientos que deben seguir las entidades públicas y los particulares que desempeñan funciones administrativas en la implementación de la Estrategia de Gobierno en línea en Colombia. <http://www.programa.gobiernoenlinea.gov.co/decreto-manual.shtml>

La referencia más fuerte sobre la responsabilidad se encuentra en la parte final del artículo 60 de la Ley 1437 de 2011. Allí se impone a las autoridades que cuenten con sede electrónica la obligación de garantizar la integridad, la autenticidad y la actualización de la información, lo cual reviste singular importancia, pues, de forma inmediata, según dicho parámetro, se puede remitir al régimen de responsabilidad del artículo 90 constitucional, que tienen, en términos generales, las administraciones públicas cuando ocasionen con su acción o su omisión un daño antijurídico; y, de forma específica, a la responsabilidad que se deriva de publicar contenidos por Internet, según las limitaciones que se han expuesto a lo largo del presente trabajo.

Es, pues, claro que el planteamiento está dado en un sistema normativo, como lo es la Ley 1437 de 2011; esta resulta de mínimo efecto en lo relativo a la utilización de medios electrónicos por parte de las administraciones públicas; también es cierto, sin embargo, que acudiendo al paraguas constitucional del artículo 90 se podrá reclamar, por la vía de la responsabilidad administrativa, cuando con la publicación de contenidos en Internet se ocasione un daño antijurídico.

# EL COMERCIO ELECTRÓNICO Y SUS PARADIGMAS EN TORNO AL DERECHO DEL CONSUMO EN COLOMBIA

Germán Darío Flórez Acero  
Carolina Rojas Orjuela

## Introducción

El advenimiento de las nuevas tecnologías de información y la comunicación (TIC) y el uso masivo de Internet han generado que las prácticas de comercio amplíen su espectro y, al mismo tiempo, que los adquirentes de bienes y servicios, también llamados *consumidores*, cuenten no solo con medios análogos para adquirir productos que satisfagan sus necesidades dentro del mercado, sino que, además, tengan la facilidad de los medios digitales, que, a su vez, cada día tienen un mayor impacto en el comercio y en la sociedad.

Según cifras del portal especializado en nuevas tecnologías y comercio e-marketing.com, el comercio electrónico para 2012 creció el 21,2% en el mundo entero<sup>31</sup>, con lo cual superó las ventas totales de un billón de dólares<sup>32</sup>. Las ventas

31 Marketing Directo. El e-commerce crecerá un 18,3 % a nivel mundial este 2013, 5 de febrero de 2013 [acceso 16 de marzo de 2014]. <http://www.marketingdirecto.com/actualidad/digital/el-e-commerce-crecera-un-183-a-nivel-mundial-este-2013/#sthash.UDVlkfoO.dpuf>

32 En esta cifra, se tuvieron en cuenta, por parte de la consultora e-marketing, todas las ventas *online* realizadas en el mundo, tales como viajes, descargas, digitales, tiquetes de eventos y cualquier otra venta a través de cualquier dispositivo digital; por ejemplo, tabletas, portátiles, pc, teléfonos inteligentes, etc. Sin embargo, se excluyeron de la lista las transacciones hechas en los portales de apuestas.

están lideradas por Estados Unidos, con el 33,5% del comercio electrónico, seguido muy de cerca por los países que conforman la región de Asia-Pacífico, con el 30% y Europa Occidental, con el 26,9%. Esta situación se presentó, principalmente, por el expansivo crecimiento económico de China, que se reflejó, inevitablemente, en las cifras de comercio electrónico de dicho país, el cual pasó a ser el líder de su región, y desplazó a Japón y se situó como el segundo mayor país de comercio electrónico en el mundo, con 110 billones de dólares en ventas<sup>33</sup>.

Las cifras enunciadas nos ilustran acerca de la gran importancia que la Internet y el comercio electrónico tienen dentro de la economía global, y sobre cómo los usuarios del comercio electrónico crecen cada día más y, en consecuencia, se sienten más seguros adquiriendo productos o servicios a través de dicho recurso. Por ejemplo, en un estudio realizado en España en 2013<sup>34</sup>, se estableció que los consumidores del comercio electrónico prefieren acudir a los servicios de compras por Internet en vez del espacio físico; principalmente, por factores relacionados con las ofertas, la comodidad, el ahorro de tiempo, la facilidad para comprar, el ofrecimiento de mayor oferta, por ser el único medio disponible<sup>35</sup> para la adquisición de ciertos bienes o servicios, por la rapidez en el suministro y, en algunos casos, por recomendación de otros consumidores del comercio electrónico satisfechos.

Por otro lado, América Latina representa apenas el 3,5% del comercio electrónico en el mundo; sin embargo, cabe resaltar que ha tenido un crecimiento sostenido desde 2002. Este crecimiento y esta confianza en los medios digitales se ven reflejados en los índices de crecimiento de ventas *online* y en el uso, cada vez más recurrente, de las compañías de portales electrónicos para la comercialización de

33 La lista es encabezada por Estados Unidos, seguido de China, el Reino Unido, Japón y Alemania. Sin embargo, China es el país del mundo con el mayor número de personas que usan comercio electrónico. Este fenómeno, según la consultora e-marketing, se da, en parte, por una mayor penetración de las tecnologías de información en la población, el crecimiento de la capacidad adquisitiva de la clase media y los incentivos hechos por el gobierno para fomentar las compras electrónicas.

34 Alberto Ureña, et al. *Estudio sobre Comercio Electrónico B2C 2012*, [acceso 16 de marzo de 2014] (Madrid: Gobierno de España, Red.es, ONTI, 2013), [Http://www.ontsi.red.es/ontsi/sites/default/files/informe\\_ecomm\\_2013.pdf](http://www.ontsi.red.es/ontsi/sites/default/files/informe_ecomm_2013.pdf)

35 Pensemos, por ejemplo, en la adquisición de música *online* o la suscripción a servicios de puesta a disposición en línea de obras musicales o audiovisuales, también llamados servicios de *streaming*, como Spotify, Deezer o Netflix, los cuales solo pueden ser adquiridos *online*.

productos o servicios. Incluso, existen muchas compañías que ofrecen servicios exclusivos de ventas *online*<sup>36</sup>.

Según algunas cifras de crecimiento del comercio electrónico en Colombia de la firma consultora América Economía Intelligence, en un estudio encargado por la compañía multinacional de medios de pago electrónico Visa, para 2009 Colombia consumió 435 millones de dólares en ventas *online*, cifra que para 2012 se duplicó a 998 millones. Para 2013, el porcentaje de ventas de comercio electrónico en Colombia fue liderado por el sector de ventas relacionadas con la industria del turismo (específicamente, viajes y hoteles), con el 50% de las ventas, seguido por el pago de facturas, con el 26% y las ventas de *retail* o de almacenes, con el 10%<sup>37</sup>.

Las mencionadas cifras son el reflejo que en nuestro país adquirir a través de Internet bienes o servicios como libros, música, viajes, videojuegos, etc., está resultando cada vez más común y cómodo, situación que se puede deber a que para 2013, el 80% de los colombianos usaban Internet de alguna forma, y se veía el mayor aumento en los estratos 1 y 2, donde el 64% de las casas de ciudades con más de 200 000 habitantes tenían acceso a la red, y más de 7 millones de colombianos visitaron sitios de ventas por Internet, con ventas superiores a los 2500 millones de dólares<sup>38</sup>.

No obstante lo anterior, y pese a que las cifras de ventas por comercio electrónico aumentan significativamente en Colombia, todavía nos separa una gran distancia del líder en la región: Brasil, que para 2009, aumento en 4,4 millones su número de usuarios de Internet impulsando un crecimiento de su comercio electrónico hasta la cifra de 13 000 millones de dólares<sup>39</sup>, cifra que para 2011

.....  
36 Compañías como *despegar.com* y *tuboleta.com* son ejemplos de empresas del continente que comercializan sus productos y sus servicios exclusivamente en medios electrónicos.

37 Encuesta de la compañía consultora América Economía Intelligence. Estudio sobre comercio electrónico en América Latina y estimación de pagos *online*, 2012 [acceso 16 de marzo de 2014]. <http://especiales.americaeconomia.com/2012/comercio-electronico-america-latina-2012/graficos.php>.

38 Grupo Éxito, *Revista al Detalle*, Marzo, 2014, No. 133.

39 América Economía Intelligence [por encargo de la firma Visa publicado en el 2010]. *Estudio de Comercio Electrónico, la Fuerza del E-commerce en América Latina*, 2010, [acceso 25 de febrero de 2013]. [http://especiales.americaeconomia.com/2010/comercio\\_electronico/index.php](http://especiales.americaeconomia.com/2010/comercio_electronico/index.php)

estuvo muy cerca de duplicarse, pues las ventas *online* reportadas ascendieron a los 25 552 millones de dólares<sup>40</sup>.

De igual forma, mirando cifras de países con desarrollo y mercados más similares al nuestro en la región, vemos, por ejemplo, que países como México y Argentina nos superan ampliamente, con ventas que para 2011 fueron superiores a los 6000 y los 2752 millones de dólares, respectivamente; incluso Venezuela nos superaba levemente en dicho estudio<sup>41</sup>.

América Latina ha mostrado un crecimiento del comercio electrónico, que puede deberse a la mayor penetración de TIC entre la población<sup>42</sup> y a la sostenibilidad de la economía en gran parte de los países del continente<sup>43</sup>. Así mismo, es importante resaltar la existencia en los países de América Latina de herramientas jurídicas expresadas en normas, leyes y estatutos, las cuales le brindan una mayor seguridad al consumidor, ya que dispone de herramientas para proteger sus propios derechos<sup>44</sup>.

Colombia, pese a no ser uno de los países que se encuentran a la cabeza del consumo en materia de comercio electrónico en América Latina, sí ha mostrado logros en la expansión de dicho medio para la celebración de contratos de consumo, los cuales se ven reflejados en el crecimiento que el país ha tenido en este sector, el cual combina las TIC y el comercio. Sin embargo, todavía hay un terreno bastante amplio en el que el país puede avanzar y, sin duda, impactará de

40 América Economía Intelligence [acceso 23 de julio de 2013]. <http://especiales.americaeconomia.com/2012/comercio-electronico-america-latina-2012/graficos.php>

41 Ibid.

42 Según datos de Internet World Stats, en 2012 había en América Latina alrededor de 225 millones de usuarios de Internet, lo que correspondía, aproximadamente, al 42% del total de la población del continente. Esta cifra representa el 10% del total de la población de usuarios de Internet en el mundo para dicho año. Aunque la cifra es baja en comparación con países desarrollados, cabe resaltar que hay un crecimiento importante en la región, y que ello se refleja directamente en las cifras de comercio electrónico. OCLACC-SignisALC. Crece acceso de Internet en América Latina, 21 de enero de 2013 [acceso 16 de marzo de 2014]. [http://www.celam.org/imagenes/img\\_noticias/docu510842dd35ab8\\_29012013\\_445pm.pdf](http://www.celam.org/imagenes/img_noticias/docu510842dd35ab8_29012013_445pm.pdf)

43 Según cifras de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, para 2014, aunque Argentina y Brasil solo crecerán el 2,6%, otras economías líderes del continente, como Chile, Colombia Perú, Panamá y México, crecerán entre el 3,5% y el 5,5%. Smink, Veronica. "Los pequeños milagros económicos de América Latina", 10 de febrero de 2014 [acceso 16 de marzo de 2014]. [http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2014/02/140204\\_crecimiento\\_paraguay\\_bolivia\\_vs.shtml](http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2014/02/140204_crecimiento_paraguay_bolivia_vs.shtml)

44 Por ejemplo, en México se cuenta con la Ley Federal de Protección del Consumidor; en Argentina, con la Ley 24240, o Ley de Defensa del Consumidor; en Chile, con la Ley 19496 de Protección de Derechos de los Consumidores; en Perú, con la Ley 29571, o Código de Protección y Defensa del Consumidor, y en Colombia, con la Ley 1480, o Estatuto del Consumidor, entre otros.

manera positiva tanto en el crecimiento económico como en la satisfacción de los consumidores dentro del mercado.

Creemos que muchos de los factores que pudieron incidir en que el crecimiento de comercio electrónico no se haya hecho al mismo ritmo de otros países de la región, como Brasil, Argentina o Chile, radican en temas como la confianza de los consumidores en estos nuevos medios tecnológicos, el temor de los usuarios a ser víctimas de fraudes informáticos<sup>45</sup>, la conectividad<sup>46</sup>, la falta de bancarización y de acceso a tarjetas débito y crédito y, no menos importante desde nuestro punto de vista, la falta de armonización en las leyes que, de una u otra forma, tienen que ver con el manejo de nuevas tecnologías y con el desarrollo del comercio electrónico en el país.

### *Seguridad en los pagos electrónicos*

Precisamente en torno a los fraudes electrónicos, podemos afirmar que uno de los factores que más pueden afectar a los consumidores del comercio electrónico es la falta de educación financiera y de medios tecnológicos de pago fáciles de usar y, a la vez, seguros, pues, por ejemplo, un buen número de usuarios del comercio electrónico no utilizan claves que tengan cierto grado de complejidad en sus transacciones, o no las cambian con frecuencia.

Como otro ejemplo de lo anterior, los usuarios tampoco verifican que el explorador tenga el símbolo del candado antes de ingresar información de tipo sensible, como los datos personales<sup>47</sup>, al estar llenando datos bancarios en transacciones electrónicas como la compra de un tiquete aéreo *online*.

45 Según cifras de Norton, filial de Synematec Corporation, en 2013, al menos el 77 % de los colombianos han sido víctimas de algún delito informático, y al menos el 50 % han sido víctimas de estos delitos en las redes sociales. Corporación Colombia Digital. Ha sido Víctima de algún delito informático. Colombia, 2103, [acceso 20 de marzo de 2014]. <http://www.colombiadigital.net/actualidad/nacional/item/4388-%C2%BFha-sido-v%C3%ADctima-de-alg%C3%BAN-delito-inform%C3%A1tico?.html>.

46 En este punto, hay que reconocer los amplios esfuerzos del gobierno para masificar el uso de las nuevas tecnologías de información en el país, y que se han visto materializados en temas como la educación tecnológica en escuelas y colegios, con el programa Conexión Total, del Ministerio de Educación Nacional, los programas Vive Digital, el Proyecto Nacional de Fibra Óptica y Compartel, desarrollados por el Ministerio de las Tecnologías de Información y Comunicaciones, así como la exención de ciertos impuestos para computadores, entre otras medidas. Para mayor información, consultar los siguientes sitios: <http://www.mineducacion.gov.co/1621/article-233008.html>, <http://www.mintic.gov.co/>.

47 Cfr. 17.

Los fraudes informáticos que se presentan con mayor frecuencia en el comercio electrónico son el *phishing* y el *pharming*.

El *phishing* consiste en una práctica realizada por el *phisher*, o estafador, de manera individual o por un grupo de individuos que se hacen pasar por una empresa que ofrece servicios de<sup>48</sup> o relacionados<sup>49</sup> con el comercio electrónico de confiabilidad, a través de correos electrónicos, mensajería instantánea y otros medios digitales, con el fin de adquirir información privilegiada de los usuarios y utilizarla de manera ilegal, ya sea suplantando al usuario o utilizando sus claves para hacer compras fraudulentas en Internet<sup>50</sup>.

El *pharming* consiste en la manipulación, hecha mediante un código malicioso que se inserta en el computador mientras realizamos una descarga, a través del correo electrónico, al instalar un programa, etc., de tal forma que cuando el usuario trate de entrar a una página de Internet de un banco, por ejemplo, será redirigido a una página fraudulenta, diferente de las que el consumidor pretendía usar<sup>51</sup>, y en la cual se depositan todos los datos necesarios para que el delincuente informático utilice esta información en perjuicio del usuario.

Para combatir el *pharming* y el *phishing*, es altamente recomendable verificar siempre la información que es recibida a través de medios electrónicos<sup>52</sup>, ya sea a través de programas antivirus o de los muy conocidos *firewalls*, que bloquean amenazas contra los sistemas. Esto, por cuanto una gran cantidad de los archivos distribuidos en Internet contienen virus ocultos o amenazas contra los sistemas de información. En igual sentido, los consumidores del comercio electrónico deben tener especial cuidado con las contraseñas que utilizan: estas pueden ser reveladas ingenuamente por el usuario en sitios no oficiales<sup>53</sup>, de tal manera que se debe

48 Pensemos, por ejemplo, en los servicios que puede ofrecer un portal especializado en ventas de comercio electrónico, como [www.avianca.com](http://www.avianca.com).

49 Podemos mirar, como ejemplo, empresas que ofrecen servicios de pago electrónicos, como la compañía *pse*, que sirve como plataforma para hacer pagos como el de la seguridad social de los colombianos independientes.

50 Según datos de 2013 en el reporte de la compañía Norton, el cibercrimen le ha costado a Colombia, aproximadamente, 873 mil millones de pesos. Colombia Digital. "El cibercrimen le ha costado a Colombia más de 870 mil millones de pesos", 2013 [acceso 20 de marzo de 2014]. <http://www.colombiadigital.net/actualidad/nacional/item/5791-el-cibercrimen-le-ha-costado-a-colombia-mas-de-870-mil-millones-de-pesos.html>.

51 Osvaldo Callegari, Delitos informáticos: Pharming, .net report, Argentina [acceso 20 de marzo de 2013]. [http://www.rnds.com.ar/articulos/031/RNDS\\_176W.pdf](http://www.rnds.com.ar/articulos/031/RNDS_176W.pdf).

52 Cfr. 17.

53 Ibid.

prestar especial atención a la barra navegadora del explorador y verificar que corresponda a la página oficial del sitio web al que el consumidor busca acceder.

La vulnerabilidad de los usuarios se da, como ya lo anotamos, por la falta de educación en el manejo de los sistemas informáticos de una manera segura por parte de los usuarios; máxime, tomando en cuenta que, según las cifras para Colombia de la compañía de informática Norton, aproximadamente 2 de cada 3 personas que están en el mercado laboral utilizan sus dispositivos móviles para asuntos relacionados con el trabajo, el 29% de los padres que utilizan los dispositivos móviles para trabajar les permiten usarlo a sus hijos, y el 33% de los usuarios de sitios de almacenamiento *online* tienen las mismas claves para sus documentos personales y para los de su trabajo<sup>54</sup>, razón por la cual la vulnerabilidad de los datos que se utilizan dentro del marco del comercio electrónico es bastante amplia.

En su mencionado estudio, la compañía Norton recomienda que aun en el uso de dispositivos móviles se recurra a contraseñas seguras, para que en caso de hurtos no se comprometa la información contenida en dichos aparatos. Igualmente, recomienda la utilización de programas de seguridad informática integrales, que puedan ofrecer garantías sobre los datos contenidos en los aparatos tecnológicos (e, incluso, en el trabajo) a través de Internet. En el mismo sentido, también se recomienda tener un cuidado especial en lo que respecta a los archivos compartidos en la nube<sup>55</sup>.

Tomando en cuenta los mencionados factores, y desde un punto de vista del análisis económico del derecho, vemos cómo se hace necesario analizar aspectos heurísticos relacionados con la muestra de coherencias entre las doctrinas y las instituciones jurídicas, así como aspectos normativos<sup>56</sup>, que nos servirán de guía para los jueces, los operadores jurídicos y, en general, para los ciudadanos, respecto a los métodos más eficientes de regular estas nuevas conductas suscitadas con el advenimiento de las nuevas TIC a través del derecho.

Es también relevante señalar que, además de estas medidas de seguridad, el consumidor debe ser consciente de los derechos y los deberes con los cuales

.....  
54 Ibid.

55 Cfr. 18.

56 Richard Posner, "Análisis económico del derecho en el Common Law, en el sistema romano germánico y en las naciones en desarrollo", *Revista Derecho y Economía*, 2 (2005): 7-10.

cuenta dentro del marco del comercio electrónico, y que más adelante abordaremos al hacer el análisis de los principales elementos de la Ley 1480 de 2011, o Estatuto del Consumidor en Colombia. La promulgación de este tipo de normas trae como una de sus principales consecuencias que el consumidor adquiera mayor seguridad y, sobre todo, confianza, en las transacciones electrónicas y, por ende, genere un crecimiento en el comercio electrónico, y genere así un efecto multiplicador.

Igualmente, dicho proceso debe ir de la mano con el progreso de los portales destinados al comercio electrónico, en cuanto a características como su navegabilidad, pero, sobre todo, con un mejoramiento de las prácticas de uso por parte de los establecimientos comerciales que utilizan el comercio electrónico como un medio efectivo de distribución de bienes y servicios.

Retomando el tema de la educación financiera<sup>57</sup>, esta debería, en nuestro concepto, ser reforzada con una fuerte campaña de educación al consumidor<sup>58</sup>, no solo sobre sus derechos, sino también, sobre sus deberes, dentro del marco del derecho del consumo y del comercio electrónico.

### *Algunas formas de pago electrónico*

En lo que respecta a las formas de pago que tienen los consumidores dentro del marco de las nuevas tecnologías de información, podemos distinguir las tarjetas de crédito o débito, que son las más utilizadas en Internet, y se caracterizan por su fácil uso y por las garantías que ofrecen para el vendedor, pues respaldan al consumidor a través de una entidad financiera. También tienen la posibilidad de ser amparadas por seguros, y su uso recurrente en el mercado desde hace

57 Vale la pena destacar la gran campaña que ha venido desarrollando Asobancaria desde 2011 en los medios de comunicación y los medios digitales, incluidas las redes sociales, con el programa de educación del consumidor financiero, y que puede ser consultada en los siguientes portales: Asobancaria [acceso 20 de marzo de 2014] [http://www.asobancaria.com/portal/page/portal/Asobancaria/info\\_consumidor/programa\\_de\\_educacion\\_financiera](http://www.asobancaria.com/portal/page/portal/Asobancaria/info_consumidor/programa_de_educacion_financiera) y Asobancaria [acceso 20 de marzo de 2014] <http://www.finanzaspersonales.com.co/ultimas-noticias/articulo/asobancaria-sigue-apostandole-educacion-financiera-saber-mas-mas/44674>.

58 También es importante mencionar el trabajo de la Superintendencia de Industria y Comercio con las campañas destinadas a la educación del consumidor.

décadas hace que la confianza entre los consumidores tenga un arraigo más que suficiente<sup>59</sup>.

De igual forma, existen los sistemas de pago móvil, los cuales son prestados a través de un valor almacenado en una cuenta bancaria, y hay otros que se prestan sin necesidad de una cuenta, utilizando lo que comúnmente se denomina *moneda electrónica*. En cuanto al primero de dichos servicios, este es nada más y nada menos que la forma como el teléfono celular es convertido en un banco prestando servicios de pagos, transferencias, consultas de saldos, etc. A este modelo se le llama *M-Banking*<sup>60</sup>.

En lo que se refiere a los otros tipos de negocios que no requieren una cuenta bancaria por parte del usuario, se les llama *monederos electrónicos*, y buscan que se le otorgue un principio de equivalente funcional al dinero del mundo análogo. Así, este dinero electrónico puede ser usado de cualquier manera, sin que necesariamente su propietario sea identificado, de la misma forma como lo hacemos con los billetes comunes y corrientes; además, debe ser autentificable, y su validez debe ser verificada de una manera sencilla, y puede ser transferido a otros monederos, tanto como el dinero en papel<sup>61</sup>. Estos sistemas pueden ser utilizados a través de tarjetas prepagadas, como las que utiliza la tienda digital de música *i-tunes* para la compra de sus canciones en línea, y que, en principio, son anónimas para los consumidores.

Estos sistemas, sin duda alguna, hacen que el comercio electrónico se presente como una opción muy cómoda para adquirir productos y servicios, pues ofrece mayores facilidades para los usuarios a la hora de hacer sus transacciones electrónicas otorgándole varias opciones de pago, según las necesidades del consumidor. Es relevante anotar cómo, a medida que la tecnología evoluciona, aparecen nuevos medios para hacer este tipo de transacciones, cada vez más fáciles de usar y con una mayor seguridad.

59 Equipo Pymex. "¿Qué formas de pago electrónico existen?" 2009 [acceso 20 de marzo de 2014] <http://pymex.pe/emprendedores/comercio-electronico/ique-formas-de-pago-electronico-existen#>.

60 Chile, Ministerio de la Economía, Fomento y Turismo. "Inclusión financiera y medios de pago electrónicos". 2013 [acceso 20 de marzo de 2014]. <http://www.impulsocompetitivo.gob.cl/wp-content/uploads/2013/04/Informe-Inclusi%C3%B3n-Financiera-y-Medios-de-Pago-Electr%C3%B3nicos.pdf>.

61 Josep Pellerols Vallés, "Sistemas de Pago Electrónicos", 2002 [acceso 20 de marzo de 2014]. <http://upcommons.upc.edu/revistes/bitstream/2099/9763/1/Article008.pdf>.

### *Leyes relacionadas con el comercio electrónico en Colombia*

Primeros intentos legislativos de regular aspectos de las nuevas tecnologías

Uno de los primeros intentos por regular temas electrónicos en la legislación colombiana se encuentra en el Decreto 2150 de 1995, por medio del cual se buscaba simplificar trámites de las entidades estatales<sup>62</sup>. Dicha ley establece en su artículo 26 el uso de sistemas electrónicos de archivo y transmisión de datos para los usuarios para las actuaciones que deban llevar a cabo los usuarios frente a la administración.

Posteriormente, se expidió el Decreto 1112 de 1999, el cual fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, debido a vicios de forma, mediante la Sentencia C-923 de 1999<sup>63</sup>, y que ya hablaba del uso del documento electrónico en las actuaciones administrativas.

La Ley 527 de 1999: un hito para las nuevas tecnologías y el derecho en Colombia

Las normas que pretendían regular aspectos de nuevas tecnologías y el derecho fueron ratificadas en nuestro país mediante la Ley 527 de 1999, sobre comercio electrónico en Colombia, y la cual, sin duda alguna, es la piedra angular sobre la que han girado todas las leyes alusivas de alguna manera a la aplicación de nuevas tecnologías en el derecho.

La Ley 527 de 1999<sup>64</sup>, sobre comercio electrónico, es una ley inspirada en Ley Modelo sobre Comercio Electrónico y la Ley Modelo de Firma Electrónica, aprobadas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil

62 Mauricio Carvajal, "La Ley del Comercio electrónico en Colombia", *Revista Electrónica Alfa-Redi*, 18 (2000), [acceso 31 de marzo de 2014]. <http://alfa-redi.org/node/9828>.

63 Ibid.

64 Esta Ley fue reglamentada posteriormente por el Decreto 1747 de 2000.

•El comercio electrónico y sus paradigmas en torno al derecho del consumo en Colombia•

(CNUDMI)<sup>65</sup>, y promulgadas entre 1996<sup>66</sup> y 2001, respectivamente<sup>67</sup>, de manera que nuestra ley dispuso de todo un conjunto de reglas internacionalmente aceptadas<sup>68</sup>, y ello les otorga una certeza y una seguridad jurídica a los actos y los contratos celebrados a través de medios electrónicos<sup>69</sup>.

Así fue como Colombia, al percatarse de que su normatividad no era suficiente para enfrentar los retos que conllevaba la implementación de las nuevas tecnologías de información y el uso común de medios electrónicos para hacer transacciones y negocios dentro del marco del comercio, decidió enviar a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) una comisión entre 1996 y 1998, la cual asistió como observadora, y conoció de primera mano todos los trabajos realizados por la Comisión de la CNUDMI en lo relativo a aspectos de comercio electrónico<sup>70</sup>.

Como consecuencia de esta etapa de observación, el Estado colombiano promovió la creación de una comisión redactora de la ley, representada por organismos públicos<sup>71</sup> y privados, y que se dedicó a estudiar la Ley Modelo de Comercio Electrónico que había sido promulgada por la CNUDMI, y después de casi un año de trabajo concluyó que la ley modelo de la CNUDMI era un instrumento idóneo para adecuar en Colombia los retos que las nuevas tecnologías planteaban al sistema jurídico, lo cual, a su vez, se tradujo en la presentación del Proyecto

.....  
65 Esta comisión es el principal órgano jurídico del sistema de Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil; es la encargada de adelantar las labores de armonización y unificación progresiva del derecho mercantil internacional. Así, esta comisión formula normas modernas, equitativas y armonizadas para regular las operaciones comerciales, como los instrumentos jurídicos, las normas y las leyes modelo que son aceptables a escala mundial. Esta comisión lleva trabajando en legislación mercantil en el mundo entero por más de 40 años. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional [acceso 29 de marzo de 2014]. [http://www.uncitral.org/uncitral/es/about\\_us.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html).

66 La Asamblea General de la ONU aprobó esta ley modelo a través de la Resolución 51/162 de 1996.

67 Hernán Zubieta Uribe, "Los mensajes de datos y las entidades de certificación" en *Internet, Comercio Electrónico y Telecomunicaciones* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2002), 51.

68 A manera de ejemplo, se pueden ver el Real Decreto 14 de España de 1999 y la Ley 27269 de Perú de 2000, la Ley de firma digital de Singapur y la Directiva Europea de Firma digital.

69 Nelson Remolina Angarita, "Desmaterialización, documento electrónico y centrales de registro" en *Internet, Comercio Electrónico y Telecomunicaciones* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2002), 10.

70 María Gutiérrez Gómez, "Consideraciones sobre el tratamiento jurídico del comercio electrónico" en *Internet, Comercio Electrónico y Telecomunicaciones* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2002), 185.

71 Entre ellos, podían encontrarse funcionarios de los ministerios de Justicia, de Transporte, de Desarrollo Económico y de Comercio Exterior, además de sectores de la academia.

de Ley No. 227, presentado a la Cámara de Representantes y culminado el 18 de agosto de 1999, y que posteriormente se convertiría en la Ley 527 de 1999, mediante la cual se reglamentó el “uso de mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, se establecen las entidades de certificación, y se dictan otras disposiciones”<sup>72</sup>.

Como hemos venido sosteniendo, la Ley 527 de 1999 resultó una herramienta de considerable importancia para el comercio electrónico en Colombia, ya que se convirtió en el eje esencial para el uso de los mensajes de datos como un canal mediante el cual se manifiestan la voluntad y el soporte de documentos electrónicos<sup>73</sup>.

De la citada Ley 527 de 1999 se desprende el reconocimiento del equivalente funcional por medio del que se le otorga el mismo valor probatorio a las operaciones realizadas en medios digitales que en los medios físicos, reconocimiento de vital importancia en materia probatoria; especialmente, en lo que concierne a la evidencia digital<sup>74</sup>. Este reconocimiento, sin duda, genera una confianza entre los usuarios del comercio electrónico, por cuanto estos pueden tener la certeza de que los registros de sus transacciones electrónicas tienen el mismo valor probatorio que los registros físicos, y que en caso de controversia van a ser aceptados y valorados de acuerdo con las normas probatorias aplicables por el juez correspondiente.

En ese sentido, la Ley 527 de 1999 consideró que la función más importante de los documentos electrónicos es permitir el acceso de la información almacenada en el mensaje de datos con posterioridad a su creación<sup>75</sup>; así, el mensaje de datos que contenga la declaración de voluntad de una transacción digital dentro del marco del comercio electrónico, y que deba ser suministrado por escrito, quedará satisfecho con la entrega digital<sup>76</sup>.

.....  
72 Cfr. 38.

73 Nelson Remolina Angarita, “Conceptos Fundamentales de la Ley 527 de 1999” en *El Peritaje informático y la evidencia digital en Colombia. Concepto, retos y propuestas* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2011), 5.

74 Ibid.

75 Rueda Plazas, Andrea, Jeimy Cano, “Valoración de la evidencia digital” en *El peritaje informático y la evidencia digital en Colombia. Concepto, retos y propuestas* (Bogotá: Universidad de los Andes, 2011), 5.

76 En este sentido, podemos observar la redacción del artículo 6 de la Ley 527 de 1999: “Escrito. Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta. Lo dispuesto en este artículo se aplicará

Esta eficacia probatoria de los documentos electrónicos es recalcada en la citada ley, cuando el legislador contempló:

[...] Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba... y que en toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original<sup>77</sup>.

De igual manera, la Ley 527 de 1999 establece que para que un mensaje de datos tenga plena validez probatoria, debe existir una garantía confiable de que se ha conservado la integridad de la información; además, debe haber permanecido completo e inalterado (es decir, debe ser posible corroborar que el mensaje no ha sido reformado, transformado, cambiado, variado, rectificado o modificado por cualquier medio después de haber sido producido); el mensaje de datos debe ser confiable en la forma como se haya generado, archivado o comunicado, y debe ser conservado en un formato que permita demostrar con exactitud la información enviada o recibida a través del mensaje de datos<sup>78</sup>.

Consecuentemente con lo enunciado, no caben dudas sobre la pertinencia y el reconocimiento jurídico otorgado a los mensajes de datos cuando se los quiera utilizar como medios de prueba, ni sobre la declaración expresa de que estos se entienden como documentos originales a la hora de ser aportados a cualquier tipo de procedimiento, tanto jurisdiccional como administrativo.

La Ley 527 de 1999 también contempla una consideración importante para el desarrollo futuro del comercio electrónico, pues define el mensaje de datos como “la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”<sup>79</sup>; así pues, el legislador, al utilizar la expresión “como

---

tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas prevén consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito”.

77 Congreso de la República de Colombia. *Ley 527 del 18 de agosto de 1999*, “Por la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones” (Bogotá: *Diario Oficial* 43.673, 21 de agosto de 1999), artículo 10.

78 *Ibid.*, artículos 8, 9, 11 y 12.

79 *Ibid.*, artículo 2 a).

pueden ser, entre otros”, hace predominar el criterio de neutralidad tecnológica, de tal manera que las formas de hacer transacciones dentro del marco del comercio electrónico pueden ser reemplazadas en el futuro por el uso de diferentes tecnologías, que pueden ser más avanzadas y, sin embargo, seguirán estando cobijadas dentro de la definición de mensaje de datos expuesta en la Ley 527 de 1999.

#### Posición de la jurisprudencia constitucional en torno a la Ley 527 de 1999

Es pertinente resaltar que la Corte Constitucional avaló la congruencia de la Ley 527 de 1999 con nuestra Constitución Nacional; especialmente, la de los artículos 10, 11, 12, 13, 14, 15, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44 y 45, al señalar que debe otorgárseles plena validez a los mensajes de datos, siempre y cuando de ellos se desprendan los elementos necesarios para identificar al emisor del mensaje de datos, verificar que el documento generado y enviado por el emisor es el mismo que recibió el receptor del mensaje de datos, garantizar que el generador del mensaje de datos no pueda desconocer el envío de dicho mensaje, y en ciertos casos de confidencialidad, avalar la privacidad de la información<sup>80</sup>.

De igual forma, cabe resaltar que la misma Corte Constitucional señaló en un pronunciamiento posterior que operadores jurídicos, tales como los juzgados, los tribunales, las cortes y las corporaciones judiciales podrán hacer uso de las nuevas tecnologías de información para el cumplimiento cabal de sus funciones y, específicamente, el uso de mensajes de datos, para la emisión de documentos entre los cuales se encuentran las notificaciones y las órdenes judiciales<sup>81</sup>.

Según la misma Corte Constitucional, estos mensajes de datos son válidos siempre y cuando se cumpla con lo estipulado en la Ley de Comercio Electrónico; es decir, que se cumpla con los requisitos de autenticidad, integridad, inalterabilidad, rastreabilidad, no repudio, confidencialidad en los casos en los cuales esta se requiera, y las demás normas de carácter procesal y que la citada ley establezcan<sup>82</sup>.

80 Corte Constitucional Colombia, *Sentencia C-662 de 2000*, M. P. Fabio Morón Díaz.

81 Corte Constitucional Colombia, *Sentencia C-831 de 2001*, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

82 Ibid.

•El comercio electrónico y sus paradigmas en torno al derecho del consumo en Colombia•

Leyes y decretos posteriores a la Ley 527 de 1999, y su función armonizadora

Con posterioridad a la Ley 527 de 1999, vino otra serie de normas y políticas públicas, impulsadas por el Gobierno Nacional para el uso y la aceptación de las tecnologías en lo que tiene que ver con la validez y la eficacia legal de documentos electrónicos, y que fueron complementando la Ley 527 de 1999.

A manera de ejemplo, podemos citar la Ley de la Sociedad de la Información y de las TIC, la cual señala:

El Estado garantizará la libre adopción de tecnologías, teniendo en cuenta recomendaciones, conceptos y normativas de los organismos internacionales competentes e idóneos en la materia, que permitan fomentar la eficiente prestación de servicios, contenidos y aplicaciones que usen Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y garantizar la libre y leal competencia, y que su adopción sea armónica con el desarrollo ambiental sostenible<sup>83</sup>.

Consecuentemente con dicha normatividad, el Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos buscó flexibilizar la manera de hacer transacciones electrónicas, de tal forma que fuese relativamente sencillo para el usuario hacer uso de ellas dentro del marco de las tecnologías de información. Dicho tratado expresó que:

No se podrá adoptar o mantener legislación sobre autenticación electrónica que impida a las partes en una transacción electrónica determinar en forma mutua los métodos apropiados de autenticación o que les impida establecer, ante instancias judiciales o administrativas, que la transacción electrónica cumple con cualquier requerimiento legal con respecto a la autenticación<sup>84</sup>.

En el mismo sentido, las políticas públicas del Gobierno de Colombia recomendaban el uso de firmas electrónicas como esquema alternativo de las firmas digitales<sup>85</sup>, con lo cual se da vía libre a que las transacciones electrónicas puedan

83 Congreso de la República de Colombia, *Ley 1341 del 30 de julio de 2009*, "Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones" (Bogotá: *Diario Oficial* 47.426, 30 de julio de 2009), artículo 6.

84 Ministerio de Comercio de Colombia, *Tratado de Libre Comercio entre Colombia y los Estados Unidos*. Washington, 2006, artículo 15.6.

85 Colombia, CONPES. *Documento 3620 de 2009*, lineamientos de política para el desarrollo e impulso del comercio electrónico en Colombia (Bogotá, 2009).

ser utilizadas por diversos medios, como el esquema de firma electrónica, que demandan un grado técnico tal como el de la firma digital.

La Ley 527 de 1999 señala que la firma digital es “un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación”<sup>86</sup>, razón por la cual requiere ciertas características técnicas y ciertos procedimientos delimitados por la ley y ofrecidos por las entidades certificadoras.

Por su parte, en lo que se refiere a la firma electrónica, la misma Ley 527 de 1999 establece que dicha firma está comprendida dentro de métodos tales como:

[...] códigos, contraseñas, datos biométricos, o claves criptográficas privadas, que permite identificar a una persona, en relación con un mensaje de datos, siempre y cuando el mismo sea confiable y apropiado respecto de los fines para los que se utiliza la firma, atendidas todas las circunstancias del caso, así como cualquier acuerdo pertinente<sup>87</sup>.

Así, la firma electrónica es un procedimiento mucho más sencillo a la hora de autenticar transacciones electrónicas, que el uso de claves para identificar a una persona, y la vemos reflejada cada vez que hacemos una transacción electrónica con una tarjeta débito o crédito.

De la misma forma, otras normas procedimentales han otorgado validez a los documentos y a las notificaciones hechas por medios electrónicos. A manera de ejemplo, el Código General del Proceso prescribe que: “La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos”<sup>88</sup>. Acá, el legislador reafirma la presunción de autenticidad de los mensajes de datos y les otorga plena validez probatoria a los mensajes de datos.

86 Congreso de Colombia, *Ley 527 de 1999*, “Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones” (Bogotá: *Diario Oficial* 43.673, 21 de agosto de 1999). Op. cit., artículo 2.

87 Cabe anotar que el artículo 7 de Ley 527 de 1999 fue reglamentado por el Decreto 2364 de 2012.

88 Código General del Proceso, artículo 244.

En la misma dirección, en lo que se refiere directamente a las notificaciones electrónicas, el Código General del Proceso establece que:

Cuando se conozca la dirección electrónica de quien deba ser notificado, la comunicación podrá remitirse por el Secretario o el interesado por medio de correo electrónico. Se presumirá que el destinatario ha recibido la comunicación cuando el iniciador recepcione acuse de recibo. En este caso, se dejará constancia de ello en el expediente y adjuntará una impresión del mensaje de datos.

A manera de conclusión, se puede señalar que la Ley 527 de 1999, a pesar de que, en su esencia, no es una ley que regule especificidades propias del comercio electrónico (pues solo hasta el Estatuto del Consumidor, o Ley 1480 de 2011, fue cuando la normatividad colombiana estableció un cuerpo normativo específico y directamente aplicable a las transacciones hechas por los consumidores a la hora de adquirir productos o servicios por medios digitales), sí les sirvió de piedra angular a todos los desarrollos legislativos que se promulgaron posteriormente, y que, sin duda alguna, sirvieron de base de inspiración al estatuto del consumidor, aunque en algunos casos no fueron del todo congruentes.

### **El Estatuto del Consumidor y el comercio electrónico en Colombia**

Después de haber analizado las principales características y el marco legal que tuvo el comercio electrónico en Colombia antes del Estatuto del Consumidor, y tras haber observado algunas tendencias de carácter global (y, sobre todo, de nuestros vecinos de la región latinoamericana), las siguientes líneas analizarán cuál es el estado actual de nuestra normatividad en un tema tan esencial para el crecimiento de la economía como el comercio electrónico, desde su regulación en el Estatuto del Consumidor y, específicamente, cómo esas nuevas tecnologías de información pueden ser utilizadas de manera efectiva por jueces, abogados y el público en general.

#### *Algunas distinciones sobre el concepto de consumidor*

Algunos estatutos del consumidor, como los pertenecientes a la Unión Europea, no siempre guardan una uniformidad conceptual a la hora de definir con claridad los conceptos de *consumidor* y de *comerciante*. Por ejemplo, en Colombia se define al consumidor en términos de toda persona natural o jurídica que, como

destinatario final, adquiera o disfrute un producto para la satisfacción de una necesidad personal familiar o doméstica, o, incluso, empresarial, cuando no esté ligado intrínsecamente a su actividad comercial<sup>89</sup>. En ese mismo sentido, la Directiva Europea de Comercio Electrónico define al consumidor como cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, su negocio o su profesión<sup>90</sup>.

En este punto, valdría la pena denotar los avances en la legislación colombiana, en el sentido de incluir a las personas jurídicas dentro de los potenciales consumidores, los cuales podrían, eventualmente, disfrutar de los beneficios que trae el estatuto.

Esta noción en Colombia tiene sus antecedentes en la sentencia 5000131030011999-04421-01 de la Corte Suprema de Justicia del 3 de mayo de 2005, en la cual una empresa de transporte aéreo, en su calidad de demandante, pretendía que la demandada, una empresa estatal de Kiev, resarciera los perjuicios causados por la fabricación de una aeronave accidentada en la vía entre Rionegro y Bogotá, acudiendo a una norma del Estatuto del Consumidor, vigente para la fecha, sobre la garantía mínima a cargo del productor. La Corte estableció que una persona jurídica podía ser considerada un consumidor siempre y cuando cumpliera con dos requisitos; a saber<sup>91</sup>: “a) la posición de destinatario o consumidor final del bien o servicio; y b) la adquisición o utilización de bienes o servicios con una finalidad ubicada por fuera del ámbito profesional o empresarial”. En este caso, denegó las pretensiones de la parte convocante en el litigio, por cuanto la mencionada empresa no era el destinatario final del bien, pues los destinatarios finales eran los pasajeros del avión y, por otro lado, la adquisición del bien tuvo como fin satisfacer una de las necesidades que correspondían al objeto social de la empresa demandante: prestar el servicio de transporte aéreo<sup>92</sup>.

89 Congreso de la República de Colombia. *Ley 1480 de 12 de octubre de 2011*, “Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones” (Bogotá: *Diario Oficial* 48.220, 12 de octubre de 2011), artículo 5, numeral 3.

90 Directiva Europea de Comercio Electrónico. Directiva 2000/31/CE Artículo 2 (e).

91 Juan Carlos Villalba, “La noción del consumidor en el derecho comparado y el derecho colombiano”, *Revista Universitat*, 119 (2009): 305-340.

92 Corte Suprema de Justicia de Colombia. *Sentencia del 3 de mayo de 2005*, expediente 1999-904421-1, M. P. César Julio Valencia Copete.

No obstante lo anterior, a la hora de definir a los proveedores o los expendedores en el Estatuto del Consumidor, no siempre es claro cuándo hablamos de nuevas tecnologías de información, o comercio electrónico, pues los bienes o los servicios prestados en la web 2.0 pueden dar lugar a que se presenten situaciones ambiguas, en las cuales puede no ser tan fácil adecuar cada uno de los papeles que los intervinientes en la compra de un producto puedan tener. Imaginemos a un usuario que lleva a cabo ventas de productos a través de portales de subastas *online*, como eBay o mercadolibre.com.

Este usuario podría ser alguien que, simplemente, quiere vender algunos productos que ya no necesita, o los ofrece porque quiere comprar otros más recientes. En este caso, no nos cabe la menor duda de que se presenta una relación entre consumidores sujeta a las normas convencionales de los contratos civiles o mercantiles, y la cual excluye, de cualquier forma, la aplicación del Estatuto del Consumidor. Pero supongamos que a dicho usuario le pareció productiva esta actividad, y entonces dedica su tiempo a vender productos como su principal fuente de negocios<sup>93</sup>. En tal caso, bajo el Estatuto del Consumidor en Colombia, el papel de este usuario cambiaría sustancialmente, por cuanto se hallaría encuadrado dentro de la definición que el Estatuto del Consumidor en Colombia fija para un proveedor de productos o servicios. Recordemos que este es definido como quien, de manera habitual, directa o indirectamente, suministre, distribuya o comercialice productos con o sin ánimo de lucro<sup>94</sup>.

Así las cosas, al mencionado usuario del portal de subastas se le aplicarían, en principio, las normas que especifica el Estatuto del Consumidor, y sería un responsable solidario, junto con el productor, en temas como la garantía legal, la calidad, la idoneidad y la seguridad de los productos; más aún, como estamos hablando de comercio electrónico, el comprador podría ejercer su derecho de retracto.

No obstante lo planteado, cabría preguntarse qué entiende exactamente el estatuto por la manera habitual de comercializar productos. ¿Es, acaso, alguien que lo hace por tres meses? ¿Por un año? ¿Por dos años, etc.? Pensamos que el estatuto colombiano debió haber sido más claro y más específico en esa definición,

93 Christine Riefa, Julia Horne, "The changing face of electronic consumer contracts", *Lex Electronica*, 14 (2009): 94-96.

94 Congreso de la República de Colombia, *Ley 1480 de 2011*, artículo 5, numeral 10.

pues, como ya anotamos, el comercio electrónico y las nuevas tecnologías de información traen consigo nuevas formas de distribución de bienes o servicios.

Lo descrito evidencia que existe una línea muy delgada entre un consumidor de Internet que busca ofertar algunos productos en Internet para su venta y quienes utilizan la red como una fuente de ingresos comprando y revendiendo diferentes tipos de artículos<sup>95</sup>, con las consecuencias que conlleva aplicar a un determinado caso el Estatuto del Consumidor o las normas clásicas de los contratos civiles y mercantiles. En tal sentido, la Ley 1480 de 2011 debió haber dicho directamente que se limitaba la aplicación del estatuto a quienes no se dedicaban al comercio<sup>96</sup>.

Esa distinción en el comercio electrónico entre comerciantes (ya sean proveedores o distribuidores) y entre consumidores es crucial, dados los alcances de la ley para cada uno de los casos en los que el consumidor goza de una especial protección, por el desequilibrio en la relación comercial con el proveedor, el distribuidor o el productor. Sin embargo, no hay que perder de vista estos nuevos escenarios virtuales en los cuales el consumidor puede asumir un papel híbrido y convertirse en un productor o un distribuidor de bienes o de servicios<sup>97</sup>.

#### Posición de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el concepto de consumidor

Actualmente, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) ha adoptado, en la práctica procesal de la delegatura jurisdiccional, un concepto más informal de consumidor, y según el cual no es condicional que se pruebe la *relación de consumo* entre este y el vendedor<sup>98</sup>. Hay casos en los cuales basta con que reclame ante la autoridad para que se presuma que usa y se beneficia del bien, si bien no es suficiente que el expendedor alegue que quien adquirió el producto es otra persona.

95 Ibid., artículo 5.

96 Una solución práctica la trae el portal de subastas *online* Ebay en Francia, donde el usuario de la página, cuando hace su inscripción, se identifica como consumidor o como comerciante, y así hace que sea la autonomía de la voluntad (en este caso, la del usuario) la que identifique a qué papel pertenece el usuario y, por ende, teniendo un criterio importante de identificación. Sin embargo, es un procedimiento voluntario al que no obligan las leyes.

97 Cfr. 66.

98 Expediente de la Superintendencia de Industria y Comercio 13-113252. Demandante Hermes Parra, quien no prueba la legitimidad de la causa por activa, no obstante esta condición no resulta ser causal de nulidad, la superintendencia afirma que prueba su uso con el reclamo ante la SIC también el 13-285054.

Se observa, por otra parte, que las personas que figuran como demandantes en algunos procesos no necesariamente prueban ante la SIC la relación de consumo, pues resultan no ser los verdaderos adquirientes o compradores del producto del cual alegan su insatisfacción; aunado ello, tampoco prueban el mandato del comprador para que los represente, ni tan siquiera el pronunciamiento de la naturaleza de cómo lo obtienen para legitimar su uso y su goce; esto es, esclarecer por qué el comprador resulta ser una persona distinta de quien reclama.

El numeral 2 del artículo 58 de la Ley 1480 indica: “Será también competente el juez del lugar donde se haya comercializado o adquirido el producto, o realizado la relación de consumo”.

Lo anterior confirma que, en uso de la acción de protección del consumidor, el demandante deberá probar la relación de consumo con el demandado, en virtud del servicio o el bien adquirido del cual funda su inconformidad, no obstante la ley ha sido clara en que no es su deber aportar la factura de venta, pues en caso de que la pérdida, ello no es causal para negar el deber del proveedor o el expendedor de dar trámite a la garantía, por cuanto la carga probatoria recaería en cabeza del empresario o del vendedor, a quien se le facilitaría, sin duda, la búsqueda de la información.

Así mismo, el artículo 2 de la Ley 1480 cita en su objeto lo siguiente:

Objeto. [...] Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial [...].

Por lo expuesto, se entendería que es requisito de procedibilidad para admitir la acción de protección la existencia de una relación de consumo; tan es así, que el propio Estatuto del Consumidor ha definido que no ostentaría la calidad de consumidor quien no sea el destinatario final que adquiera y utilice un determinado producto:

[consumidor es] Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario.

De lo citado, es claro que debieron probarse: i) la adquisición y ii) el uso o el disfrute del producto, pues se entienden dichas características como condiciones *copulativas*, y no *disyuntivas*, para considerar consumidor o no al demandante, pues mal haría el despacho en dar trámite a una demanda sin tener la certeza de que el producto, quizás, nunca fue el ofrecido por la demandada, o, por otra parte, que el tenedor legítimo del producto nunca quiso impetrar una acción por insatisfacción.

### *Generalidades del comercio electrónico en la práctica colombiana*

La razón del creciente y acelerado aumento de la celebración de ventas a distancia se deriva de que este modo particular de negociación satisface cada vez más las exigencias del nuevo consumidor, no obstante la legislación colombiana las define como “aquellas realizadas sin que el consumidor tenga contacto directo con el producto que adquiere, que se dan por medios tales como correo, teléfono, catálogo o vía comercio electrónico”<sup>99</sup>, sin que el estatuto señale cuáles son las ventajas que ofrece tal tipo de ventas a distancia frente a las ventas tradicionales.

La breve definición del nuevo estatuto motiva a examinar si, efectivamente, la realidad de las ventas a distancia se limita a que el consumidor no tiene contacto directo con el producto y, por ello, “no tiene claridad sobre la características y condiciones del bien o servicio que va a adquirir”<sup>100</sup>. Se podría traer a colación el caso de un consumidor que adquiriera la actualización de un *software* en línea que, además, tenga un periodo de prueba gratuita, un videojuego que permita el uso de un demo, una canción en I-tunes en la que el posible comprador pueda reproducir parte de la canción o cualquier otro producto o servicio intangible, y ninguno de los cuales, claramente, figura en la definición de los productos susceptibles de comercializarse en las ventas a distancia que trae el Estatuto del Consumidor, pues, a pesar de que la adquisición del producto se haga a través de un medio digital, el consumidor en estos casos tiene un contacto directo con el producto antes de decidirse a efectuar la transacción. Se percibe, entonces, que la definición

.....  
99 Congreso de la República de Colombia, *Ley 1480 de 2011*, artículo 5, numeral 16.

100 Definición de ventas a distancia según Alejandro Giraldo López, *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor Ley 1480 de 2011* (Bogotá: Legis, 2012).

del legislador cobija solo los bienes que tradicionalmente se comercializan en el mundo físico.

En la actualidad, podrían considerarse los medios electrónicos y los métodos no tradicionales entre las herramientas más importantes y eficientes con las que cuentan los empresarios para dar a conocer sus productos y sus servicios a la hora de competir en el mercado, ya sea a través de las ofertas que comuniquen al público por mensajes de datos o por mecanismos que eviten el desplazamiento del posible comprador al establecimiento de comercio; sin embargo, cuando se habla de métodos no tradicionales se define la forma de negociación como “[...] el escenario dispuesto especialmente para aminorar la capacidad de discernimiento del consumidor [...]”<sup>101</sup>. Parecería que tanto las autoridades como el legislador presumen de antemano las desventajas del comercio moderno, al considerar al consumidor de este tipo de ventas como un ser ajeno a la globalización y, por ello, ingenuo o descuidado.

De igual forma, las ventas *online* le ofrecen al consumidor moderno la facilidad de adquirir productos sin necesidad de que se desplace, a tal punto que para 2013, el 79,8% de la población mundial asegura usar Internet<sup>102</sup>, y, por ello, debe estar más preparada e informada para tomar decisiones asertivas que permitan aprovechar las facilidades que ofrecen las nuevas tecnologías de la información.

Ni la legislación ni la jurisprudencia son ajenas<sup>103</sup> a llamar la atención sobre los inconvenientes que pueden presentarse para los consumidores cuando no disponen de la posibilidad real de ver, palpar y contrastar el producto o de conocer el servicio antes de la celebración del contrato; sin embargo, hay circunstancias en

101 Define la Ley 1480, artículo 5 numeral 6 la ventas con utilización de métodos no tradicionales, de la siguiente manera: “Ventas con utilización de métodos no tradicionales: Son aquellas que se celebran sin que el consumidor las haya buscado, tales como las que se hacen en el lugar de residencia del consumidor o por fuera del establecimiento de comercio. Se entenderá por tales, entre otras, las ofertas realizadas y aceptadas personalmente en el lugar de residencia del consumidor, en las que el consumidor es abordado por quien le ofrece los productos de forma intempestiva por fuera del establecimiento de comercio o es llevado a escenarios dispuestos especialmente para aminorar su capacidad de discernimiento”.

102 International Telecommunication Union (ITU). *The World in 2013: ICT Facts and Figures*. Estados Unidos, 2013, [acceso 23 de abril de 2013]. <http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/facts/ICTFactsFigures2013.pdf>.

103 Véase, entre otras, la sentencia del 30 de abril de 2009 del magistrado ponente Pedro Octavio Munar Cadena, la cual ha recalcado la supuesta asimetría entre consumidores y proveedores que obligaría a generar una regulación que proteja la parte débil (consumidor) y llevaría el derecho del consumidor a superar los límites del derecho privado e individual.

las que el proceso de compra *online* es una experiencia que le reporta al consumidor más ventajas y beneficios que desplazarse a un establecimiento de comercio, circunstancias que no se ven reflejadas en el Estatuto del Consumidor.

Antes de citar las diferencias o las ventajas de las compras realizadas entre un punto de venta *online* y un establecimiento físico, se hace necesario citar la definición que de cada uno trae la legislación colombiana:

Según lo dispuesto en la Ley 527 de 1999<sup>104</sup>, la definición de comercio electrónico

[...] abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar [...];

y por mensaje de datos se entiende

La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax<sup>105</sup>.

La Honorable Corte Constitucional se refirió al contenido del mensaje de dato en los siguientes términos<sup>106</sup>:

La noción de “mensaje” comprende la información obtenida por medios análogos en el ámbito de las técnicas de comunicación modernas, bajo la configuración de los progresos técnicos que tengan contenido jurídico. Cuando en la definición de mensaje de datos, se menciona los “medios similares”, se busca establecer el hecho de que la norma no está exclusivamente destinada a conducir las prácticas modernas de comunicación, sino que pretenden ser útil para involucrar todos los adelantos tecnológicos que se generen en un futuro [...].

Obviamente, está bien que los mensajes de datos reciban el mismo tratamiento que los documentos consignados<sup>107</sup> en papel, al darse la misma eficacia jurídica y probatoria, por cuanto comporta, para el caso de la compraventa electrónica,

104 Congreso de la República de Colombia, *Ley 527 de 1999*, artículo 2 literal b).

105 *Ibid.*, literal a).

106 Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-662 del 8 de junio de 2000*.

107 Principio de equivalente funcional. *Ley 527 de 1999* y *Sentencia C-831 de 2001* y *C-662 de 2000*.

•El comercio electrónico y sus paradigmas en torno al derecho del consumo en Colombia•

los mismos criterios de oferta y de aceptación que trata el Código Civil<sup>108</sup> y de Comercio Colombiano<sup>109</sup>.

No obstante lo anterior, y en virtud de las normas citadas líneas atrás, además de tener certeza de que las representaciones en forma electrónica de hechos jurídicamente relevantes son susceptibles de ser reconocidas y dotadas de plenos efectos jurídicos, parecería que la legislación en materia de comercio electrónico intentó en sus comienzos adecuar superficialmente los principios y las características del documento probatorio tradicional a los del documento electrónico, y omitió, por ello, analizar las especialidades o las circunstancias diferenciadas con claridad que presenta el cumplimiento ordinario del contrato electrónico<sup>110</sup> frente al contrato otorgado por medios análogos (*off-line*), ya sea presencial o a distancia.

#### Ventajas de la contratación a distancia en materia de consumo

La especialidad de la contratación a distancia en Internet consiste en que las partes están ausentes, pero, a la vez, contratan en tiempo real; por lo tanto, podemos precisar que la contratación electrónica es contratación entre ausentes en sentido físico, pero no es propiamente una contratación a distancia en sentido jurídico<sup>111</sup>, por cuanto existe simultaneidad en las declaraciones de voluntad, ya que estas se producen en tiempo real. Dicho esto, veamos cuáles son las notas características que diferencian ambas figuras:

- El comercio electrónico le facilita al consumidor comparar de manera mucho más fácil uno de los aspectos más relevantes en su decisión de

.....  
108 Código Civil Colombiano, artículo 1857. Perfeccionamiento del contrato de venta: "La venta se reputa perfecta desde que las partes han convenido en la cosa y en el precio [...]".

109 Código de Comercio Colombiano Artículo 911. Sobre la cosa vendida: "En la compraventa de un cuerpo cierto o de un género que tenga 'a la vista', no se entenderá que el comprador se reserva la facultad de gustar o probar la cosa, a menos que sea de aquellas que acostumbra adquirir en tal forma, o que el comprador se reserve dichas facultades. En estos casos el contrato solo se perfeccionará cuando el comprador dé su consentimiento, una vez gustada la cosa o verificada prueba" [cursiva fuera del texto].

110 A manera de ejemplo, podemos citar la reglamentación del artículo 7° de la Ley 527 de 1999, sobre firma digital y firma electrónica, ya que la definición de estos conceptos vino a ser clarificada a través del Decreto 2364 de 2012; es decir, 13 años después de expedida la ley.

111 Rodolfo Fernández Fernández, *El contrato electrónico formación y cumplimiento* (Barcelona: Editorial Boch, 2013).

compra: “el precio”<sup>112</sup>; ello es posible gracias al uso de buscadores de “puntos de ventas y productos” y otros recurso de información *online* que, sin lugar a dudas, ayudan a reducir el tiempo, el esfuerzo y los costos que genera el desplazamiento del consumidor hasta el establecimiento físico.

- La notable diferencia entre los contratos a distancia y la contratación en el establecimiento mercantil es que en la primera el consumidor tiene tiempo suficiente para reflexionar antes de efectuar su pedido, por lo cual el medio garantiza que pueda informarse sin prisas de las características y la información que del producto le ofrezca el expendedor<sup>113</sup>.
- Los consumidores que usan la Internet como medio de adquisición saben regularmente que pueden hacer búsquedas mucho más amplias que si las hacen *off-line*; saben, además, que en segundos pueden hallar varias alternativas entre marcas, clases y expendedores que no hallarían en una visita a un establecimiento comercial; el vendedor *online* reduce los costos del desplazamiento y, a la vez, ofrece mejores precios, lo cual se traduce en *beneficios para el consumidor*. Cuando un empresario reduce los costos del mantenimiento de un establecimiento físico y del personal que lo atiende, puede ofrecer al público en general precios más cómodos e incentivos y promociones más atractivos<sup>114</sup>.
- El consumidor *online* tiene la gran ventaja de comparar los competidores de ventas electrónicas con los propios establecimientos físicos, y así tiene la oportunidad de tomar una decisión más acertada y reflexiva; como lo señala el tratadista español Fernández Novoa<sup>115</sup>, en el ordenamiento español se consideraba consumidor medio a una persona que no se destaca por sus particulares conocimientos, ni tampoco, por ser especialmente ignorante: se trata de una persona dotada de un raciocinio y de facultades

112 Claudia Montoya Naranjo, “Reflexiones sobre las ventas a distancia y el comercio electrónico” en Carmen Ligia Valderrama Rojas, *Perspectivas de derecho del consumo* (Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2013), 437.

113 Carlos Lasarte, *Manual sobre protección de consumidores y usuarios* (Barcelona: Dikynson, 2015).

114 Es común observar en los portales de ventas *online* colombianas el ofrecimiento constante de productos y servicios con descuentos, promociones o incentivos que no son tan comunes ni periódicas en las ventas tradicionales.

115 Carlos Fernández Novoa, “Figura del consumidor medio” en *Manual de la propiedad industrial* Editorial Marcial Pons. *Manuales profesionales* (Madrid: Mercantil, 2009).

perceptivas normales; en cambio, si se aplica la literalidad de la definición “colombiana”, se concluye que el consumidor es un ser “escaso de discernimiento” o poco preparado y menos reflexivo frente a las tecnologías de la información, por lo cual es posible que, frente al amparo de la ley, el riesgo de confusión o de incurrir en error sea mayor, o, por lo menos, justificable<sup>116</sup>.

La contratación a distancia es comúnmente una operación que se desarrolla en tres fases o etapas fundamentales:

1. El consumidor recibe una oferta de un producto o de un servicio, a través de la descripción escrita y visual, y con indicación del precio y del resto de las condiciones de la *oferta contractual*.
2. Sobre esta base, el consumidor efectúa su pedido.
3. Más tarde, recibirá el producto o el servicio en la dirección que ha suministrado al empresario o el comerciante.

Los contratos a distancia son divididos según los medios en los que se emita la información, y los cuales el Estatuto del Consumidor cita, pero no define<sup>117</sup>, razón por lo cual se considera importante traer a colación la definición de algunos de los tipos de contratos citados por el tratadista Carlos Lazarte, en su artículo sobre los contratos a distancia, los cuales clasifica en:

- **Catálogo:** Es el medio esencial utilizado por las empresas más importantes del sector del comercio de bienes y servicios; sus dimensiones y su número de páginas, así como el número de referencias que presenta, varían mucho según la empresa.
- **Ofertas hechas por e-mail:** A través de la publicidad sobre uno o varios artículos; puede incluir una orden, un pedido o un sobre de respuesta, y pueden hacerse dos tipos de publicidad: 1) la primera consiste en una masiva dirigida al público en general, por lo cual puede exigirse y vincular al anunciante, sin importar que quien acepte la oferta no sea el receptor de la circular; y 2) un segundo tipo sería la *segmentación del cliente*, como cuando el empresario ofrece incentivos a clientes afiliados a sus servicios, o cuando dichos clientes están clasificados por su monto en

.....  
116 Cfr. 5.

117 Congreso de la República de Colombia, *Ley 1480 de 2011*, artículo 5, numeral 16.

compras, razón por la cual la oferta solo se sostiene al receptor de esta. Por ejemplo, el portal de Internet de *retail* carulla.com ofrece diferentes incentivos a sus clientes fidelizados, dependiendo de los puntos que tengan acumulados<sup>118</sup>.

- **Anuncios en prensa:** Estos le proponen al lector de un periódico o una revista la compra inmediata de un producto o un servicio, con el fin de que haga su pedido de venta por correspondencia<sup>119</sup>. De la misma forma, pueden utilizarse instrumentos informáticos o telemáticos, como la televisión y la radio *online*.

Entre los anteriores existen, a su vez, elementos comunes de información, que hacen referencia al mensaje publicitario, a la técnica comercial de venta y a la inexistencia de contacto o de relación personal entre las partes contratantes.

En el derecho del consumo, el contrato puede ser considerado desde una perspectiva *funcional* o *dinámica*, que se refiere al proceso de nacimiento, vigencia y extinción de los negocios contractuales que el contrato electrónico como en cualquier otro puede distinguirse jurídicamente en tres fases<sup>120</sup>: la fase precontractual, contractual y poscontractual, cada una con consecuencias jurídicas diversas, por lo que se tratarán separadamente:

### *Obligaciones precontractuales en el comercio electrónico*

La fase precontractual define la formación de la voluntad de contratar. Dicha fase está comprendida en la *oferta* y la *información* que suministre el empresario al posible comprador.

#### La oferta

La oferta es una declaración de voluntad en la que se formula un proyecto del contenido de un contrato, el cual lleva implícito lo que sería el *acuerdo de voluntades*:

118 Consultar en Carulla.com [acceso 3 de abril de 2014]. [http://www.carulla.com/?gclid=Cle\\_lIjCor0CFU4aOgo-dlhEA2w](http://www.carulla.com/?gclid=Cle_lIjCor0CFU4aOgo-dlhEA2w) y Éxito.com [acceso 3 de abril de 2014]. [http://www.exito.com/puntosexitos/terminos\\_y\\_condiciones.html](http://www.exito.com/puntosexitos/terminos_y_condiciones.html)

119 Llama la atención que el Estatuto del Consumidor no categoriza ni define este medio de comunicación de la oferta a distancia, teniendo en cuenta que puede ser la estrategia más usada en las prácticas comerciales.

120 José Pardo Gato, "El estatuto del consumidor" [acceso 3 de abril de 2014]. <http://www.acaderc.org.ar/academias-iberoamericanas/congreso-de-academias-iberoamericanas/congreso-de-academias-a-coruna-2010/ConclusionesVIIcongresoacadiberoam.pdf>.

tanto el efecto querido por las partes como el objeto y la causa del contrato. Para que exista una oferta, deben incluirse en la oferta los elementos que, según el artículo 845 del Código de Comercio Colombiano, constituyen el objeto del consentimiento contractual para la oferta entre particulares:

[...] el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, el cual deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entiende que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario.

Más adelante añade:

[...] que la propuesta conserva su fuerza obligatoria aunque el proponente muera o llegue a ser incapaz en el tiempo medio entre la expedición de la oferta y su aceptación, salvo que de la naturaleza de la oferta o de la voluntad del proponente se deduzca la intención contraria.

Si bien es claro que en los temas relativos al consumo es la Ley 1480 de 2011 la que lo regula, y que, por ende, el Código de Comercio no se aplicaría en principio (por cuanto este regula las relaciones entre comerciantes, mientras que el estatuto lo hace entre consumidores y comerciantes), también es cierto que en caso de existir vacíos jurídicos, el mismo estatuto dispone que se aplique, por analogía, la norma comercial.

La Ley 527 de 1999 indica, por su parte, que para la formación del contrato, salvo acuerdo expreso entre las partes, *la oferta y su aceptación* podrán ser expresadas mediante un mensaje de datos, por lo cual no se le negará la validez o fuerza obligatoria a un contrato tan solo por haberse utilizado en su formación uno o más mensajes de datos; sin embargo, no define las condiciones en la que debe presentarse la oferta.

Ahora bien, no deben confundirse los términos de oferta anteriormente citados con el término genérico *oferta* entendido como incentivo o promoción; veamos cómo lo define el Estatuto del Consumidor:

Promociones y ofertas: Ofrecimiento temporal de productos en condiciones especiales favorables o de manera gratuita como incentivo para el consumidor. Se tendrá también por promoción, el ofrecimiento de productos con un contenido adicional a la presentación habitual, en forma gratuita o a precio reducido, así como el que se

haga por el sistema de incentivos al consumidor, tales como rifas, sorteos, concursos y otros similares, en dinero, en especie o con acumulación de puntos<sup>121</sup>.

En conclusión, si un punto de venta *online* publica por Internet la disponibilidad de venta de un televisor 3D a \$1 000 000 (precio regular), se considera que es una oferta en los términos del Código de Comercio; no obstante se publica por Internet la disponibilidad de venta de un televisor 3D a \$800 000 (precio en promoción), se considera que es una oferta en los términos del Código de Comercio y en los del Estatuto del Consumidor.

Por su parte, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se refirió al tema en sentencia del 4 de abril de 2001, expediente 5716, de la siguiente manera:

No puede confundirse la “oferta”, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra (artículo 845 del Código de Comercio) (que en cuanto reúne los requisitos allí previstos, además de ser irrevocable, da lugar al nacimiento del contrato, una vez ha sido aceptada por el destinatario), con cualquier invitación a emprender negociaciones que una persona exponga a otra u otras, manifestación, esta última que abarca múltiples posibilidades *tales como los avisos publicitarios y propagandísticos por medio de los cuales el comerciante anuncia sus productos, y a los que el artículo 847 del mismo código les niega obligatoriedad*, hasta las proposiciones que una persona hace a otras para que le formulen verdaderas ofertas, conductas todas ellas que apenas insinúan, como su nombre lo sugiere, el deseo serio y leal de querer contratar y solamente darán lugar a la responsabilidad propia de quien quebrante los deberes de corrección y buena fe que gobiernan la actividad preparatoria de los contratos. [Cursiva fuera del texto]

En la actualidad, no se compartiría la apreciación de la citada sentencia, pues la nueva legislación afirma la fuerza vinculante de las condiciones que se informen en la publicidad emitida por los anunciantes<sup>122</sup>.

Se concluye, entonces, que tanto para la oferta en derecho comercial como para la oferta emitida en medios publicitarios o en el mismo establecimiento comercial, existe la figura jurídica denominada *propuesta*; ambas i) informan un plan o el propósito de realización de un negocio jurídico ofrecido por una de la partes a la otra; ii) por lo mismo, dicha figura reviste la característica de ser

121 Congreso de la República de Colombia, *Ley 1480 de 2011*, artículo 5, numeral 10.

122 Congreso de la República de Colombia, *Ley 1480 de 2011*, artículo 29.

irrevocable; es decir, una vez la oferta haya sido comunicada por el proponente, este no podrá retractarse. Sin embargo, hay una diferencia sustancial entre ambos tipos de oferta, pues la oferta comercial acepta la contraoferta o la proposición de cambios del futuro aceptante, y así se formula una nueva oferta, si bien para el caso de la oferta en el derecho del consumo no existe una forma de facultar al consumidor para que genere cambios de la propuesta enviada, pues, por principios de economía e igualdad, deben mantenerse los contratos de adhesión en los cuales el consumidor, simplemente, acepta o no la celebración del contrato.

En los términos del comercio electrónico, la oferta coincide también con el ámbito de la *obligación precontractual*, que no es otra cosa que la declaración unilateral de la voluntad del oferente y, por tanto, tendría validez o fuerza probatoria por la sola razón de comunicarla a través de un mensaje de datos, o de publicarla en un portal de Internet; no obstante, podemos extraer del término *oferta*, que trae el estatuto del consumidor, que esta deberá ser precisa y clara, pues debe reunir todos los elementos para que la contratación se lleve a efecto. Por ello, debe ser completa; basta con la declaración de voluntad del aceptante para que el contrato se perfeccione, y para ello son válidas acciones como dar clic en el botón de “Aceptar” o “Comprar”, métodos generalmente usados por los portales de ventas *online*. Veamos qué cita al respecto el Estatuto del Consumidor en su artículo 33:

Promociones y ofertas. Los términos de las promociones y ofertas obligan a quien las realice y estarán sujetas a las normas incorporadas en la presente ley. Las condiciones de tiempo, modo, lugar y cualquier otro requisito para acceder a la promoción y oferta, deberán ser informadas al consumidor en la publicidad. Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, de no indicarse la fecha de iniciación de la promoción u oferta, se entenderá que rige a partir del momento en que fue dada a conocer al público. La omisión de la fecha hasta la cual está vigente o de la condición de que es válida hasta agotar inventario determinado, hará que la promoción se entienda válida hasta que se dé a conocer la revocatoria de la misma, por los mismos medios e intensidad con que se haya dado a conocer originalmente.

#### Validez y vigencia de la oferta

El artículo 33 del Estatuto del Consumidor nos lleva a entender que la oferta tiene a mantenerse en el tiempo, lo cual indica que tiene un plazo de vida, no puede

ser perpetua. El problema radica en determinar durante cuánto tiempo podrá darse la aceptación, lo cual es tanto como dar por sentado que la oferta es finita en su plazo; por ello, el legislador colombiano previó que tanto para el ofrecimiento de un producto con precio regular como para el que se oferte en descuento, el proveedor debía informar, previamente a la adquisición, “la disponibilidad del producto” y el término de duración de las condiciones comerciales<sup>123</sup>.

En razón de la aceptación del mensaje de datos como instrumento equivalente a documento escrito, se aplica el *principio de temporalidad de la oferta*, lo cual quiere decir que esta no puede ser indeterminada en el tiempo<sup>124</sup>.

En caso de que se omita informar el plazo de la oferta o de la promoción, la legislación prevé que esta deberá sostenerse hasta cuando el oferente no retire la oferta o no divulgue su revocabilidad por los mismos medios en los que comunicó la oferta inicial<sup>125</sup>.

En el mercado colombiano, puntos de ventas virtuales, como éxito.com<sup>126</sup>, no solo condicionan los términos de la oferta hasta llegada su fecha de terminación, pues también la condicionan hasta agotar las existencias del producto que ofrezcan, por lo cual informan la cantidad disponible (durante la vigencia o mecánica promocional), y debido a ello, la oferta se sostiene según lo que ocurra primero.

Así mismo, puede suceder que, por error, el oferente publique vigencias erróneas, por lo cual los puntos de ventas virtuales estarían obligados a emitir, en los mismos medios en los que publicitaron, la corrección o la revocatoria de la vigencia, no obstante nunca se tendría la certeza de que los receptores de la información inicial reciban la corrección de esta; eso, para los casos en los que se informen las ofertas en televisión, prensa o en el mismo portal de Internet, por lo cual la condición de comunicar la corrección por el mismo medio no sería suficiente para no defraudar la expectativa legítima del consumidor receptor de la información inicial.

.....  
123 Congreso de la República de Colombia, *Ley 1480 de 2011*, artículo 46.

124 Adriana Arango Rueda, “Aproximación a la formación de contratos en Internet”. En: *Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones* (Bogotá: Uniandes, Legis, 2002), 271.

125 Congreso de la República de Colombia, *Ley 1480 de 2011*, artículo 33.

126 Véase el portal éxito.com [acceso 19 de marzo de 2014]. <http://www.exitocom.com/products/0001439271244178/Tv+Plasma+127cms+hd>

### *La información*

Una segunda obligación precontractual presente en el estatuto del consumidor corresponde al deber de notificar, en cabeza del proveedor o del expendedor. Para que los consumidores obtengan acceso a la información de las ofertas reflejadas en el portal, se diseña una serie de datos mínimos, que identifiquen el producto de manera primaria, y otros, de manera secundaria; ahora bien, los *principales* son los que motivan al consumidor a adquirir o no el producto o el servicio, tales como el tamaño, el precio, el color, la marca, etc. Los *secundarios* son los relativos a la entrega y la realización de las distintas prestaciones relacionadas con el cumplimiento y las garantías del posible contrato, tales como: forma de envío, plazo, forma de pago, etc.

Así las cosas, el consumidor no va a ceder frente a las condiciones de la información primaria, en cambio puede ser flexible frente a las condiciones que le imponga el empresario respecto a la forma de entrega, el lugar, las condiciones de pago, entre otras.

Los contratos suscritos o informados en condiciones generales o de adhesión, en virtud de que obedecen a razones primordialmente de racionalización económica (sobre todo, porque la elaboración de un modelo de contrato único, o tipo) ahorra costes de organización a quien se dedica a la venta, por lo que la ruptura del esquema tradicional justifica el sometimiento a los llamados *contratos en masa*, o *de adhesión*, siempre y cuando estos se ciñan a la *norma especial del consumo*, la cual tiende a tutelar, de manera especial, la parte más débil de la relación contractual, y que aparece reforzada, básicamente, a través de los ya indicados *deberes de información* que se le imponen al prestador del servicio, o proveedor, en la fase precontractual.

El Estatuto del Consumidor señala en su artículo 1º, como principio general, el deber de todo proveedor de “otorgar el acceso de los consumidores a una información adecuada, de acuerdo con los términos de esta ley, que les permita hacer elecciones bien fundadas”; de ahí que el artículo 3 numeral 1.3 del mismo estatuto señale el derecho del consumidor a “recibir información: Obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea *respecto de los productos que se ofrezcan*, o se pongan en circulación, así como sobre los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización, los

mecanismos de protección de sus derechos y las formas de ejercerlos” (Cursivas fuera del texto). Tal concepto *no detalla qué información debe recibir el consumidor, sino cómo la debe recibir*; esto, es, de manera previa, clara e inequívoca, tanto del producto como de los pasos técnicos que deben darse para celebrar el contrato dejado a disposición, así como incluyendo los distintos mecanismos con los que cuenta el consumidor para ejercer sus derechos.

Luego, no como clasificación de uno de los derechos del consumidor, pero sí a manera de definición, el artículo 5 numeral 7 del Estatuto del Consumidor indica:

Información es todo contenido y forma de dar a conocer la naturaleza, *el origen, el modo de fabricación, los componentes*, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad, y toda otra característica o referencia relevante respecto de los productos que se ofrezcan o pongan en circulación<sup>127</sup>, así como los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización. (Cursivas fuera del texto)

Más adelante, en el artículo 24, detalla:

La información mínima comprenderá: 1. Sin perjuicio de las reglamentaciones especiales, como mínimo el productor debe suministrar la siguiente información: 1.1. Las instrucciones para el correcto uso o consumo, conservación e instalación del producto o utilización del servicio; 1.2. Cantidad, peso o volumen, en el evento de ser aplicable; Las unidades utilizadas deberán corresponder a las establecidas en el Sistema Internacional de Unidades o a las unidades acostumbradas de medida de conformidad con lo dispuesto en esta ley; 1.3. *La fecha de vencimiento* cuando ello fuere pertinente. Tratándose de productos perecederos, se indicará claramente y sin alteración de ninguna índole, la fecha de su expiración en sus etiquetas, *envases o empaques*, en forma acorde con su tamaño y presentación. 1.4. Las especificaciones del bien o servicio. Cuando la autoridad competente exija especificaciones técnicas particulares, estas deberán contenerse en la información<sup>128</sup>, 2. La información que

127 Las especificaciones técnicas se refieren a la información que debe suministrarse al consumidor en virtud de los reglamentos (normas técnicas) que apliquen a cierta clase de productos; un ejemplo: i) para el expendio de prendas de vestir, la Resolución 1264 de 2007, y la NTC es la 1806 de 2005 indican que debe suministrarse en las etiquetas, aparte del origen y de la hechura de la prenda, los componentes o los materiales de esta y sus accesorios. Existe otra regulación respecto a la información que debe suministrarse para el expendio de ii) lavadoras iii) televisores, regulación TDT, iv) lactosueros y v) tabaco.

128 Ibid.

•El comercio electrónico y sus paradigmas en torno al derecho del consumo en Colombia•

debe suministrar el proveedor será: 2.1. La relativa a las garantías que asisten al consumidor o usuario y el 2.2. El precio [...].(Cursiva fuera del texto)

En este mismo sentido, la Ley 1480 de 2011 establece para el expendedor de productos y servicios que utilice métodos de venta a distancia, el deber de informar, previamente a la adquisición, la disponibilidad del producto, el derecho de retracto, los términos para ejercerlo, el término de duración de las condiciones comerciales y el tiempo de entrega<sup>129</sup>.

Información exclusiva que debe suministrarse en el comercio electrónico

Cita el Estatuto del Consumidor la información que debe suministrarse exclusivamente al consumidor del comercio electrónico, sin que fueren de obligatorio cumplimiento las alusivas al derecho de información general y de ventas a distancia. Estos deberes exclusivos son:

1. Informar, en todo momento y de forma cierta, fidedigna, suficiente, clara, accesible y actualizada, su propia identidad especificando su nombre o su razón social, su número de identificación tributaria (NIT), su dirección de notificación judicial, su teléfono, su correo electrónico y los demás datos de contacto. Aunque no se especifique en este literal que las ventas a distancia deben celebrarse entre un vendedor que ha de ser profesional, para efectos de la redacción de la norma, se entiende que dicha actividad debe ser desarrollada por un comerciante inscrito ante la respectiva cámara de comercio; esto es, que se dedique de manera habitual al ejercicio<sup>130</sup> consistente en ofertar la venta de cualquier artículo o servicio; o sea, el propósito del legislador, en tal sentido, es: i) evitar que los consumidores sean engañados por personas que no ejerzan de manera profesional el comercio, y que en caso de existir alguna reclamación, ii) el consumidor pueda identificarlo como una persona jurídica o sociedad comercial. A diferencia de la definición que trae el Código de Comercio Colombiano sobre “comerciante”<sup>131</sup>, quien en tales términos es la persona que profe-

129 Congreso de la República de Colombia, *Ley 1480 de 2011*, artículo 46.

130 Congreso de la República de Colombia, *Ley 1480 de 2011*, artículo 11.

131 Presidencia de la República de Colombia. *Decreto 410 de 1971*, “Por el cual se expide el Código de Comercio” (Bogotá, *Diario Oficial*, 1971, No. 33.339, 16 de junio de 1971), artículo 10: “Son comerciantes las personas que

sionalmente se ocupa en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles, para los casos del comercio electrónico, deberá constituir una sociedad comercial. Ello no tiene otra justificación distinta de que en los puntos de venta virtuales electrónicos los pagos sean anticipados, por lo que deben ofrecerse garantías adicionales no exigidas al comercio *off-line*.

2. Suministrar en todo momento información cierta, fidedigna, suficiente, clara y actualizada respecto a los productos que se ofrezcan. En especial, deberán indicarse sus características y sus propiedades, tales como el tamaño, el peso, la medida, el material del que están fabricados, su naturaleza, su origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, la forma de empleo, las propiedades, la calidad, la idoneidad, la cantidad, o cualquier otro factor pertinente, con independencia de si se acompañan o no de imágenes, de tal forma que el consumidor pueda hacerse una representación lo más aproximada a la realidad del producto. La Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la SIC, mediante la Sentencia No. 921 del 10 de septiembre de 2013, declaró judicialmente responsable a la aerolínea Viva Colombia Fast Colombia S. A. S. de infringir los derechos del consumidor, en virtud de que cinco consumidores demandantes habían adquirido tiquetes aéreos para el trayecto que cubre la ruta Santa Marta-Medellín (un trayecto). El itinerario de vuelo tenía como hora de partida las 2:55 p. m., y los demandantes se presentaron en el punto de atención a las 2:00 p. m. para tramitar el respectivo *check in*. Sin embargo, una vez fueron atendidos por el personal de servicio, se les informó que el vuelo ya había sido cerrado y, por tanto, no podían abordarlo. Los demandantes acreditaron que al momento de adquirir los tiquetes aéreos en la página web de la aerolínea, se les informó que debían presentarse entre 45 minutos y 2 horas antes de la salida del vuelo, para hacer el *check in*, frente a lo cual, la Superintendencia, en su condición de juez, consideró probado que, efectivamente, los consumidores se presentaron dentro del rango de tiempo exigido por la empresa (55 minutos antes). En consecuencia,

---

profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles. La calidad de comerciante se adquiere aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona".

ordenó a título de efectividad de la garantía que se les devolviera a los cinco consumidores la suma de \$766914, y se le impuso a la aerolínea una multa de \$14737500<sup>132</sup>. El sentido de esta norma, con una perspectiva jurídica, radica en que se trata de poner a los consumidores en un real conocimiento sobre las características, los fines y las funciones verdaderas de un bien o un servicio, de tal forma que su voluntad no sea constreñida y el consumidor pueda apreciar la verdadera dimensión y la aplicación de lo que se le ofrece, independientemente de si lo adquiere o no<sup>133</sup>. También se deberán indicar el *plazo de validez de la oferta*<sup>134</sup> y la disponibilidad del producto. En los contratos de tracto sucesivo, se deberá informar, además, su duración mínima. Cuando la publicidad del bien incluya imágenes o gráficos de este, se deberá indicar a qué escala fue elaborada dicha representación.

3. Informar, en el medio de comercio electrónico utilizado, los medios de los cuales se dispone para hacer los pagos, el tiempo de entrega del bien o la prestación del servicio, el derecho de retracto que le asiste al consumidor y el procedimiento para ejercerlo, así como cualquier otra información relevante para que el consumidor pueda adoptar una decisión de compra libremente y sin ser inducido a error. Igualmente, deberá informar el precio total del producto, incluyendo todos los impuestos, los costos y los gastos que deba pagar el consumidor para adquirirlo. En caso de ser procedente, se deben informar, adecuadamente y por separado, los gastos de envío. Mediante la Resolución No. 524 de 2014, la Dirección de Investigaciones de Protección al Consumidor de la Superintendencia de Industria y Comercio sancionó, en primera instancia, a Servicios Online S.A.S. *despegar.com* suspendiéndole su inscripción en el Registro Nacional de Turismo por el término de diez días; adicionalmente, impuso a Servicios Online S.A.S. *despegar.com* una multa de \$12320000, por

132 Tomado de la página: <http://www.revistapym.com.co/destacados/superindustria-declaro-responsable-viva-colombia-violacion-derechos-consumidores> [acceso 4 de abril de 2014].

133 Miguel Piedecasas, Jorge Mosset Iturraspe, "Apariencia, seguridad e información" en *Responsabilidad precontractual* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006), 77.

134 Entiéndase en este caso "oferta" para los productos que temporalmente ofrece una condición favorable a la regular.

haber hallado, entre otros, que algunos de los servicios turísticos ofertados en la página web de la entidad no incluían la totalidad de los impuestos del país o del exterior, como tampoco las tasas, los cargos, los sobrecargos o las tarifas que afectan el precio final<sup>135</sup>.

4. Publicar, en el mismo medio y en todo momento, las condiciones generales de sus contratos, y que estas que sean fácilmente accesibles y disponibles para su consulta, su impresión y su descarga, antes y después de hecha la transacción, así no se haya expresado la intención de contratar. Previamente a la finalización o el término de cualquier transacción de comercio electrónico, el proveedor o el expendedor deberá presentar al consumidor un resumen del pedido de todos los bienes que pretende adquirir con su descripción completa, el precio individual de cada uno de ellos, el precio total de los bienes o servicios y, en caso de ser aplicable, los costos y los gastos adicionales que se deban pagar por envío o por cualquier otro concepto, y la sumatoria total que se deba cancelar. Este resumen tiene como fin que el consumidor pueda verificar que la operación refleje su intención de adquirir los productos o los servicios ofrecidos y las demás condiciones, y si así es su deseo, hacer las correcciones que considere necesarias o cancelar la transacción. Este resumen deberá hallarse disponible para su impresión o su descarga. La aceptación de la transacción por parte del consumidor deberá ser expresa, inequívoca y verificable por la autoridad competente. El consumidor debe tener el derecho a cancelar la transacción hasta antes de concluirla. Concluida la transacción, el proveedor o el expendedor deberá remitir, a más tardar el día calendario siguiente de efectuado el pedido, un acuse de recibo de este, con información precisa sobre el tiempo de entrega, el precio exacto, incluyendo los impuestos, los gastos de envío y la forma como se hizo el pago. Queda prohibida cualquier disposición contractual en la que se presuma la voluntad del consumidor o que su silencio se considere como consentimiento, cuando de esta se deriven erogaciones u obligaciones a su cargo.
5. Mantener en mecanismos de soporte duradero la prueba de la relación comercial; sobre todo, de la identidad plena del consumidor, de su voluntad

135 [Http://www.sic.gov.co/drupal/node/7030](http://www.sic.gov.co/drupal/node/7030) [acceso 4 de abril de 2014].

expresa de contratar, de la forma como se hizo el pago y de la entrega real y efectiva de los bienes o los servicios adquiridos, de tal forma que se garanticen la integridad y la autenticidad de la información, y que esta sea verificable por la autoridad competente, por el mismo tiempo que se deben guardar los documentos de comercio.

6. Adoptar los mecanismos de seguridad apropiados y confiables que garanticen la protección de la información personal del consumidor y de la transacción misma. El proveedor será responsable por las fallas en la seguridad de las transacciones realizadas en los medios por él dispuestos, sean propios o ajenos. Cuando el proveedor o el expendedor dé a conocer su membresía o su afiliación en algún esquema relevante de autorregulación, asociación empresarial, organización para resolución de disputas u otro organismo de certificación, deberá proporcionar a los consumidores un método sencillo para verificar dicha información, así como detalles apropiados para contactar con dichos organismos y, en su caso, tener acceso a los códigos y las prácticas relevantes aplicados por el organismo de certificación. Tal disposición no obliga al comerciante a resolver sus controversias ante la jurisdicción ordinaria, pues a su discrecionalidad podrá imponer al consumidor los escenarios de resolución de conflictos que este prefiera, tales como la jurisdicción arbitral<sup>136</sup>.
7. Disponer en el mismo medio en el cual lleva a cabo el comercio electrónico, de mecanismos para que el consumidor pueda radicar sus peticiones, sus quejas o sus reclamos, de tal forma que le quede constancia de la fecha y la hora de la radicación, incluyendo un mecanismo para su posterior seguimiento. Dicha información resulta de vital relevancia para el consumidor, pues las reclamaciones directas son un requisito de procedibilidad para que el consumidor pueda acudir a la jurisdicción en caso que el empresario niegue el cumplimiento del deber de garantía legal<sup>137</sup>.
8. Salvo pacto en contrario, el proveedor deberá haber entregado el pedido, a más tardar, en el plazo de 30 días calendario, a partir del día siguiente al

136 Congreso de la República de Colombia. *Ley 1563 de 2012*, "Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones" (Bogotá: *Diario Oficial* 48.489, 12 de julio de 2012), artículo 118.

137 Congreso de la República de Colombia, *Ley 1480 de 2011*, artículo 58.

día en el cual el consumidor le haya comunicado su pedido. En caso de no hallarse disponible el producto objeto del pedido, el consumidor deberá ser informado de inmediato sobre esta falta de disponibilidad. En caso de que la entrega del pedido supere los 30 días calendario, o de que no se halle disponible el producto adquirido, el consumidor podrá resolver o terminar unilateralmente el contrato, según el caso, y obtener la devolución de todas las sumas pagadas, sin que haya lugar a retención o descuento alguno. La devolución deberá hacerse efectiva en un plazo máximo de 30 días calendario.

Es claro que, en principio, prima la voluntad de las partes para pactar el plazo de entrega del producto; no obstante, si hay silencio en el término, la ley lo suple otorgando un plazo máximo de 30 días calendario, para que el producto llegue a su destino. Así las cosas, no debería otorgársele al consumidor la posibilidad de resolver el contrato en los casos en los cuales la entrega supere los 30 días calendario, por cuanto pueden existir acuerdos de entrega que superen dicho término, razón por la cual la redacción de esta norma podría ser perjudicial para el proveedor que hizo un acuerdo de buena fe, amparado en el principio de *pacta sunt servanda*, que parece desprenderse de la redacción inicial de este acápite.

El proveedor deberá establecer en el medio de comercio electrónico utilizado un enlace visible, fácilmente identificable, que le permita al consumidor ingresar a la página de la autoridad de protección al consumidor de Colombia.

En virtud de todo lo anterior, los deberes informativos se configuran como carga para el vendedor; sin embargo, no deberían coexistir las distintas formas de contratación bajo el mismo régimen que obligue a los proveedores a suministrar información. Ello, en virtud de que algunas exigencias no interesan al consumidor *online*, y otras que no se exigen podrían acabar defraudando la confianza o la expectativa de dicho consumidor frente al producto que espera recibir, como se evidencia en el deber del productor o distribuidor de informar la fecha de vencimiento de un producto o las especificaciones técnicas en el embalaje o en el mismo producto, tales como el etiquetado de componentes para prendas de vestir, se detecta que los portales de ventas por internet visitados no ofrecen información referente a la i) fecha de vencimiento de percederos o información de todos los componentes de una prenda de vestir <sup>138</sup>, por lo cual se inferiría que

138 Véanse los siguientes portales: falabella.com.co; éxito.com.co y tiendasjumbo.co en los cuales no se informa sobre los productos información referente a la i) fecha de vencimiento o ii) información de etiquetado para prendas

dicha información es obviada, o, por lo menos, no es necesaria para que el consumidor tome una decisión asertiva; simplemente, se presume que les interesaría tal información —como es el caso del modo de uso o advertencias de uso— una vez llegado el pedido.

### *El consentimiento electrónico, la oferta y la aceptación*

Para la formación del contrato se requiere que una de las partes tome la iniciativa y proponga al interesado el objeto, las condiciones y la modalidad del contrato que se quiere celebrar, y de esta manera nace el vínculo contractual, queda perfeccionado el contrato y las partes se obligan a cumplir determinados deberes. Estas etapas se denominan *oferta y aceptación*.

La formación del consentimiento en materia del comercio electrónico queda regulada por las disposiciones del Código Civil Colombiano, y de lo poco que sugiere la Ley 527 de 1999, si bien esta solo cita que no se negarán los efectos jurídicos, ni la validez ni la fuerza obligatoria a una manifestación de voluntad u otra declaración tan solo por haberse hecho en forma de mensaje de datos.

La aceptación electrónica se define<sup>139</sup> para algunos tratadistas como la declaración unilateral de voluntad que una persona hace a través de medios de comunicación o medios informáticos manifestando su conformidad con una propuesta recibida por ella. Existen ciertas circunstancias o requisitos para que se forme el consentimiento, y ellos son los siguientes: i) la aceptación debe darse mientras la oferta esté vigente; ii) la aceptación debe ser oportuna, y iii) la aceptación debe ser pura y simple.

### *Obligaciones contractuales*

La fase contractual “estricta” de la operación electrónica viene constituida por el contrato propiamente dicho, el cual incluye la *fase de nacimiento y cumplimiento*; en dicha etapa, al igual que en el contrato tradicional, hay, desde el inicio, el interés, por parte del comprador, de adquirir bienes y servicios y, conforme a la aplicación de las normas generales en materia de contratos, luego de aceptar las

---

de vestir. Entiéndase también, en la obligación de informar el modo o advertencias de uso.

139 Erick Cárdenas Rincón, *Contratación electrónica y la nueva forma del negocio jurídico* (Bogotá: Centro editorial Universidad del Rosario, 2006).

condiciones contractuales nace una serie de obligaciones en cabeza del consumidor y del proveedor o el expendedor.

Obligaciones del consumidor; el pago

Cita el Código de Comercio en su artículo 905 que la

[...] compraventa es un contrato en que una de las partes se obliga a transmitir la propiedad de una cosa y la otra *a pagarla en dinero*. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio; [Cursiva fuera del texto]

el artículo 1500 del mismo código cita:

[...] el comprador está obligado a pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo y lugar fijados por el contrato y, si no se hubiesen fijado, en el tiempo y lugar en que se produzca la entrega de la cosa.

Las mencionadas disposiciones están dedicadas a las acciones preparatorias del pago del precio que se especifican en el contrato tradicional; para el caso de los contratos electrónicos, ni la aceptación ni las obligaciones de las partes quedan perfeccionadas, sino que se anticipan a la entrega la cancelación del artículo o el servicio; es así que para que se perfeccione el contrato (y parecería una “obligación precontractual del consumidor”), el consumidor debe elegir el medio de pago y efectuarlo de inmediato; dichos medios consisten en cancelar el valor con cualquier instrumento de pago electrónico o por medio de una consignación en depósito bancario.

Obligaciones del proveedor

*La entrega*

Cita el artículo 923 del Código de Comercio Colombiano que la entrega de la cosa se entenderá verificada

[...] Por la expedición que haga el vendedor de las mercaderías al domicilio del comprador o a cualquier otro lugar convenido, [...]; más adelante indica: [...] El vendedor deberá hacer la entrega de la cosa dentro del plazo estipulado. A falta de estipulación deberá entregarla dentro de las veinticuatro horas siguientes al perfec-

•El comercio electrónico y sus paradigmas en torno al derecho del consumo en Colombia•

cionamiento del contrato, salvo que de la naturaleza del mismo o de la forma como deba hacerse la entrega se desprenda que para verificarla se requiere un plazo mayor.

La práctica en materia de contratos a distancia permite apreciar, a menudo, que los plazos de entrega representan un problema; frecuentemente, dichos plazos no son precisados, y el consumidor espera durante largo tiempo la recepción. Por ello, según el Estatuto del Consumidor, salvo si las partes acuerdan otra cosa, el proveedor deberá ejecutar su pedido, a más tardar, en el plazo de 30 días calendario, a partir del día en el cual el consumidor le haya comunicado su pedido<sup>140</sup>. Ahora bien, sería conveniente que el legislador indicara la obligatoriedad del proveedor en suministrar al consumidor el plazo de entrega, el cual, en términos razonables, no deberá superar los 30 días calendario dentro del territorio nacional.

Por otra parte, cita el artículo 46 del Estatuto del Consumidor que

El productor o proveedor que realice ventas a distancia deberá cerciorarse de que la entrega del bien o servicio se realice efectivamente en la dirección indicada por el consumidor y que este ha sido plena e inequívocamente identificado.

Esta carga resulta importante; sin embargo, para algunos doctrinantes, sería desproporcionada<sup>141</sup>. Si bien la constancia de entrega le permite al proveedor probar a partir de cuándo corre el término de garantía, para el productor resultaría prácticamente imposible identificar de manera inequívoca al consumidor.

Es evidente que la costumbre aplicable a los contratos *off-line* dice que debe entregarse el bien o el servicio a quien paga por él; sin embargo, para el caso del comercio electrónico, no siempre quien cancela el producto es quien lo va a consumir, o, por lo menos, quien lo va a recibir. Tal es el caso de los regalos ofrecidos en puntos de ventas virtuales, por lo que si se revisa la norma, la identificación “inequívoca” conlleva que la entrega es personal, y debido a ello, según la norma, la empresa de transporte no podría dejar la mercancía que es ordenada a distancia,

.....  
140 Congreso de la República de Colombia, *Ley 1480 de 2011*, artículo 50, literal h): “Salvo pacto en contrario, el proveedor deberá haber entregado el pedido a más tardar en el plazo de treinta (30) días calendario a partir del día siguiente a aquel en que el consumidor le haya comunicado su pedido. En caso de no encontrarse disponible el producto objeto del pedido, el consumidor deberá ser informado de esta falta de disponibilidad de forma inmediata. En caso de que la entrega del pedido supere los treinta (30) días calendario o que no haya disponible el producto adquirido, el consumidor podrá resolver o terminar, según el caso, el contrato unilateralmente y obtener la devolución de todas las sumas pagadas sin que haya lugar a retención o descuento alguno. La devolución deberá hacerse efectiva en un plazo máximo de treinta (30) días calendario”.

141 Montoya Naranjo, Op. cit., 437.

y por ello, a su vez, la legislación actual no debería condicionar la entrega exclusivamente al consumidor, sino establecer la posibilidad a quien este delegue.

### *Calidad, idoneidad y seguridad*

El Estatuto del Consumidor establece que todo productor o proveedor debe garantizar la idoneidad, la calidad y la seguridad de los bienes y los servicios que ofrezca<sup>142</sup>. De igual forma, y a partir de lo anterior, el artículo 7° de la misma disposición establece que la garantía es la obligación que tienen el productor y el proveedor de responder por la calidad, la idoneidad, la seguridad y el buen estado y el funcionamiento de los productos.

Por lo descrito, se analizará cada uno de los anteriores conceptos:

#### Garantizar la calidad

El Estatuto del Consumidor preceptúa el derecho a recibir productos de calidad: recibir el producto de conformidad con las condiciones que establece la garantía legal, las que se ofrezcan y las habituales del mercado. Seguidamente, el artículo define qué se entiende por calidad “la condición en que un producto cumple con las características inherentes y las atribuidas por la información que se suministre sobre él”. De esta manera, el concepto de calidad está ligado a las características que hacen parte de la naturaleza del producto, propias de cada bien y que lo individualizan frente a los demás.

Las características “inherentes” corresponden a las propias, obvias de cualquier producto de similares condiciones y que el consumidor espera que cumpla sin necesidad de que se las hagan expresas; además, las características atribuidas

.....  
142 Congreso de la República de Colombia, *Ley 1480 de 2011*, artículo 6: “Todo productor debe asegurar la idoneidad y seguridad de los bienes y servicios que ofrezca o ponga en el mercado, así como la calidad ofrecida. En ningún caso estas podrán ser inferiores o contravenir lo previsto en reglamentos técnicos y medidas sanitarias o fitosanitarias.

El incumplimiento de esta obligación dará lugar a

1. Responsabilidad solidaria del productor y proveedor por garantía ante los consumidores
2. Responsabilidad administrativa individual ante las autoridades de supervisión y control en los términos de esta ley.
3. Responsabilidad por daños por producto defectuoso, en los términos de esta ley.

Parágrafo. Para efectos de garantizar la calidad, idoneidad y seguridad de los productos y los bienes y servicios que se comercialicen, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, Invima, expedirá los Registros Sanitarios, de conformidad con las competencias establecidas en el artículo 245 de la Ley 100 de 1993, que ordena el control y la vigilancia sobre la calidad y seguridad de los mismos”.

por la información que se suministre sobre él son las *adicionales*, no obvias, dadas a conocer por el producto o por un proveedor en su proceso de comercialización del bien, ya sea por la publicidad o mediante la información que suministren el embalaje del producto o el manual sobre él.

#### Garantizar la idoneidad

La idoneidad, o eficiencia, es la aptitud del producto para satisfacer la necesidad o las necesidades para las cuales ha sido producido o comercializado. En comparación con la característica antes descrita, la idoneidad define una función o el fin general del producto; es el caso de las lavadoras, que sirven para dejar la ropa limpia; de las cámaras, para capturar fotos, o de un par de tenis, para proveer protección y comodidad al pie de quien lo usa.

Ahora bien, un par de tenis podrían ser especializados para dar saltos, por lo cual no será suficiente si brindan protección y comodidad a quien los adquiera, pues si se informa que son especiales para satisfacer esta necesidad de “aumentar el salto” y no ofrecen tal cosa en realidad, se estaría quebrantando la respectiva obligación.

#### Garantizar la seguridad

Las directrices de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) impelen a los gobiernos a adoptar y fomentar medidas y reglamentaciones de seguridad para garantizar que los productos sean inocuos en el uso al que se destinan, o normalmente previsibles; tal es el ejemplo de que los artículos no deben perder su inocuidad debido a la manipulación o el almacenamiento que de él hagan sus expendedores o sus consumidores facilitando a quien lo use las instrucciones sobre el uso adecuado o las advertencias de los riesgos por un uso indebido<sup>143</sup>.

El Estatuto del Consumidor ampara el derecho a recibir productos seguros, al punto de indicar que los consumidores tienen derecho a que los productos no causen daño en condiciones normales de uso, y a la protección contra las consecuencias nocivas para la salud, la vida o la integridad de los consumidores.

.....  
143 Directrices de las Naciones Unidas [acceso 31 de marzo de 2014]. [http://www.consumersinternational.org/media/33875/consumption\\_sp.pdf](http://www.consumersinternational.org/media/33875/consumption_sp.pdf).

Seguidamente, define el mismo documento qué se entiende por seguridad: la condición del producto conforme la cual, en situaciones normales de utilización, teniendo en cuenta la duración, la información suministrada en los términos de la presente ley y, si procede, la puesta en servicio, la instalación y el mantenimiento, no presenta riesgos irrazonables para la salud o la integridad de los consumidores; y en caso de que el producto no cumpla con requisitos de seguridad establecidos en reglamentos técnicos o medidas sanitarias, se presumirá inseguro.

Como daño, a su vez, el artículo 20 de la Ley 1480 de 2011 entiende:

- Muerte o lesiones corporales causadas por el producto defectuoso.
- Los efectos producidos a una cosa diferente del producto defectuoso, causados por el producto defectuoso.

En conclusión, un producto seguro es el que no genere riesgos ni cause daños a quien lo use. El párrafo del artículo 21 de la Ley 1480 de 2011 cita como ejemplo de producto inseguro el defectuoso, el que viole una medida sanitaria o fitosanitaria, o el que viole un reglamento técnico, caso en el cual se presumirá el defecto del bien.

### *Obligaciones poscontractuales*

#### Garantía legal

También han citado las directrices de la ONU que los gobiernos deben adoptar o mantener políticas que especifiquen las responsabilidades del fabricante para asegurar que los artículos satisfagan los requisitos normales de durabilidad, utilidad y fiabilidad, y sean aptos para el fin al que se destinan, y que el vendedor vele por que dichos requisitos se cumplan. Las mismas políticas deben regir la prestación de servicios<sup>144</sup>.

En este contexto, la garantía legal es la herramienta inicial que tiene el consumidor para buscar la protección de sus derechos y evitar el perjuicio de sus intereses económicos.

Cita el artículo 5 de la Ley 1480 de 2011 que la garantía es la obligación temporal, solidaria a cargo del productor y del proveedor, de responder por el

.....  
144 Ibid.

buen estado del producto y la conformidad de este con las condiciones de idoneidad, calidad y seguridad legalmente exigibles o las ofrecidas. Adicionalmente, la garantía legal no tendrá contraprestación adicional al precio del producto. Más adelante, el artículo 7° de la misma ley reitera como garantía legal la obligación, a cargo de todo productor o proveedor, de responder por la calidad, la idoneidad, la seguridad y el buen estado y el buen funcionamiento de los productos. En la prestación de servicios en la que el prestador tiene una obligación de medio, la garantía está dada, no por el resultado, sino por las condiciones de calidad en la prestación del servicio, según las condiciones establecidas en normas de carácter obligatorio, en las ofrecidas o en las ordinarias y habituales del mercado. Así mismo, el Gobierno Nacional reguló, a través del Decreto 735 de 2013, el trámite y el plazo para dar cumplimiento a la efectividad de la garantía condicionando a los proveedores y a los expendedores a fundar la negación o el cumplimiento de esta, así como a entregar a los consumidores productos temporales cuando el plazo de la reparación se extiende, y definió, por primera vez, el trámite de garantía para las prestaciones de servicio y las garantías suplementarias.

En conclusión, la garantía es el instrumento que tiene el consumidor para exigir el cumplimiento de las estipulaciones contractuales.

### *Derecho de retracto*

El artículo 47 del Estatuto del Consumidor define que en todos los contratos para la venta de bienes y prestación de servicios, mediante sistemas de financiación otorgada por el productor o el proveedor, de venta de tiempos compartidos o de ventas que utilizan métodos no tradicionales o a distancia, y que, por su naturaleza, no deban consumirse o no hayan comenzado a ejecutarse antes de 5 días, se entenderá pactado el derecho de retracto por parte del consumidor. En el evento de que se haga uso de la facultad de retracto, se resolverá el contrato y se deberá reintegrar el dinero que el consumidor hubiese pagado.

El consumidor deberá devolver el producto al productor o al proveedor por los mismos medios y en las mismas condiciones en las cuales lo recibió. Los costos de transporte y los demás que conlleve la devolución del bien serán cubiertos por el consumidor.

El término máximo para ejercer el derecho de retracto será de cinco días hábiles, contados a partir de la entrega del bien, o de la celebración del contrato, en caso de la prestación de servicios.

Se exceptúan del derecho de retracto, los siguientes casos:

1. En los contratos de prestación de servicios cuya prestación haya comenzado con el acuerdo del consumidor.
2. En los contratos de suministro de bienes o servicios cuyo precio esté sujeto a fluctuaciones de coeficientes del mercado financiero que el productor no pueda controlar.
3. En los contratos de suministro de bienes confeccionados conforme a las especificaciones del consumidor, o claramente personalizados.
4. En los contratos de suministro de bienes que, por su naturaleza, no puedan ser devueltos, o que puedan deteriorarse o caducar con rapidez.
5. En los contratos de servicios de apuestas y loterías.
6. En los contratos de adquisición de bienes perecederos.
7. En los contratos de adquisición de bienes de uso personal.

El proveedor deberá devolverle en dinero al consumidor todas las sumas pagadas, sin que proceda hacer descuentos o retenciones por concepto alguno. En todo caso, la devolución del dinero al consumidor no podrá exceder de 30 días calendario, desde el momento en que ejerció el derecho.

Este postulado, nutrido por una lista de excepciones para la aplicación del derecho de retracto, no precisó la razón por la cual se incluía a este el contrato de suministro de bienes o servicios, suponiendo que en la mayoría de esta clase de acuerdos los bienes adquiridos van dirigidos a fines comerciales o a la satisfacción de una necesidad ligada a una actividad económica. Pero, ¿qué sucedería, entonces, si el consumidor decide pactar la adquisición de una serie de servicios o de bienes periódicos para la satisfacción privada, propia o familiar? Esa reglamentación, antes de incluir más excepciones y reclamos, debería centrarse en sortear dichos errores, para que la actividad del operador jurídico sea correcta y racional.

### *Reversión del pago*

Otro aspecto importante se refiere a la reversión del pago. Se estipula en el artículo 51 de la Ley 1480 de 2011 que las compras a distancia hechas por cualquier medio de pago electrónico son susceptibles de reversarse cuando medie fraude, cuando el pago corresponda a una operación no solicitada o cuando esta sea defectuosa. En tales casos, la ley impone la reclamación directa al proveedor, antes de que se inicie un proceso ante la autoridad competente:

[...] el consumidor deberá presentar queja ante el proveedor y devolver el producto, cuando sea procedente, y notificar de la reclamación al emisor del instrumento de pago electrónico utilizado para realizar la compra, el cual, en conjunto con los demás participantes del proceso de pago, procederán a reversar la transacción al comprador.

Lo planteado confirmaría que basta con la reclamación directa para dar por cierto el cumplimiento de cualquiera de las causales para la reversión del pago, sin que el consumidor pruebe o siquiera motive, el fraude, o que el producto entregado no sea el solicitado o que el entregado, a juicio del consumidor, cause daños o riesgos a su salud; no obstante, parece haber, más adelante en la norma, otra clase de reversión del pago, pues cita esta que:

En el evento que existiere controversia entre proveedor y consumidor derivada de una queja y esta fuere resuelta por autoridad judicial o administrativa a favor del proveedor, el emisor del instrumento de pago, en conjunto con los demás participantes del proceso de pago, una vez haya sido notificado de la decisión, y siempre que ello fuere posible, cargará definitivamente la transacción reclamada al depósito bancario o instrumento de pago correspondiente o la debitará de la cuenta corriente o de ahorros del consumidor, y el dinero será puesto a disposición del proveedor. De no existir fondos suficientes o no resultar posible realizar lo anterior por cualquier otro motivo, los participantes del proceso de pago informarán de ello al proveedor, para que este inicie las acciones que considere pertinentes contra el consumidor. Si la controversia se resuelve a favor del consumidor, la reversión se entenderá como definitiva.

Lo anterior, sin perjuicio del deber del proveedor de cumplir con sus obligaciones legales y contractuales frente al consumidor y de las sanciones administrativas a que haya lugar.

En el inciso citado, es claro que se trata de una controversia derivada de una queja, lo cual hace pensar que una autoridad competente ha asumido el caso de solicitud de reversión del pago para que la resuelva.

Esta interpretación señala que si la controversia se resuelve a favor del consumidor, la reversión del pago será definitiva, por lo cual la ley no da la posibilidad al proveedor ni al expendedor de negarse a revertir el pago, pues se debe asumir siempre que el consumidor tiene la razón, y que la orden de revertir debe llevarse a cabo, a pesar de que el proveedor o el expendedor no esté de acuerdo.

En caso de que el proveedor o el expendedor resultare vencedor (esto es, que no se prueben ante la autoridad competente las causales de solicitud de reversión del pago), se deberá ordenar que se cargue a favor de este la transacción inicialmente efectuada por el consumidor; no obstante, se corre el riesgo de que el consumidor no tenga con qué devolver la suma que le fue revertida, ante lo cual el proveedor deberá tomar las acciones ejecutivas obligándose a soportar el desgaste de iniciar la persecución del dinero que, en principio, no debió revertirse.

El gobierno deberá reglamentar este artículo, el cual tendrá que ser suficiente para diferenciar la figura de la reversión no definitiva del pago de la definitiva o jurisdiccional, sin que obvie la posibilidad que tenga el proveedor o el expendedor de negar la reversión, o, por lo menos, de que en la acción en la autoridad competente se pueda gestionar un depósito judicial a favor del proveedor o el expendedor, consignado por el consumidor por el monto del valor del artículo inicialmente adquirido en el punto virtual.

## Conclusión

Quizás, la medida regulatoria no debe ser únicamente el escrito de la intimidante intervención estatal en la actividad mercantil, pues lo cierto es que cuando se transnacionalizó la normativa, para el caso del comercio electrónico, se delata una adopción parcial de la Directiva del Parlamento Europeo y de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista Español de 1996, modificada parcialmente por la Ley 47/2002. No se tuvo en cuenta la coordinación con la realidad del empresario y el consumidor, lo cual aplicaba, y se obtuvo como resultado que las autoridades aceptan que los vigilados no van a cumplir ciertas restricciones y obligaciones hasta cuando el Poder Ejecutivo no garantice el deber de discutir

su aplicación, para adecuar luego la normativa y finalizar con la educación del empresario y el consumidor.

Por lo anterior, surge la necesidad de contar con reglamentaciones sólidas, pero equilibradas, que no esquiven la especial importancia del principio de la buena fe, la costumbre mercantil ni la autonomía de la voluntad, y que, a la par, disponga de operadores jurídicos estables, conocedores de la ley, razonables y justos, y que procuren un régimen que funcione con todas las expresiones de las ventas modernas, pues, como se vio, no a toda relación de consumo deben exigírsele las obligaciones de la oferta *off-line*, ni trasladarse cargas indebidas al oferente, cuando el consumidor *online* cuenta con beneficios tales como disponer de todo el tiempo para informarse, comparar y reflexionar sobre la solicitud de su pedido.



# REVISIÓN DEL MARCO TEÓRICO PARA ESTABLECER RESPONSABILIDADES SOBRE EL ESTADO EN SUS RELACIONES CON LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES

Jairo Becerra

## Introducción

El planteamiento de la responsabilidad de los proveedores de servicios de telecomunicaciones está dado por un sinnúmero de elementos que nos plantean la necesidad de delimitar el estado de la cuestión a cierto número finito de cuestiones.

Es así como se estructuran y cohabitan: la relación entre los proveedores de servicios de telecomunicaciones y la administración pública; los casos donde la administración actúa como prestador del servicio de telecomunicaciones, y cuando la prestación del servicio se delega; cuando la prestación del servicio se concentra exclusivamente en los prestadores de servicios de internet, pero excluye y especializa el debate de responsabilidad a los medios electrónicos; la delimitación de la responsabilidad patrimonial (civil), política, administrativa, penal e, incluso, disciplinaria. Todos estos aspectos, además, interactúan con la doctrina clásica de la responsabilidad, en cuanto a los conceptos de: responsabilidad objetiva y subjetiva; de falta o culpa del servicio; de falta o culpa personal, y de calidad de servidor público.

A su vez, dicho enfoque está relacionado directamente con lo que se conoce como el *gobierno abierto* (*open gov*) y las implicaciones que esa política tendrá en las actuaciones de la administración pública en el plano jurídico; en su relación con los ciudadanos; en la problemática sobre el acceso de los ciudadanos a la información y las garantías que se deben observar por parte del ente público para la prestación y el manejo adecuado de la sede electrónica, en manos de los proveedores de servicios de telecomunicaciones, bien sea la administración o un particular el que preste el servicio.

Finalmente, cabe destacar el análisis de las implicaciones sobre casos de estudio concretos, como, por ejemplo: las fallas parciales y totales en el acceso a los servicios y los recursos de presentación; las ventanas de oportunidad y cierre de una licitación pública a través de medios electrónicos; las fallas imputables a los proveedores de servicios de telecomunicaciones o de Internet cuando la administración es sujeto de la prestación del servicio por medio de sus sedes electrónicas, o la responsabilidad de los operadores de comunicaciones por el incumplimiento generado al no retener los datos de conexión y tráfico de las sedes electrónicas de la administración.

## Estado de la cuestión

### *La relación entre los proveedores de servicios de telecomunicaciones y la administración pública*

Dentro del marco internacional, el estudio se halla representado, principalmente, por varios escritos y por la diferencia de concepción relacional que existe entre Europa y los Estados Unidos, a la hora de abordar el tema: Cremades y Arana, de la Quadra-Salcedo y Vida, Montero y González han desarrollado importantes trabajos coordinados o monografías sobre el tema.

Con la perspectiva administrativa más concreta, cabe destacar los estudios de Palma Fernández, Souvirón Morenilla, Giménez Cervantes o el uruguayo Delpiazzo. Pese a tratarse de un ámbito objeto de muchas investigaciones, el derecho de comunicaciones frente a la perspectiva concreta de la responsabilidad del Estado no ha sido especialmente desarrollado en ninguno de los ámbitos en cuestión.

En Estados Unidos, podemos ver cómo la *Communications Decency Act* y la *Digital Millennium Copyright Act* descargan la responsabilidad sobre los operadores de comunicaciones (como se les denomina), y no sobre la administración, aunque el tema se limita a los derechos de autor y a la entrega de información en materia civil y penal; pero ambos documentos sirven de referencia para determinar la doctrina por seguir cuando se exculpa a la administración y el tema se suscribe en la relación entre contratante (administración) y contratista (operador). Es digno de destacar (al menos, en parte) a Lessig, y su recopilación de codificación, en la web 2.0, de Frosio o Granickm, en temas de *Intermediary Liability*.

Es en este punto donde se puede establecer la relación exacta entre los proveedores del servicio de telecomunicaciones y la administración pública, para así poder determinar su grado de responsabilidad al actuar en nombre de ella, qué casos se presentan y cómo en cada caso se puede considerar al operador como tal. Así mismo, se podrá tratar de determinar si la administración como tal responderá como operador o como la propia administración, según el caso de falla del servicio o su responsabilidad subjetiva.

*La administración como proveedor del servicio de telecomunicaciones y la delegación del servicio en los particulares*

Ya lo menciona la doctrina (especialmente, Rodríguez), al hacer referencia a las calidades del funcionario público; a su vez, lo establece entre los temas generales de responsabilidad el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, y, sobre todo, la Ley 678 de 2001, por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición. En la determinación de las calidades de los contratistas como servidores públicos, donde se determina claramente cómo un particular puede a su vez ser un servidor público, al igual que Botero, establece esta posibilidad por parte de la administración de contratar y suplir actividades que la administración requiere para su funcionamiento y la extensión por tanto de la responsabilidad.

Dentro del ámbito de la legislación colombiana, existe jurisprudencia que establece con claridad los elementos de la responsabilidad, como la Sentencia del 21 de octubre de 1999, Exps. 10948-11643 del Consejo de Estado, que establecen

la ruta por seguir para la vinculación por responsabilidad, y su existencia, tanto para la administración como para los prestadores, en los casos en los que se delega.

Cuando la administración delega y cuando actúa como prestadora del servicio, ¿según qué régimen, por ende, se podrían amparar los operadores, y, así mismo, los usuarios, para exigir responsabilidad? Tal cuestión podría ser objeto de estudio. Así mismo, se plantea explorar la posibilidad, según la ley vigente, de la acción de repetición, por parte de la administración, sobre los operadores, cuando esta sea obligada a indemnizar por fallas del servicio o cuando sufra un daño al ser obligada a repetir procedimientos administrativos o de licitación pública.

### *La prestación del servicio por medios exclusivamente electrónicos*

Hemos podido establecer que en Colombia en el tema de la prestación del servicio de comunicaciones por medios electrónicos se destacan los trabajos del Grupo de Estudios en Internet, Comercio electrónico, telecomunicaciones e Informática (GETCI), Gamboa, Devis y Rincón, los cuales también nos aclaran que ese nexo entre la administración y las obligaciones y las responsabilidades concretas de esta que conlleven responsabilidad no han sido muy desarrolladas hasta la fecha.

Por otra parte, tenemos cómo se desarrolla el concepto de protección de los administrados frente a la administración pública que pueden ser extrapolados a los medios electrónicos, expuesto en la Sentencia C-333 de 1996 de la Corte Constitucional, que fue reiterada por la Sentencia C-892 de 2001.

En el contexto internacional, cabe destacar la *Telecommunications Act of 1996*, de Estados Unidos, que perfila de manera clara la inclusión dentro del servicio de telecomunicaciones del sector de los medios electrónicos. Cabe también destacar el desarrollo de la Comisión Federal de Comunicaciones de Estados Unidos, o en Europa, el Reglamento Número 611, elaborado por la Comisión Europea, del 24 de junio de 2013, relativo a las medidas aplicables a la notificación de casos de violación de datos personales, dentro del marco de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Privacidad y las Comunicaciones Electrónicas (DOUE del 26 de junio de 2013). Toda esa normatividad configura el marco teórico de la prestación de servicios electrónicos, en concordancia con el desarrollo de instituciones y de organismos de vigilancia,

•Revisión del marco teórico para establecer responsabilidades sobre el Estado•

como el creado con el Reglamento 1211 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009, por el que se establece el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas. Y en el tema de leyes sobre responsabilidad, cabe mencionar el acta del Japón sobre la responsabilidad y el deber de los operadores en la prestación del servicio, *Act on the Limitation of Liability for Damages of Specified Telecommunications Service Providers and the Right to Demand Disclosure of Identification Information of the Senders* *eras*.

La distinción de la actuación por medios electrónicos es de vital importancia para distinguir los diferentes escenarios y para enmarcar y diferenciar los diferentes espacios de actuación de la administración y, por ende, su responsabilidad en diferentes ámbitos, pues se tiende a creer que cuando se habla de telecomunicaciones se habla exclusivamente de los medios electrónicos, sin tener en cuenta que hasta los medios postales hacen parte del sector, el cual podría delimitarse con mayor precisión.

### *El gobierno abierto (open gov) y las actuaciones de la administración pública*

En el ámbito de la difusión de información pública (en inglés, *open data*) cabe tener en cuenta las nuevas obligaciones que suscita para el Estado el concepto de gobierno abierto. Dicho concepto surge en Estados Unidos, durante la administración Obama, y se desarrolla con documentos como el *Memorandum M-1 0-06, Open Government Directive (Dec. 8, 2009)* y el *Memorandum on Building a 21st Century Digital Government (May 23, 2012)*.

En España, Cotino es el único autor que habla y reflexiona sobre temas jurídicos relacionados con el gobierno abierto. Conceptualmente hablando, la mejor contribución al tema de gobierno abierto sea, quizá, la de Villoria, Hofmann, Ramírez Alujas y Bojórquez Perenieta. Estos autores han coordinado el estudio en español más amplio (2013) y son referencias en la materia. Finalmente, se unen Calderón, Chun, Criado, Guadián y Osimo, con un análisis teórico-práctico.

Cotino nos dice sobre el concepto de *open gov*:

[...] no es un concepto propiamente jurídico o normativo, pero no faltan leyes y normas que directamente hacen referencia al Gobierno abierto, siendo las primeras las leyes españolas que se han aprobado en Navarra o Extremadura en 2012 y 2013, que vienen a regular la difusión de información pública, la transparencia, los datos abier-

tos, la participación y la evaluación de la calidad de las Administraciones. Uno de los elementos importantes del gobierno abierto es el Open Data, los datos abiertos y la proactividad del Estado en la difusión de información pública como materia prima.

En España, destaca la normativa que establece los parámetros de reutilización<sup>145</sup> de la información pública, la cual tiene como sustento la Directiva de la Unión Europea 2003, sobre el tema. Cotino desarrolla el tema en España y expresa: “los análisis jurídicos en la materia se deben básicamente a Fernández Salmerón, Valero Torrijos y Cerrillo en diversos artículos y monografías. No existe prácticamente jurisprudencia en esta materia”<sup>146</sup>.

En nuestro país, el desarrollo al gobierno abierto es destacado a través de documentos de Planeación Nacional para el desarrollo de la política de gobierno abierto, como el Conpes 3650 de 2010, que determina la importancia estratégica del Gobierno en línea y su plan de desarrollo e implementación, y en lo cual intervienen organismos como el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el Departamento Administrativo de la Función Pública, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación.

Es indudable que ni la importancia política del tema ni su influencia en las políticas públicas se pueden dejar de lado. El análisis del gobierno en línea es necesario para poder contextualizar el desarrollo futuro de una responsabilidad de la administración y cómo entrarán en conflicto la transparencia, las políticas de acceso a la información, la regulación para proteger datos y a los sujetos involucrados (administración, operadores, ciudadanos) e, incluso, el planteamiento y las posibles propuestas de leyes que regulen y enmarquen la responsabilidad de cada uno de los sujetos en cada uno de los campos de estudio.

### *Los ciudadanos, la sede electrónica y los proveedores del servicio de telecomunicaciones*

En cuanto a la relación de los ciudadanos con la sede electrónica, se destaca el trabajo de Cotino sobre los derechos de los ciudadanos; también, el de Valero, sobre el acceso a los servicios y la difusión de la información por medios electrónicos,

145 Lorenzo Cotino Hueso et al., “Proyecto de investigación: la responsabilidad del Estado por la utilización de las administraciones públicas de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación – TIC” (documento de trabajo, Universidad Católica de Colombia, 2013).

146 Ibid.

al hablarnos de la sede electrónica, su régimen jurídico, sus elementos y sus principios.

Se destaca en España el trabajo de Cerrillo i Martínez, cuando habla de la cooperación entre administraciones públicas para el impulso de la administración electrónica y determina el papel de los ciudadanos; también, el de Molina, con su análisis del derecho a la calidad de los servicios públicos prestados por la administración electrónica desde el paradigma de la nueva gestión pública.

En Colombia, destaca la Ley 527 de 1999, con la regulación de lo referente a la firma electrónica y los primeros pasos en materia de regulación sobre derecho TIC, así como la Ley 1341 de 2009, por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las TIC; en materia de telecomunicaciones, esta ley es también muy relevante, pues crea y regula la Agencia Nacional del Espectro. Así mismo, tenemos la Resolución del Ministerio TIC 588 de 2010, la Resolución de la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) 3066 de 2011 y el fallo del Consejo de Estado 917 de 2011.

La relación entre los ciudadanos y el gobierno se determinará, sin lugar a dudas, por su grado de interrelación a través de las sedes electrónicas, por lo cual la vinculación legal que los proveedores de servicios de telecomunicaciones poseen y su responsabilidad de actuación, por activa o por pasiva, debe ser estipulada con claridad, para impedir que un vacío o una jurisprudencia por falla en el servicio de carácter patrimonial frenen el desarrollo de dicha relación.

*La problemática sobre el acceso de los ciudadanos a la información y la relación determinante con los proveedores de servicios de telecomunicaciones*

Podemos ver cómo Cotino nos habla de la relación entre *open gov* y transparencia. Nos expresa el autor:

[...] La emergencia del acceso a la información como derecho fundamental en América Latina es evidente (Corte interamericana, caso Claude Reyes vs. Chile 2006, leyes mexicana y peruana de transparencia inicialmente y muchas leyes posteriores). En la Unión Europea el acceso a la información es un derecho fundamental de la Carta europea y todos los países salvo España han regulado leyes de transparencia que cumplen los estándares del Convenio de acceso a la información de 2009 y las

sentencias del TEDH de 2009 vinculando el acceso a la información con la libertad de expresión<sup>147</sup>.

Al hablar de este tema, debemos nombrar también a Guichot, Fernández Ramos, Sánchez de Diego y, especialmente (por su vinculación con las TIC), a Cotino. Y debemos, necesariamente, hablar de la relación entre transparencia y protección de datos, como un balance necesario aún por definir y el papel que jugarán los proveedores de servicios de telecomunicaciones en este campo.

En Estados Unidos, trabajos como el de Wells fueron pioneros en el debate actual sobre el derecho de acceso a la información pública. Legislaciones como la Access to Information Act, de Canadá, también cimentaron el debate y allanaron el camino para el tema de *open data*.

En Colombia, podemos hablar del proyecto de Ley número 156 de 2011 y posteriormente la Ley 1712 de 2014, que dicta la ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional, como el antecedente más próximo que enmarca y regula las medidas de transparencia de la administración, así como el acceso a la información por parte de los ciudadanos.

Son los proveedores de servicios de telecomunicaciones los llamados a permitir a los ciudadanos el acceso a la información, de lo cual ya tenemos una regulación en temas, sobre todo, de propiedad intelectual o de lucha contra el crimen, pero hay grandes vacíos, que debemos estudiar y determinar, en temas alusivos a la responsabilidad directa de los operadores cuando actúan en nombre de la administración y, por tanto, en calidad de servidores públicos: casos de fugas de información sensible para la seguridad e, incluso, temas sociales, como el derecho al olvido y el papel de la administración en su configuración.

Como nos dice Cotino,

[...] es la mezcla circunstancial de dos fenómenos (transformación del gobierno vía internet) lo que da origen y sustento a una política nacional de implementación de mecanismos y utilización de medios electrónicos que posee implicaciones jurídicas aún por definir y que por consiguiente conduce a la necesidad indiscutible para que en un corto plazo se clarifiquen diferentes aspectos, particularmente el de la responsabilidad y su marco jurídico<sup>148</sup>.

147 Ibid.

148 Ibid.

En la necesidad de clarificar aspectos como la responsabilidad, los proveedores de servicios de telecomunicaciones juegan un papel determinante; sobre todo, cuando actúan a través de la administración, o en vez de ella, cambiando sus calidades como sujeto (y, por ende, las consecuencias jurídicas de sus actos), tanto en el ámbito político como en el jurídico.

## Conclusiones

El tema sobre la responsabilidad de los proveedores de servicios de telecomunicaciones tiene un trato distinto en Europa y en Estados Unidos: en la primera, se establece un enfoque de responsabilidad directa y en los segundos se establece dicha responsabilidad como suscrita a la protección de los derechos de autor, pero ello es insuficiente para crear paralelismos estables que nos permitan un trabajo de estudio comparado hacia nuestro país, lo cual indica la necesidad de una construcción propia del tema objeto de investigación.

Podemos establecer, según la legislación colombiana vigente, apoyada por la doctrina, que es posible para un proveedor de servicios de telecomunicaciones actuar en funciones públicas en representación del Estado, por lo cual se puede ver una conexión que derive en responsabilidades para el Estado cuando los particulares suplan las funciones de prestación del servicio de telecomunicaciones que debería proveer la administración o cuando los particulares actúen en nombre del Estado.

Se hace evidente, por medio de la revisión de la doctrina y la construcción de un marco teórico, que el análisis y la investigación en temas de responsabilidad en el campo de las TIC es escaso, además de ser poco tratado por parte de la jurisprudencia y las propias leyes a escala internacional; ello se acentúa cuando planteamos la problemática en el plano nacional. Por todo ello, se requiere una elaboración conceptual del problema, que ayude en la construcción de un marco general de base para establecer temas derivados, como la responsabilidad concreta del Estado por las actuaciones de los proveedores de servicios de telecomunicaciones.

# LA INCIDENCIA DEL MODELO ESPAÑOL EN EL REGISTRO NACIONAL DE BASES DE DATOS COLOMBIANO COMO HERRAMIENTA DE SUPERVISIÓN Y CONTROL

Claudia Bibiana García Vargas

## Introducción

El presente trabajo investigativo se centra en el estudio de los requerimientos de información del registro de bases de datos español y los requerimientos de información que se han proyectado para el registro de bases colombiano, y el marco legal dentro del que se han gestado dichos requerimientos dentro de cada país, con el fin de ofrecer una visión general del estado actual de las herramientas de supervisión y control que España ha desarrollado como estrategia de vigilancia en el tratamiento de los datos personales, y cómo ese mecanismo ha influido en el proceso de supervisión y control del tratamiento de datos personales que se ha implementado en Colombia a lo largo de los últimos dos años.

Dado en que en Colombia solo hasta marzo de 2014 se dio a conocer el proyecto de reglamentación e implementación del Registro Nacional de Bases de Datos (RNBD), creado por la Ley 1581 de 2012, o Ley de Protección de Datos Personales, el estudio del RNBD se adelantará como una aproximación al mecanismo de supervisión y control con base en estudios preliminares del proyecto de

decreto y desde las obligaciones planteadas desde la misma Ley de Protección de Datos de Colombia.

En igual sentido, el reto que se plantea en el presente trabajo es determinar si, pese a que Colombia ha tendido hacia la estrategia europea en materia de protección de datos personales (más concretamente, la española), tal proceso, así como la implementación de la herramienta de un registro general o nacional de bases de datos, se adecúa a la realidad colombiana y a los nuevos deberes creados por la Ley 1581 de 2012.

Este cuestionamiento particular no está desligado del debate global, ya que la interacción entre naciones ha generado, a través del comercio y de las nuevas tecnologías, que los procedimientos de supervisión, vigilancia y control puedan llegar a volverse obsoletos antes de tiempo.

Pero más allá del cuestionamiento sobre si la estrategia española es la más adecuada, la implementación en Colombia de medidas concordantes con el desarrollo europeo en materia de protección de datos genera un interés importante para Colombia, dada la ventaja de ser considerado un país con un nivel apropiado en el tratamiento de datos personales, así como la intención del legislador de buscar que Colombia se mantenga en concordancia con estándares internacionales en la materia. En consecuencia, la presente investigación busca dar a conocer el funcionamiento del Registro General de Protección de Datos (RGPD) español y poner de presente los requerimientos y las condiciones en los que se está implementando la puesta en marcha del RNBD colombiano, como herramienta fundamental para el ejercicio de las actividades de supervisión y control otorgadas a la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), como autoridad de protección de datos en Colombia.

### **El caso español: el Registro General de Protección de Datos (RGPD)**

A través del presente capítulo, se busca brindar una breve aproximación a cuáles son los antecedentes de creación del RGPD en España, así como saber quién es la autoridad de protección de datos personales en España y cuál ha sido el desempeño del RGPD en el proceso de supervisión de las bases de datos sujetas a tratamiento, de manera tal que, una vez revisados los asuntos que la componen, se pueda conocer su funcionamiento y vislumbrar cuál ha sido la influencia española

•La incidencia del modelo español en el registro nacional de bases de datos colombiano•

en el proceso de vigilancia y supervisión del tratamiento de datos personales en Colombia.

### *Antecedentes de la creación del Registro General de Bases de Datos*

El modelo de protección de datos en España está fundamentado en el modelo comunitario europeo, el cual, mediante la aprobación el Convenio No. 108 del Consejo de Europa de 1981, sobre la protección de las personas en lo relativo al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, y que cimentó las bases para el ejercicio de este derecho y dio origen a la primera norma europea que marcó las pautas del modelo común de protección de datos.

A través del citado Convenio, se buscó el amparo de los derechos y las libertades fundamentales relativas a la vida privada y a la circulación de los datos personales en los países de la Comunidad Europea de Naciones, dada la facilidad de que la misma información sea tratada de manera automatizada a través de las fronteras locales y mundiales.

La estrategia usada por el Consejo de Europa se basó en que cada país miembro de la Unión Europea (UE) lograra garantizar la protección de los datos personales (físicas o naturales) en su territorio, independientemente de la nacionalidad o del lugar de residencia de las personas. Con esa perspectiva, el Capítulo II del citado convenio sintetizó los principios básicos sobre los cuales se fundamenta el derecho a la protección de los datos personales en los 28 países que constituyen la Comunidad Europea.

Por lo anterior, a la luz del Convenio 108 de 1981, los mencionados principios incluyen: (i) el compromiso de las partes<sup>149</sup>; (ii) el principio de calidad de los

.....  
149 Consejo de Europa, *Convenio 108 de 1981*, artículo 4. Compromisos de las Partes.

1. Cada Parte tomará, en su derecho interno, las medidas necesarias para que sean efectivos los principios básicos para la protección de datos enunciados en el presente capítulo.

2. Dichas medidas deberán adoptarse a más tardar en el momento de la entrada en vigor del presente Convenio con respecto a dicha Parte.

datos<sup>150</sup>; (iii) la categoría de datos especiales<sup>151</sup>; (iv) la seguridad de los datos<sup>152</sup>, y (v) el principio de las llamadas *garantías complementarias para la persona concernida*. Fueron, precisamente, estos principios los que sirvieron como derroteros por seguir y como base para el desarrollo, en cada país de la Unión Europea (UE), de los fundamentos para la garantía del derecho a la protección de datos personales.

Posteriormente, con la aprobación de la Directiva 46 de 1995 del Parlamento y del Consejo de 24 de octubre de 1995, conocida como la Directiva 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, se sientan las bases para lograr la coordinación de las legislaciones nacionales aplicables en materia de protección de datos, en pro de garantizar la libre circulación de tales datos entre los Estados miembros de la UE.

A través de la mencionada directiva, se consagraron expresamente los principios, los requisitos procedimentales, la existencia de una autoridad de protección para cada país y la creación un registro de las bases de datos; todos ellos, elementos básicos para que se desarrollaran en cada país los requisitos mínimos para la implementación de un sistema homogéneo y articulado para la adecuada protección de datos personales en la UE.

Inicialmente, estos son los principios que cada legislación debió desarrollar dentro de sus propias legislaciones para garantizar las normas rectoras que rigen el tratamiento de los datos personales en Europa. Sin embargo, tales principios, al ser abordados con la perspectiva actual de cada país, y tomando en cuenta el desarrollo que en el ámbito comunitario se ha tenido frente a los principios que rigen la actividad, hoy día se puede hablar de que los principios del derecho a

150 Ibid., artículo 5: "La calidad de los datos personales objeto de tratamiento automatizado se obtendrán de manera leal y legítimamente; serán adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con la finalidad que se hayan registrado; deberán ser exactos y puestos al día, legítimos para las cuales se hayan registrado. Igualmente se conservarán de una forma que permita la identificación de la persona por un periodo máximo de acuerdo con la finalidad".

151 Ibid., artículo 6: "Los datos de carácter personal que revelen el origen racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas u otras convicciones, así como los datos de carácter personal relativos a la salud o a la vida sexual, no podrán tratarse automáticamente a menos que el derecho interno prevea garantías apropiadas. La misma norma regirá en el caso de datos de carácter personal referentes a condenas penales".

152 Ibid., artículo 7: "Se tomarán medidas de seguridad apropiadas para la protección de datos de carácter personal registrados en ficheros automatizados contra la destrucción accidental o no autorizada, o la pérdida accidental, así como contra el acceso, la modificación o la difusión no autorizados".

•La incidencia del modelo español en el registro nacional de bases de datos colombiano.

la protección de datos en Europa son: (i) principio de lealtad; (ii) principio de exactitud; (iii) principio finalista; (iv) principio de pertinencia; (v) principio de utilización no abusiva; (vi) principio del derecho al olvido; (vii) principio de publicidad; (viii) principio de acceso individual; (ix) principio de seguridad, y (x) principio de prohibición de tratamiento automático de datos que revelen el origen racial, las opiniones políticas y las convicciones religiosas o de otro tipo, o los datos relativos a la salud o a la propia vida sexual, a menos que el derecho interno prevea las garantías adecuadas<sup>153</sup>.

Por su parte, en España, con la expedición de la Ley Orgánica 15 de 1999 de Protección de Datos, y conocida como la LOPD, se traspusieron en todo ese país los preceptos establecidos por la Directiva 95/46 del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos. Pese a existir desde 1999, la LOPD solo fue reglamentada hasta 2007, con la expedición del Real Decreto 1720 del 21 de diciembre del citado año, y en adelante, Reglamento de la LOPD, o RLOPD.

Ahora bien, de acuerdo con los principios traspuestos de la normatividad Europea, la norma española estableció como derrotero en la protección de los datos personales: que estos deben tratarse de manera leal y lícita; que deben recogerse con fines determinados, explícitos y legítimos, y que deben ser adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito ni los fines para los que se han recogido. Así mismo, estableció que los datos deben ser exactos y mantenerse actualizados, de manera que correspondan con veracidad a la situación actual de su titular.

Los *responsables*<sup>154</sup>, por su parte, deben atender a los *interesados*<sup>155</sup> que soliciten el acceso a sus datos personales, los cuales solo deben ser conservados por

153 Elisenda Bru Cuadrada, "La protección de datos en España y en la Unión Europea. Especial referencia a los mecanismos jurídicos de reacción frente a la vulneración del derecho a la intimidad". *Derecho y Política*. 5 (2007): 78-92.

154 Congreso de los Diputados, *Ley Orgánica 15 de 1999*, "De Protección de Datos de Carácter Personal" (Madrid: BOE No. 298, 14 de diciembre de 1999), artículo 3, literal d): Responsable del fichero o tratamiento: persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento.

155 *Ibid.*, artículo 3, literal e): "Afectado o interesado: persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento a que se refiere el apartado c) del presente artículo.

el tiempo necesario para que se cumpla la finalidad para la cual fueron recogidos, por lo que deben ser cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes al fin con el que se obtuvieron.

En concordancia con lo anterior, la norma impuso el deber de que quien recoja datos personales y haga tratamiento de ellos tiene que adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad de dichos datos e impedir cualquier alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado.

La LOPD les reconoce específicamente a los ciudadanos los siguientes derechos en materia de protección de datos:

- a. Derecho de información en la recogida de datos.
- b. Derecho de consulta al RGPD.
- c. Derecho de acceso<sup>156</sup>.
- d. Derecho de rectificación y cancelación<sup>157</sup>.
- e. Derecho de oposición<sup>158</sup>.

Ahora bien, a partir del artículo 18 de la Directiva 95/46 se creó la obligación de contar con registros generales de las bases de datos personales que sean objeto de tratamiento en el espacio europeo. Dicha obligación está íntimamente ligada con el principio de publicidad en el tratamiento de los datos personales, consagrado, a su vez, en el artículo 21 de la citada Directiva Europea, el cual conminó a los Estados miembros a que la autoridad de control fuera la encargada de llevar el registro de las bases de datos. El ejercicio del derecho de acceso al Registro

.....  
156 Ibid., artículo 15: "Derecho de acceso: El interesado tendrá derecho a solicitar y obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, el origen de dichos datos, así como las comunicaciones realizadas o que se prevén hacer de los mismos".

157 Ibid., artículo 16: "Derecho de rectificación y cancelación.

El responsable del tratamiento tendrá la obligación de hacer efectivo el derecho de rectificación o cancelación del interesado en el plazo de diez días.

Serán rectificadas o canceladas, en su caso, los datos de carácter personal cuyo tratamiento no se ajuste a lo dispuesto en la presente Ley y, en particular, cuando tales datos resulten inexactos o incompletos.

La cancelación dará lugar al bloqueo de los datos, conservándose únicamente a disposición de las Administraciones públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento, durante el plazo de prescripción de éstas. Cumplido el citado plazo deberá procederse a la supresión.

Si los datos rectificadas o cancelados hubieran sido comunicados previamente, el responsable del tratamiento deberá notificar la rectificación o cancelación efectuada a quien se hayan comunicado, en el caso de que se mantenga el tratamiento por este último, que deberá también proceder a la cancelación".

158 Ibid., artículo 34. "El derecho de oposición es el derecho del afectado a que no se lleve a cabo el tratamiento de sus datos de carácter personal o se cese en el mismo".

General de Bases de Datos fue concebido para ser consultado gratuitamente por el Titular de la información y para que permitiera el acceso a la información mínima sobre quienes están adelantando tratamiento de datos personales.

Con el establecimiento del principio de publicidad del derecho comunitario como premisa fundamental del derecho a la protección de datos, la legislación española incorporó el *derecho de consulta*, como un derecho derivado del principio de publicidad, consagrado en el artículo 14 de la LOPD, y en el cual se estableció lo siguiente:

Artículo 14. Derecho de consulta al registro general de protección de datos.

Cualquier persona podrá conocer, recabando a tal fin la información oportuna del Registro General de Protección de Datos, la existencia de tratamientos de datos de carácter personal, sus finalidades y la identidad del responsable del tratamiento. El Registro General será de consulta pública y gratuita.

Como se puede observar, con base en el derecho a consulta, se habilita a cualquier persona para conocer, de forma pública y gratuita, la existencia de tratamientos de datos de carácter personal, así como los fines para los cuales fue recogida la información y los responsables de su tratamiento. A través del literal j) del numeral 1º del artículo 37 de la LOPD, se estableció como deber de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) velar por la publicidad de la existencia de las bases de datos de carácter personal, por lo que se reglamentó como obligación el registrar las bases de datos personales existentes en España.

Con la implementación del RGPD en aplicación del derecho de consulta, se garantizó el derecho de los titulares a conocer la información sobre las bases de datos que existen en España, así como que con ello se facilitó el acceso de los titulares a saber quién posee sus datos personales y cuál es la información de contacto de los responsables y la finalidad de las mismas, para así facilitar el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición de los titulares.

De acuerdo con lo enunciado, y en concordancia con la LOPD<sup>159</sup>, es deber de las personas de derecho público y de las de derecho privado registrar en el RGPD las bases de datos que posean, siempre y cuando estas incluyan datos de carácter personal en soporte sistematizado o manual que los haga susceptibles

.....  
159 Ibid., artículo 26.

de tratamiento, con las excepciones previstas por la norma, según la titularidad de quien sea su responsable. Según lo dispuesto por el artículo 39 de la LOPD, son objeto de inscripción en el RGPD:

1. Las bases de datos de las administraciones públicas (titularidad pública).
2. Las bases de datos de personas jurídicas de derecho privado (titularidad privada).
3. Las autorizaciones de transferencias internacionales de datos de carácter personal con destino a países que no proporcionen un nivel de protección equiparable al que presta la LOPD.
4. Los códigos tipo, o códigos de conducta (normas vinculantes), a los cuales se refiere el artículo 32 de la LOPD.

Es importante resaltar que el numeral 2 del artículo 2º del RLOPD estableció las excepciones a la mencionada regla<sup>160</sup>, por lo cual esta no será aplicable a los tratamientos de datos referidos a personas jurídicas ni a las bases de datos que se limiten a incorporar la información profesional de las personas físicas que presten sus servicios en ellas, y consistentes en nombres y apellidos, las funciones o los puestos desempeñados, la dirección postal o electrónica, y en los números de fax y de teléfono profesionales.

.....  
160 Ibid., El apartado segundo del artículo 2 estableció como excepciones al régimen de protección de datos personales, las siguientes bases de datos:

"A los ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas.

A los ficheros sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas.

A los ficheros establecidos para la investigación del terrorismo y de formas graves de delincuencia organizada. No obstante, en estos supuestos el responsable del fichero comunicará previamente la existencia del mismo, sus características generales y su finalidad a la Agencia de Protección de Datos.

Adicionalmente estableció que se regirían por sus disposiciones específicas, y solo por lo especialmente previsto, en su caso, por esta Ley Orgánica los siguientes tratamientos de datos personales:

Los ficheros regulados por la legislación de régimen electoral.

Los que sirvan a fines exclusivamente estadísticos, y estén amparados por la legislación estatal o autonómica sobre la función estadística pública.

Los que tengan por objeto el almacenamiento de los datos contenidos en los informes personales de calificación a que se refiere la legislación del régimen del personal de las Fuerzas Armadas.

Los derivados del Registro Civil y del Registro Central de penados y rebeldes.

Los procedentes de imágenes y sonidos obtenidos mediante la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de conformidad con la legislación sobre la materia".

•La incidencia del modelo español en el registro nacional de bases de datos colombiano.

Para las bases de datos de una administración pública, la legislación española contempló que cuando una entidad del Estado o un gobierno autonómico requieran crear, modificar o suprimir una base de datos o un fichero, deben hacerlo expidiendo una norma a propósito, que determine, de manera específica y concreta, su creación, su modificación o su supresión del RGBD. Debido a ello, por disposición legal<sup>161</sup>, el contenido de las normas mediante las cuales se crean, se modifican y se suprimen bases de datos de titularidad pública debe, a su vez, incluir datos tales como el tipo de dato o de datos que pretende incorporar o modificar, el nombre de la base de datos y su finalidad.

La AEPD definió el contenido mínimo<sup>162</sup> que debe tener el RGPD según los requisitos establecidos en el artículo 20 de la Directiva 95/46 del CE, los cuales son:

Artículo 20. Contenido de la notificación.

1. Los Estados miembros determinarán la información que debe figurar en la notificación, que será como mínimo:

- a) el nombre y la dirección del responsable del tratamiento y, en su caso, de su representante;
- b) el o los objetivos del tratamiento;
- c) una descripción de la categoría o categorías de interesados y de los datos o categorías de datos a los que se refiere el tratamiento;
- d) los destinatarios o categorías de destinatarios a los que se pueden comunicar los datos;
- e) las transferencias de datos previstas a países terceros;
- f) una descripción general que permita evaluar de modo preliminar si las medidas adoptadas en aplicación del artículo 17 resultan adecuadas para garantizar la seguridad del tratamiento.

2. Los Estados miembros precisarán los procedimientos por los que se notificarán a la autoridad de control las modificaciones que afecten a la información contemplada en el apartado 1.

.....  
161 Ibid., artículo 20 y artículo 54 de su Real Decreto 1720 de 2007.

162 Mediante la Resolución del 1 de septiembre de 2006, modificada por la Resolución del 3 de noviembre de 2008, la AEPD adoptó el contenido del formulario de registro de las bases de datos personales, el cual debe ser diligenciado e incluido dentro del RGPD.

Por último, es importante resaltar que el control de las bases de datos es responsabilidad de la AEPD, si bien la norma deja a discreción de cada gobierno autonómico decidir sobre implementa o no agencias autonómicas de protección de datos, las cuales llevarán, en exclusiva, el control de las bases de datos públicas. El registro y la vigilancia del cumplimiento de las normas especiales y de los registros de las bases de titularidad privada están exclusivamente en manos de la AEPD.

### *El ente de control: la AEPD*

Al abordar el proceso de implementación y divulgación de los derechos y los deberes que traía consigo la Directiva de Protección de Datos, es importante resaltar cómo, con la perspectiva del derecho comunitario, con el artículo 28 de dicha Directiva, se abrió paso a la creación de entes de control y vigilancia de la protección de datos de carácter nacional; para el caso español, la AEPD.

Dentro de las funciones otorgadas a estos órganos nacionales se encuentran articular las políticas emitidas por el Consejo Europeo e implementar medidas para el desarrollo concordante entre las premisas en la protección de datos, medidas que permitieron el amparo, en el contexto del derecho interno, del sistema de tratamiento de la Comunidad Europea de Naciones.

Como ya se enunció, la Directiva 95/46 estableció en su artículo 28 la creación de las autoridades públicas independientes, cuya función principal es vigilar la aplicación, en el territorio de cada Estado miembro, de las disposiciones adoptadas por ellos en la aplicación de la citada directiva.

A cargo de dicho órgano, también está la función de ejercer como órgano consultivo en materia de elaboración de medidas reglamentarias relativas a la protección de derechos y libertades de las personas y el tratamiento que se dé a los datos personales.

La Directiva estableció que la autoridad de control debía hallarse investida de facultades de investigación, acceso a los datos objeto de tratamiento y a la posibilidad de recoger toda la información que se requiera para el cumplimiento de sus funciones de control. Así mismo, les otorgó a las autoridades de protección de datos personales de cada país la potestad de amonestar o emitir advertencias u órdenes de bloqueo, supresión o destrucción de datos personales, y les dio la

potestad, incluso, de decretar la prohibición del tratamiento provisional o definitivo de datos personales.

La creación y la existencia de la agencia española se dieron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34.2 y en la disposición final primera de la Ley Orgánica 5/1992, del 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, y conocida como LORTAD.

Posteriormente, por medio del Real Decreto 428/1993, del 26 de marzo, se aprobó el Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos, el cual estableció que la AEPD es un ente de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad, y que actúa con independencia de las administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones, naturaleza que también fue recogida por el artículo 35 de la LOPD, el cual, a su vez, estableció:

Artículo 35. Naturaleza y régimen jurídico.

1. La Agencia de Protección de Datos es un ente de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones. Se regirá por lo dispuesto en la presente Ley y en un Estatuto propio, que será aprobado por el Gobierno.

Con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica 15/1999, del 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, o LOPD, a la AEPD le fueron asignadas funciones, la principal de las cuales es la comprobación de la legalidad de los tratamientos de datos personales. Sin embargo, dicha función no es la única de la AEPD: de acuerdo con el artículo 37 de la LOPD, la citada entidad es el ente encargado de:

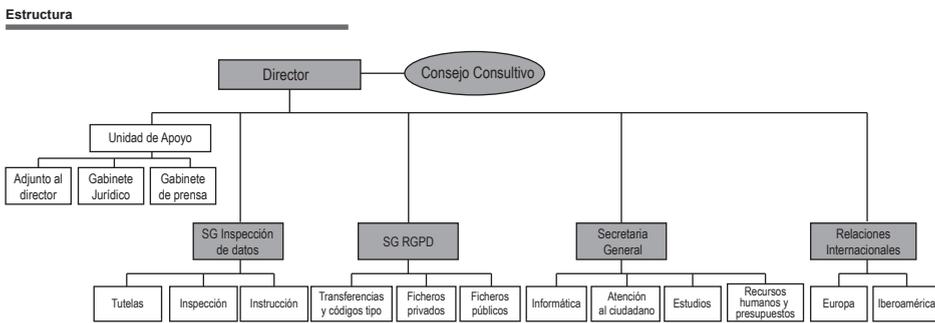
- a. Velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, en especial en lo relativo a los derechos de información, acceso, rectificación, oposición y cancelación de datos.
- b. Emitir las autorizaciones previstas en la Ley o en sus disposiciones reglamentarias.
- c. Dictar, en su caso, y sin perjuicio de las competencias de otros órganos, las instrucciones precisas para adecuar los tratamientos a los principios de la presente Ley.

- d. Atender las peticiones y reclamaciones formuladas por las personas afectadas.
- e. Proporcionar información a las personas acerca de sus derechos en materia de tratamiento de los datos de carácter personal.
- f. Requerir a los responsables y los encargados de los tratamientos, previa audiencia de éstos, la adopción de las medidas necesarias para la adecuación del tratamiento de datos a las disposiciones de esta Ley y, en su caso, ordenar la cesación de los tratamientos y la cancelación de los ficheros, cuando no se ajuste a sus disposiciones.
- g. Ejercer la potestad sancionadora en los términos previstos por el Título VII de la presente Ley.
- h. Informar, con carácter preceptivo, los proyectos de disposiciones generales que desarrollen esta Ley.
- i. Recabar de los responsables de los ficheros cuanta ayuda e información estime necesaria para el desempeño de sus funciones.
- j. Velar por la publicidad de la existencia de los ficheros de datos con carácter personal, a cuyo efecto publicará periódicamente una relación de dichos ficheros con la información adicional que el Director de la Agencia determine.
- k. Redactar una memoria anual y remitirla al Ministerio de Justicia.
- l. Ejercer el control y adoptar las autorizaciones que procedan en relación con los movimientos internacionales de datos, así como desempeñar las funciones de cooperación internacional en materia de protección de datos personales.
- m. Velar por el cumplimiento de las disposiciones que la Ley de la Función Estadística Pública establece respecto a la recogida de datos estadísticos y al secreto estadístico, así como dictar las instrucciones precisas, dictaminar sobre las condiciones de seguridad de los ficheros constituidos con fines exclusivamente estadísticos y ejercer la potestad a la que se refiere el artículo 46.
- n. Cuantas otras le sean atribuidas por normas legales o reglamentarias.

*El proceso de vigilancia*

La estructura funcional de la AEPD comprende un director general, un Consejo Consultivo, una Unidad de Apoyo, una Secretaría General y una Oficina Internacional; y como ejes del desarrollo de las actividades de vigilancia, la Subdirección General del Registro General de Protección de Datos y la Subdirección General de Inspección de Datos, tal como se muestra en la figura 1.

Figura 1. Estructura de la AEPD



Fuente: Agencia Española de Protección de Datos

Para el caso materia de estudio, es importante tener presente dos áreas: (i) la *Subdirección General del Registro de Protección de Datos* y (ii) la *Subdirección General de Inspección de Datos*.

La primera es la encargada de adelantar los trámites propios del estudio de expedientes sobre inscripción de tratamientos notificados, autorización de transferencias internacionales de datos e inscripción de códigos tipo. Dichas funciones son desarrolladas de acuerdo con el principio de publicidad de los tratamientos de datos personales. Expresamente, esta subdirección desarrolla las siguientes funciones:

1. Adelantar trámites relativos a expedientes generados por solicitudes de creación, modificación y supresión de bases de datos de titularidad privada.
2. Tramitar las autorizaciones de transferencia internacional de datos.
3. Hacer las inscripciones de códigos tipo (códigos de conducta).
4. Determinar el contenido de las inscripciones.

5. Aprobar las disposiciones que crean bases de datos de titularidad pública.
6. Vigilar y apoyar el cumplimiento del procedimiento de inscripción y notificación previa al registro de las bases de datos.

Por su parte, la Subdirección General de Inspección de Datos adelanta los procedimientos de comprobación de la legalidad del tratamiento de las bases de datos; o sea, es la entidad encargada de adelantar investigaciones administrativas frente a la posible vulneración del derecho a la protección de datos personales de los titulares. En ejercicio de las facultades otorgadas a la AEPD, dicha dependencia tiene la potestad de adelantar procedimientos de auditoría y de inspección (exámenes de soportes y equipos, sistemas de transmisión y auditoría informática) procedimientos sancionadores e imponer infracciones administrativas. Finalmente, es la encargada de elaborar y adelantar planes con una finalidad educativa y preventiva.

Mediante el Real Decreto 1720/2007, se aprobó el reglamento de desarrollo de la LOPD y se establecieron dos procedimientos mediante los cuales la agencia desarrolla su función de vigilancia y sanción.

El primer procedimiento por el cual se adelantan las reclamaciones frente al ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, denominados derechos ARCO, es el procedimiento de instrucción, el cual tiene establecidas unas etapas, a saber:

1. El proceso da inicio mediante la realización de la respectiva reclamación por parte del afectado ante la Agencia de Protección de Datos, la cual tiene un plazo de 15 días para trasladar al responsable del fichero los respectivos alegatos. Posteriormente se abre a período probatorio y se adelanta la práctica de inspección o pruebas solicitadas o que determine el ente como pertinentes.
2. Una vez finalizada esta etapa se realiza la audiencia del responsable y el afectado, para finalizar con la respectiva resolución, la cual será de público conocimiento, salvo que se enmarque dentro de las excepciones establecidas en la ley. El plazo máximo de tramitación es de 6 meses.

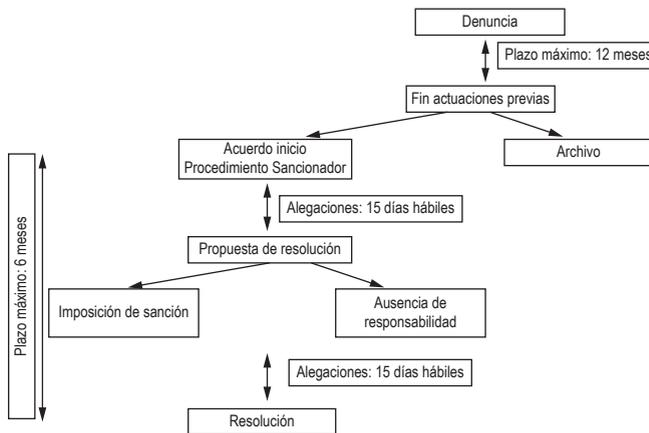
Por otra parte, el Título IX del RLOPD incluye el procedimiento sancionador, mediante el cual la AEPD ejerce la potestad atribuida por el artículo 37 de la LOPD, desarrollada, a su vez, por el Título VII de la misma ley. El procedimiento establecido es el siguiente (figura 2):

•La incidencia del modelo español en el registro nacional de bases de datos colombiano.

1. Se puede iniciar el proceso con la realización de actuaciones previas con objeto de determinar si concurren circunstancias que justifiquen tal iniciación. Esta etapa se realiza de oficio por la AEPD o por denuncia hecha por el afectado o por quien conozca la existencia de un hecho presuntamente ilícito. En esta fase del procedimiento se pedirán todas las pruebas que se estimen pertinentes y podrá durar hasta doce (12) meses, pero una vez finalizada, sin que se haya dictado y notificado acuerdo de inicio de procedimiento sancionador, operará el fenómeno de la caducidad de las actuaciones previas.
2. Una vez finalizada la primera etapa, el Director de la AEPD dictará resolución de archivo, en caso de que no haya mérito para sancionar. En caso contrario, el mismo Director de la AEPD dictará acuerdo de inicio de procedimiento sancionador o de infracción de las Administraciones públicas, cumplido el plazo de traslado al investigado o responsable, deberá fallarse a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes.

La decisión final, resultado de la investigación puede ser: la imposición de una sanción o la declaratoria de ausencia de responsabilidad.

Figura 2. Procedimiento sancionador de la AEPD



Fuente: Noticias Jurídicas<sup>163</sup>

163 Víctor Roselló Mallol, "Artículos doctrinales: Marketing y protección de datos (VII): El procedimiento sancionador de la AEPD" en *Noticias Jurídicas*. 2010 [acceso 20 de octubre de 2012]. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4520-marketing-y-proteccion-de-datos-vii-el-procedimiento-sancionador-de-la-aepd/>

El régimen sancionatorio establece que las infracciones pueden ser: (i) infracciones *leves*, y que serán sancionadas con multa de 601,01 a 60 101,21 euros; (ii) infracciones *graves*, que serán sancionadas con multa de 60 101,21 a 300 506,05 euros y, por último, (iii) las infracciones *muy graves*, que pueden ser sancionadas con multa de 300 506,05 a 601 012,10 euros.

Adicionalmente, cuando la infracción sea muy grave, el uso o la cesión ilícitos de los datos de carácter personal impida gravemente o atente, de igual modo, contra el ejercicio de los derechos de los ciudadanos y el libre desarrollo de la personalidad, el director de la Agencia de Protección de Datos podrá, además de ejercer la potestad sancionadora, ordenar el cese en el uso o la cesión ilícitos de los datos.

Cuando el responsable que sea investigado siguiendo el procedimiento sancionador sea una administración pública, el director de la AEPD podrá ordenar la imposición de medidas correctoras, e, incluso, ordenar la apertura de investigación disciplinaria contra el responsable de la actuación, si así lo ameritara el caso.

#### *Requisitos mínimos de información para solicitar en el proceso de registro*

Para que los entes públicos puedan crear bases de datos, deben hacerlo mediante la expedición de normas de orden ministerial o resoluciones emitidas por el titular de la entidad que pretende crearlas. Se deberá adjuntar copia del diario oficial del día en el cual fue publicada la norma; en caso de que el diario se encuentre disponible vía internet, bastará con el número de identificación y la fecha del diario.

La notificación de la existencia de las bases de datos ante la AEPD tiene un plazo de 30 días, contados a partir de la publicación de la norma o el acuerdo que la creó en el diario oficial correspondiente. La información que se solicita en el proceso de registro está enfocada a reportar el nombre de la base de datos, la finalidad y la oficina de contacto ante la cual los ciudadanos pueden ejercer sus derechos A.R.C.O (Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición).

Si en dicho plazo no se hubiese dictado y notificado resolución expresa, se entenderá inscrito, modificado o cancelado el fichero para todos los efectos, tal como lo expresa el artículo 134 del RLOPD.

A partir de marzo de 2012, la AEPD puso en funcionamiento una herramienta adicional, denominada *Dispone*, para agilizar el proceso de creación, modificación y supresión de bases de datos de titularidad pública. La nueva herramienta les simplifica a las administraciones públicas su adaptación a la normativa de protección de datos, en la medida en que facilita el requisito de elaboración y generación de las disposiciones generales o de los acuerdos que deben ser publicados en el diario oficial, o de las regulaciones que las modifiquen o las supriman.

Por otra parte, las personas jurídicas de derecho privado que pretendan crear y tratar bases de datos personales deben notificar previamente a la AEPD la voluntad de crearlas, y especificar la información que se proyecte mostrar en ellas. La solicitud de creación y la inscripción en el registro de las bases de datos deben contener la información establecida en el artículo 54 del RLOPD.

Los campos de información para diligenciar en los formularios de solicitud de inscripción de la base de datos son los siguientes (tabla 1):

Tabla 1. Requisitos mínimos de información

Requisitos de información mínimos para personas jurídicas de derecho público	Requisitos de información mínimos para personas jurídicas de derecho privado
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Finalidad y usos de la base de datos.</li> <li>2. Personas o colectivos sobre los que se pretenda obtener datos de carácter personal, o resulten obligados a suministrarlos.</li> <li>3. Procedimiento de recolección de los datos de carácter personal.</li> <li>4. Estructura básica de la base de datos y de la descripción de los tipos de datos de carácter personal incluidos en esta.</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Responsable de la base de datos.</li> <li>2. Identificación de la base de datos, de sus finalidades y de los usos previstos.</li> <li>3. Sistema de tratamiento empleado en su organización.</li> <li>4. El colectivo de personas sobre el que se obtienen los datos.</li> <li>5. El procedimiento y la procedencia de los datos y las categorías de datos.</li> </ol>

Requisitos de información mínimos para personas jurídicas de derecho público	Requisitos de información mínimos para personas jurídicas de derecho privado
<ol style="list-style-type: none"> <li>5. Cesiones de datos de carácter personal y, en su caso, las transferencias de datos que se prevean a terceros países.</li> <li>6. Órganos de las administraciones responsables de la base de datos.</li> <li>7. Servicios o unidades ante los que pueden ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.</li> <li>8. Medidas de seguridad con indicación del nivel básico, medio o alto exigible.</li> <li>9. En las disposiciones que se dicten para la supresión de bases de datos, se establecerá el destino de estos, o, en su caso, las previsiones que se adopten para su destrucción.</li> </ol>	<ol style="list-style-type: none"> <li>6. El servicio o la unidad de acceso ante el cual el titular ejerce los derechos.</li> <li>7. La indicación del nivel de medidas de seguridad básico, medio o alto exigible.</li> <li>8. La identificación del encargado del tratamiento donde se encuentre ubicada la base de datos.</li> <li>9. Los destinatarios de cesiones.</li> <li>10. Transferencias internacionales de datos.</li> </ol>

Fuente: Elaboración de la autora.

Están obligadas a registrarse todas las personas públicas o privadas que tengan y traten bases de datos personales, a excepción de las bases de datos propias del ejercicio de la actividad doméstica del individuo, las creadas y sometidas a normas de materias clasificadas y las bases de datos para investigación terrorista y formas graves de delincuencia organizada.

Son responsables de los ficheros o de las bases de datos, y de su tratamiento, la entidad, la persona o el órgano administrativo que decide sobre la finalidad, el contenido y el uso del tratamiento de los datos personales. Responde por el cumplimiento de las obligaciones propias de la ley de protección de datos personales el representante legal de estas, o, cuando haya de por medio un mandato expreso, el funcionario a quien se haya delegado para su representación.

Cada empresa debe registrar sus datos de identificación y validar la información en el sistema de la AEPD. Posteriormente a ello, el proceso de registro de una base de datos se inicia diligenciando un formulario electrónico de notificaciones telemáticas, denominado NOTA, el cual puede ser presentado en formulario de papel, mediante Internet, firmado con certificado digital.

El proceso de incorporación y registro de cada base de datos genera un código de registro, el cual permite identificar cada base de datos por el responsable de información que inscriba, y así facilita el proceso de modificación y supresión de las bases, de manera independiente.

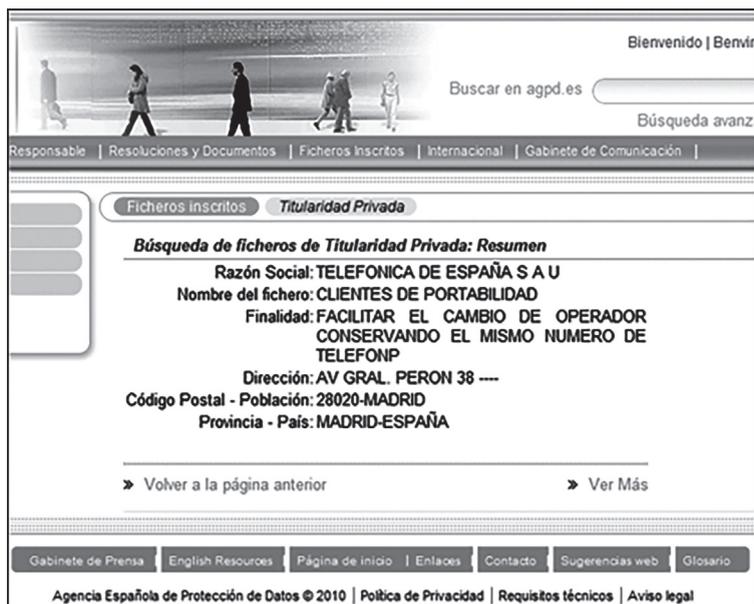
El cargue de base de datos queda vinculado por el responsable de la información, y si este decide entregar a un tercero su tratamiento, el encargado no queda obligado a registrar nuevamente la base de datos. En tal caso, el responsable de la información debe actualizar el formulario indicando quién adelantará el tratamiento de la información en su nombre y bajo su responsabilidad.

Para el manejo de las bases de datos por parte de cada responsable, la AEPD ha creado una guía de seguridad, en la cual se establecen las medidas de seguridad que cobijan el sistema de información, los soportes y los equipos empleados en el tratamiento, las personas que intervienen en el proceso y los locales donde se contenga la información y se haga el tratamiento.

En el proceso de actualización y de supresión de registro de bases de datos solo es necesario ingresar al sistema con la clave de acceso del responsable de la información y diligenciar el formulario de actualización o supresión, el cual solicitará el código del registro de la base de datos, para proceder a registrarlo en el sistema.

Al momento de, simplemente, querer consultar el RGPD, su ingreso no requiere código de ingreso. El acceso al público es libre y gratuito, y permite la búsqueda por nombre de responsable o número de identificación fiscal (NIF). Como consultante del sistema, la información que se puede visualizar se limita al nombre del responsable, el NIF (siempre y cuando no sea una persona natural), el nombre de la base, su finalidad y los datos de contacto, para acceder al ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (figura 3).

Figura 3. Información consulta general.



Fuente: AEPG

Por último, dentro de la estrategia de supervisión y regulación del tratamiento de datos personales, la Directiva 95/46 en su considerando 26 habla de la importancia que tiene, en el tratamiento de información en sectores especializados la creación e implementación de códigos de conducta o normas que permitan ajustar la garantía efectiva del derecho a la protección de datos personales frente al desarrollo propio de la actividad. Dicho mecanismo fue traspuesto a la legislación española mediante el capítulo V de la LOPD. Con dichas normas de conducta, los Estados miembros y la Comisión Europea, buscaron contribuir, según las características de cada sector, a la correcta aplicación de normas nacionales y la garantía del citado derecho. Estos mecanismos de autocontrol abren un nuevo camino en el procedimiento de protección de datos.

El contexto tan amplio y dinámico que Internet permite hoy es el escenario perfecto para vulneraciones de todo tipo. Por ello, los mencionados modos de autorregulación, que, normalmente, han tendido a realizarse en el sector privado, son mecanismos de autocontrol que han llegado a ser considerados buenas herramientas con el fin de establecer una serie de reglas, condiciones de organización,

•La incidencia del modelo español en el registro nacional de bases de datos colombiano•

políticas de tratamiento y la implementación de normas especiales de seguridad y sellos o certificaciones altamente llamativas para las organizaciones<sup>164</sup>.

En el artículo 27, capítulo V de la Directiva 95/46, se incluyeron los códigos de conducta como elementos útiles para brindar orientaciones en el tratamiento de la información, de acuerdo con las particularidades que pudieran presentarse en los diferentes sectores y ámbitos de la sociedad que trataran información personal. El artículo en mención expone:

Artículo 27. Códigos de conducta.

1. Los Estados miembros y la Comisión alentarán la elaboración de códigos de conducta destinados a contribuir, en función de las particularidades de cada sector, a la correcta aplicación de las disposiciones nacionales adoptadas por los Estados miembros en aplicación de la presente Directiva.
2. Los Estados miembros establecerán que las asociaciones profesionales, y las demás organizaciones representantes de otras categorías de responsables de tratamientos, que hayan elaborado proyectos de códigos nacionales o que tengan la intención de modificar o prorrogar códigos nacionales existentes puedan someterlos a examen de las autoridades nacionales.

Los Estados miembros establecerán que dicha autoridad vele, entre otras cosas, por la conformidad de los proyectos que le sean sometidos con las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva. Si lo considera conveniente, la autoridad recogerá las observaciones de los interesados o de sus representantes.

3. Los proyectos de códigos comunitarios, así como las modificaciones o prórrogas de códigos comunitarios existentes, podrán ser sometidos a examen del grupo contemplado en el artículo 29. Éste se pronunciará, entre otras cosas, sobre la conformidad de los proyectos que le sean sometidos con las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva. Si lo considera conveniente, el Grupo recogerá las observaciones de los interesados o de sus representantes. La Comisión podrá efectuar una publicidad adecuada de los códigos que hayan recibido un dictamen favorable del grupo.

.....  
164 Mónica Vilasau Solana, "Intimidad y datos personales en internet" en Miguel Pequera Poch (Coordinador). *Principios del derecho en la sociedad de la información. Derecho y nuevas tecnologías* (Barcelona: Editorial UOC, 2005), 152-215.

Al analizar el artículo, y en busca del sentido más amplio de la existencia de este tipo de compilaciones, se encuentra cómo lo que se pretende con la creación de códigos tipo es simplificar todo el proceso adecuación a la norma de sectores específicos, con requerimientos especiales (o, sencillamente, propios) que tratan datos de naturaleza personal.

Dicho en otras palabras, los códigos de conducta, o códigos tipo, buscan facilitar la adecuación a la norma incluyendo criterios de autorregulación sectorial. En España, con el desarrollo que hizo el RLOPD del artículo 32 de la LOPD, se establecieron parámetros para adecuar los tratamientos de datos específicos de sectores o industrias al cumplimiento de la LOPD.

El artículo 71 del RLOPD instauró que los códigos tipo tendrán el carácter de códigos deontológicos<sup>165</sup>, o de buena práctica profesional, y serán vinculantes para quienes se adhieran a ellos. Así mismo, tendrán carácter de voluntarios, y su contenido podrá versar sobre la totalidad o sobre apartes del tratamiento de datos en un sector, pero deben versar sobre la totalidad del tratamiento de datos personales que una empresa realice.

Teniendo en cuenta que el objetivo de los códigos tipo es adaptar la LOPD a las peculiaridades de cada sector, se parte de la base de que la mayoría de empresas pertenecientes a un gremio, un colegio profesional, una asociación empresarial o un sector muy específico de actividad tendrán las mismas necesidades y obligaciones en materia de protección de datos en cuanto a tipos de ficheros por registrar en el RGPD de la AEPD, y medidas de seguridad por aplicar para protegerlos.

Pese a que la adhesión a ellos es voluntaria, los códigos tipo son de carácter vinculante, por lo cual los firmantes están obligados a cumplir las exigencias que recoja el documento, las cuales pueden, en algunos casos, superar a las estrictamente legales. Los códigos tipo deben ser redactados en términos claros y accesibles, que faciliten su comprensión y su aplicación. Los promotores de los códigos tipo pueden fijar revisiones (generalmente, anuales) de su cumplimiento. Pero todo ello, teniendo de presente que los códigos tipo deben ser evaluados y aprobados para su registro por la AEPD.

Las administraciones públicas y las corporaciones de derecho público también podrán adoptar códigos tipo, según lo establecido en las normas que les sean

165 f. Ciencia o tratado de los deberes. *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española. Versión 2010.

aplicables. Los contenidos de información que deben tener los códigos de conducta son los establecidos en el artículo 73 del RLOPD, el cual obliga a lo siguiente:

Artículo 73. Contenido.

1. Los códigos tipo deberán estar redactados en términos claros y accesibles.
2. Los códigos tipo deben respetar la normativa vigente e incluir, como mínimo, con suficiente grado de precisión:
  - a. La delimitación clara y precisa de su ámbito de aplicación, las actividades a que el código se refiere y los tratamientos sometidos al mismo.
  - b. Las previsiones específicas para la aplicación de los principios de protección de datos.
  - c. El establecimiento de estándares homogéneos para el cumplimiento por los adheridos al código de las obligaciones establecidas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.
  - d. El establecimiento de procedimientos que faciliten el ejercicio por los afectados de sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.
  - e. La determinación de las cesiones y transferencias internacionales de datos que, en su caso, se prevean, con indicación de las garantías que deban adoptarse.
  - f. Las acciones formativas en materia de protección de datos dirigidas a quienes los traten, especialmente en cuanto a su relación con los afectados.
  - g. Los mecanismos de supervisión a través de los cuales se garantice el cumplimiento por los adheridos de lo establecido en el código tipo, en los términos previstos en el artículo 74 de este reglamento.

[...]

El procedimiento que se prevea en el código de conducta deberá incluir el procedimiento para su inscripción en el RGPD, por lo cual la inscripción se iniciará siempre por expresa solicitud de la entidad, del órgano o de la asociación promotora del código tipo.

Con el fin de garantizar el cumplimiento de lo establecido por la LOPD, los códigos tipo deben incluir procedimientos de supervisión propios, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los adheridos, así como establecer un régimen sancionador adecuado y eficaz.

Para que los códigos tipo puedan ser considerados como tales para los efectos previstos en el artículo 32 de la Ley Orgánica 15/1999, deben ser depositados e inscritos en el RGPD de la AEPD, sin perjuicio de su inscripción, cuando corresponda, en los registros que fueran creados por las comunidades autónomas, según lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 41 de la LOPD.

Finalmente, una vez inscritos, la AEPD da publicidad a los códigos tipo; preferentemente, a través de medios informáticos o telemáticos. Sin embargo, una vez revisadas las publicaciones que sobre códigos tipo registra la AEPD, se encuentra que el volumen de participación a través de dicho mecanismo es muy baja, pues solo se registra la publicación de doce códigos tipo en la página web de la entidad y la de un solo registro en los registros autonómicos de protección de datos que lo han incluido, a su vez, en el RGPD.

Por no ser una norma de obligatorio cumplimiento, en el proceso de registro de bases de datos la AEPD no ha incorporado certificaciones ni sellos de cumplimiento de la norma de protección de datos.

### **El Registro Nacional de Protección de Datos (RNBD). El caso colombiano**

Con la entrada en vigencia de la Ley 1581 del 17 de octubre de 2012, o Ley de Protección de Datos Personales, y una vez finalizado el plazo de transición de 6 meses que otorgó la citada norma para adelantar las adecuaciones y su puesta en marcha, tanto las entidades de derecho público como los entes de derecho privado se vieron avocados a adelantar ajustes dentro de sus organizaciones, así como frente a las personas de quienes poseían y trataban datos de carácter personal.

En dicho proceso de adecuación, los responsables de tratamiento<sup>166</sup>, además de crear las propias políticas de tratamiento de la información, de acuerdo

.....  
<sup>166</sup> Congreso de la República de Colombia. *Ley 1581 de 2012*, Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales (Bogotá: *Diario Oficial*, No. 48.587, 2012), literal e) del artículo 3: "Responsable del Tratamiento: Persona natural o jurídica, pública o privada, que por sí misma o en asocio con otros, decida sobre la base de datos y/o el Tratamiento de los datos".

•La incidencia del modelo español en el registro nacional de bases de datos colombiano•

con los principios que rigen la actividad<sup>167</sup>, debieron implementar, como los encargados del tratamiento<sup>168</sup>, protocolos para recolectar la autorización previa e informada por parte de los titulares<sup>169</sup>, así como la creación de procedimientos que garanticen la confidencialidad y la seguridad en el proceso de recolección, tratamiento, transmisión y transferencia, y hasta de eliminación, de los datos personales custodiados y de cualquier operación hecha sobre los datos personales. Adicionalmente, debieron implementarse canales de atención a los titulares o a las áreas de atención de consultas y reclamos, para garantizar el ejercicio de los derechos de los titulares.

Pero, quizás, lo primero que debieron adelantar los responsables del tratamiento fue un inventario de las bases de datos que tenían dentro de cada organización, la finalidad para la cual eran usadas estas, y si finalmente, dentro de su actividad, ellas debían seguir siendo un elemento importante de la organización, pues otro deber que les impuso la Ley General de Protección de Datos Personales fue registrar las bases de datos en el RNBD.

El artículo 25 de la Ley 1581 de 2012 definió el Registro Nacional de Bases de Datos como “el directorio público de las bases de datos sujetas a Tratamiento en el país”, e impuso el deber a los responsables del tratamiento de información de registrar en él las bases de datos sujetas a control, según el ámbito de aplicación de la ley.

En el trámite que surtió la Ley 1581 de 2012 en el Congreso de la República (entonces Proyecto de Ley Estatutaria No. 46 de 2010 de la Cámara de Representantes), el artículo 25 fue aprobado en primera vuelta por el mencionado órgano el 19 de octubre de 2010, por mayoría absoluta, pero su texto fue adicionado de la siguiente manera:

Para realizar el registro de bases de datos, los interesados deberán aportar a la Superintendencia de Industria y Comercio las políticas de tratamiento de la información, las cuales obligarán a los responsables y encargados del mismo, y cuyo incum-

167 Congreso de la República de Colombia, *Ley 1581 de 2012*, artículo 4: “Principio de Legalidad en materia de tratamiento de datos, principio de finalidad, principio libertad, principio de veracidad o calidad del dato, principio de transparencia, principio de acceso o circulación restringida, principio de seguridad y confidencialidad”.

168 Ibid., artículo 3, literal d): “Encargado del Tratamiento: Persona natural o jurídica, pública o privada, que por sí misma o en asocio con otros, realice el Tratamiento de datos personales por cuenta del Responsable del Tratamiento”.

169 Ibid., Literal f): “Titular: Persona natural cuyos datos personales sean objeto de Tratamiento”.

plimiento acarreará las sanciones correspondientes. Las políticas de Tratamiento en ningún caso podrán ser inferiores a los deberes contenidos en la presente ley.

A su vez, dicho texto fue incorporado al texto que se sometería a consideración ante el Senado de la República, cuyo Proyecto de Ley Estatutaria era el No. 184 de 2010, y fue aprobado en segundo debate, por lo que el texto definitivo y objeto de control constitucional previo fue el siguiente:

Artículo 25. Definición. El Registro Nacional de Bases de Datos es el directorio público de las bases de datos sujetas a Tratamiento que operan en el país.

El registro será administrado por la Superintendencia de Industria y Comercio y será de libre consulta para los ciudadanos.

Para realizar el registro de bases de datos, los interesados deberán aportar a la Superintendencia de Industria y Comercio las políticas de tratamiento de la información, las cuales obligarán a los responsables y encargados del mismo, y cuyo incumplimiento acarreará las sanciones correspondientes. Las políticas de Tratamiento en ningún caso podrán ser inferiores a los deberes contenidos en la presente ley.

**Parágrafo.** El Gobierno Nacional reglamentará, dentro del año siguiente a la promulgación de la presente ley, la información mínima que debe contener el Registro, y los términos y condiciones bajo los cuales se deben inscribir en este los Responsables del Tratamiento.

Analizado el tema por la Corte Constitucional, en Sentencia C-748 de 2011, mediante la cual se adelantó el control de constitucionalidad de la Ley Estatutaria 1581 de 2012, el máximo órgano constitucional hizo especial énfasis en que el RNBD operaría como el directorio público de las bases de datos sujetas a tratamiento que operan en el país, y sería administrado por la SIC, ente de vigilancia y garante del cumplimiento de los preceptos de la citada norma y máxima autoridad de protección de datos en Colombia, tal como lo contempló en el artículo 19 de la citada ley, y el cual ordenó la creación, dentro de la citada superintendencia, de la Delegatura para la Protección de Datos Personales, como más adelante se estudiará.

Las funciones principales que la Corte Constitucional le atribuyó a ese registro fueron tres; a saber:

1. Permitir que todos los ciudadanos sepan cuáles son las bases de datos que funcionan en el país.
2. Dotar a la SIC de una herramienta mediante la cual tenga el control preciso sobre las bases de datos que se tienen en el país, en la medida en que, a través de tal herramienta, se pueda establecer por medio de quién y cómo se trata la información en el territorio colombiano.
3. Permitir al ente de control y vigilancia conocer sobre las políticas de tratamiento de la información que tienen los responsables y los encargados del tratamiento de datos personales, y las cuales deben, como mínimo, contener los deberes que exige la ley, según los principios del derecho a la protección de datos personales. Ello, no solo con el fin de verificar su cumplimiento, sino, además, brindar la posibilidad al ente de control (dada la obligatoriedad de disponer de una política de tratamiento y registrarlas) de verificar el cumplimiento de dichas políticas, y en caso de llegarse a determinar la inobservancia de tal obligación, poder proceder a la imposición de las sanciones correspondientes.

La Corte Constitucional, consciente de la trascendencia y la importancia en el proceso de adecuación, cumplimiento y vigilancia de tal deber legal frente a la pertinencia de la existencia de un RNBD, como herramienta que facilitaría el ejercicio del derecho de hábeas data, manifestó lo siguiente:

En el marco internacional se observa que esta clase de registros tienen por objeto permitir que todas las personas, como una forma de materializar su derecho al habeas data, puedan **conocer** con exactitud qué bases de datos hacen tratamiento sobre sus datos personales y de esa forma ejercitar todo el plexo de derechos que se derivan del habeas data: actualización, rectificación, oposición, supresión, etc. En consecuencia, ha de entenderse que el registro al que se refiere el precepto en revisión no busca llevar simplemente un registro público de bases de datos, como parecería deducirse de su texto, sino el permitir a cualquier ciudadano establecer con exactitud quiénes son los responsables y encargados del tratamiento de sus datos, como otra forma de materializar el principio de transparencia que guía la administración de las bases de datos. En otros términos, el objetivo de la centralización de esta clase de información por parte de un órgano del Estado, es facilitar el ejercicio de uno de los ámbitos esenciales del habeas data: conocer quién está haciendo tratamiento de datos personales, a fin de que pueda existir un control efectivo de éstos por su titular, hecho que explica por qué dicho registro es abierto a la consulta del público en general. En ese orden

ideas, la inscripción en él se **debe imponer** como una obligación tanto para las bases públicas como privadas, pues este es un instrumento que permitirá que el Estado efectivamente garantice que el titular del dato pueda tener un control efectivo sobre sus datos personales. Es decir, es ésta otra forma que en un instrumento puede ayudar a materializar el ejercicio de un derecho fundamental como lo es el habeas data.

Como ya se expuso, con el mencionado registro se busca, además de cumplir con la obligación legal de difundir y dar publicidad a la existencia de bases de datos de carácter personal, tener una herramienta de verificación y control del cumplimiento del derecho a la protección de datos personales y de protección del titular de estos, dentro del proceso de supervisión que adelanta la SIC en la materia, como autoridad en Colombia, en virtud de las funciones asignadas por el artículo 19 de la Ley 1581 de 2012.

En el presente capítulo, se busca dar a conocer los antecedentes y creación legal del RNBD en Colombia, así como el proyecto de decreto sobre los requisitos para la implementación que adelantó la SIC, como herramienta fundamental para ejercer las funciones de vigilancia y control del tratamiento de datos personales.

*Antecedentes legales y jurisprudenciales del derecho a la protección de datos personales, como precedente para la existencia y creación del RNBD*

Desde cuando se promulgó la Constitución Política de Colombia, en 1991, y hasta antes de la expedición de la Ley 1581 de 2012, el desarrollo legal y jurisprudencial del derecho a la protección de datos en Colombia estuvo vinculado a la protección de la información de carácter financiero, crediticio y comercial de las personas tanto naturales como jurídicas, como medidas para contener y regular la actividad de *bureaus* privados o centrales de riesgo<sup>170</sup> que recogían, administraban y poseían bases de datos con este tipo de información en Colombia. Dichas organizaciones surgen durante la década de 1980, sin la existencia de una reglamentación especial para la administración y el tratamiento de la información crediticia, financiera y comercial de las personas.

.....  
170 Las centrales de riesgo son bases de datos administradas por personas jurídicas de derecho privado que agrupan sociedades del sistema financiero (Asobancaria) o empresas dedicadas a la prestación de servicios para el cálculo del riesgo financiero y crediticio (Experian Colombia S. A.), conocidas como burós, cuyos productos comerciales se enfocan en brindar información financiera y crediticia y determinar un *score*, o puntuación de las personas vinculadas a través de bancos, establecimientos de comercio a productos financieros de financiamiento y comercial.

•La incidencia del modelo español en el registro nacional de bases de datos colombiano.

En Colombia, el reconocimiento del derecho a la protección de datos personales está fundamentado en el artículo 15, Título II, “De los Derechos, las Garantías y los Deberes” Capítulo I “De los Derechos Fundamentales”, de la Constitución Política de 1991, y el cual lo establece en los siguientes términos:

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

*En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.* [Cursivas fuera del texto].

Como se observa, el citado artículo consagró en un mismo articulado derechos fundamentales, como: (i) el derecho a la intimidad personal y familiar; (ii) el derecho al buen nombre, y (iii) el derecho a la protección de datos personales (pese a que no lo enunció como tal, sí lo definió, y le dio el alcance y la importancia de un derecho fundamental).

Desde 1991 y hasta 2008, el desarrollo del derecho a la autodeterminación informativa, o derecho del hábeas data (acepciones igualmente usadas por la jurisprudencia para referirse a un mismo derecho<sup>171</sup>, al cual hoy se le denomina *derecho a la protección de datos personales*), tuvo un desarrollo importante a lo largo de dicho periodo. Fue en esta época cuando, vía jurisprudencia, se marcó el derrotero de lo que sería el ejercicio del derecho a conocer, actualizar y rectificar información que se encontrara reportada en las bases de datos de las centrales de riesgo. Igualmente, fue para esa época cuando se entró a cuestionar y delimitar el ejercicio de la actividad de las centrales de riesgo, en pro de los derechos de los titulares y en búsqueda de un equilibrio entre el riesgo de la actividad crediticia y el derecho de los ciudadanos a conocer, actualizar y rectificar la información personal.

.....  
171 Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-1011 de 2008*, M. P. Jaime Córdoba Triviño, “Debe tenerse en cuenta que la denominación ‘habeas data’ no ha sido la única utilizada por la jurisprudencia para identificar las facultades del sujeto concernido respecto de las bases de datos. Así, durante el desarrollo del concepto en las decisiones de la Corte se han usado las expresiones de ‘autodeterminación informática’ o ‘autodeterminación informativa’. En todo caso, estas tres definiciones refieren a la misma realidad jurídica, por lo que no ofrecen mayores dificultades en su uso alternativo. Sin embargo, ante la necesidad de contar con una descripción uniforme y habida cuenta el uso extendido del término en el ámbito del derecho constitucional colombiano, esta sentencia utilizará el vocablo habeas data con el fin de nombrar el derecho que tienen todas las personas a ejercer las facultades de conocimiento, actualización y rectificación de la información personal contenida en bases de datos”.

Durante el mismo periodo, también se vio cómo el desarrollo jurisprudencial del derecho a la protección de datos se dio en dos vertientes: (i) La primera tendencia consideró que la protección de los datos personales estaba ligada al derecho a la intimidad; por ello, en 1992, con la sentencia T-414<sup>172</sup>, la Corte Constitucional fundamentó la decisión de eliminar la información financiera negativa de un ciudadano, al ponderar el derecho a la intimidad del artículo 15, sobre el derecho de información del artículo 20 de la Constitución Nacional Colombiana<sup>173</sup>. (ii) Una segunda línea jurisprudencial de interpretación fue la que desarrolló el derecho de *habeas data*, como un derecho ligado no solo al derecho a la intimidad, sino vinculado directamente con la potestad de autodeterminación informática e informativa, tendencia que fue ampliamente acogida, y llegó a ser la posición jurisprudencialmente dominante en Colombia.

Debido a los múltiples y reiterados pronunciamientos jurisprudenciales que se sucedieron desde entonces, la Honorable Corte profirió dos sentencias de unificación: la SU-082, de 1995, y la SU-089, también de 1995, y en las cuales se expuso la dicotomía que se presentaba al analizar conjuntamente los alcances y los límites de los derechos de los artículos 15 y 20 de la Constitución Política de Colombia. Fue a través de dichas sentencias como la Corte Constitucional dio inicio al concepto del derecho de *habeas data* como un derecho autónomo, cuyo núcleo esencial está fundamentado en la “*autodeterminación informática y la libertad en general y en especial la económica*”<sup>174</sup>, y hasta incluyó el derecho a la caducidad del dato negativo en materia crediticia, financiera y comercial.

Desde 1993, se buscó la expedición de normatividad referente a la administración de bases de datos de organizaciones vinculadas con entidades financieras y comerciales, pero solo hasta 2008 se logró expedir esa ley, con la cual se buscó

172 Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-414 de 1992*, M. P. Ciro Angarita Barón.

173 En este pronunciamiento también es importante en el desarrollo jurisprudencial colombiano, pues la Corte Constitucional, teniendo como soporte el hecho de que el dato reportado en la central de riesgo se encontraba soportado en un documento cuya obligación había sido declarada judicialmente extinta, fue la primera vez que el alto tribunal habló de la prescripción legal de la obligación, como fundamento para hablar de la caducidad del dato personal.

174 Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia su-082 de 1995*, M. P. Jorge Arango Mejía “La autodeterminación informática es la facultad de la persona a la cual se refieren los datos, para autorizar su conservación, uso y circulación, de conformidad con las regulaciones legales, y se habla de la libertad económica, en especial, porque ésta podría ser vulnerada al restringirse indebidamente en virtud de la circulación de datos que no sean veraces, o que no haya sido autorizada por la persona concernida o por la ley”.

•La incidencia del modelo español en el registro nacional de bases de datos colombiano.

regular el ejercicio de la actividad de recolección, manejo, conservación y divulgación de la información comercial de las personas, ante el masivo uso de la acción de tutela para proteger el derecho de hábeas data<sup>175</sup>. Dicho proyecto fue declarado inconstitucional, por vicios de procedimiento<sup>176</sup>.

En 2008, con la expedición de la Ley Estatutaria 1266<sup>177</sup>, el legislador colombiano, recogiendo lo que por vía jurisprudencial se había desarrollado frente al mencionado derecho, centró su esfuerzo en regular el tratamiento de datos personales de carácter crediticio, comercial y de servicios, y por ello se puede afirmar, como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-1011 de 2008 (por la cual se declaró la exequibilidad de la citada ley), que la referida norma corresponde a una regulación parcial del derecho de hábeas data como tal, y “no puede considerarse como un régimen jurídico que regule, en su integridad, el derecho a la protección de datos personales”.

La Ley 1266 de 2008 definió quiénes eran los sujetos obligados<sup>178</sup> dentro del tratamiento de los datos personales de carácter financiero, crediticio y comercial, en qué tipos se clasifican los datos personales<sup>179</sup>, cuáles son los principios que rigen el derecho<sup>180</sup>, y cuáles, los deberes de los obligados, así como cuáles son los derechos de los titulares de la información<sup>181</sup>. Dado el carácter de norma sectorial, el derecho a la protección de los datos personales ha llegado a denominarse *hábeas data financiero*.

175 Eduardo Cifuentes Muñoz, “El Habeas data en Colombia”. *Revista Ius et Praxis*. 3 (2007): 81-106.

176 Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-008 de 1995*, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

177 Congreso de la República de Colombia, *Ley Estatutaria 1266, expedida el 31 de diciembre de 2008*, “Por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en las bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones” (Bogotá: *Diario Oficial* No. 47.219, 31 de diciembre de 2008).

178 Fuente de información, operador de información, usuario de información y titular de información.

179 Dato personal público, semiprivado y privado.

180 Congreso de la República de Colombia, *Ley 1266 de 2008*, artículo 4: “Principio de veracidad o calidad del dato, principio de finalidad, principio de circulación restringida, principio de temporalidad de la información, principio de libertad, principio de interpretación integral de derechos constitucionales, principio de seguridad y principio de confidencialidad”.

181 *Ibid.*, artículos 6-9. Se desarrolla el derecho a conocer, actualizar y rectificar la información personal de los titulares, en mano de quien esté; es decir, fuentes, operadores y usuarios de la información. Igualmente, en el artículo 16 de la citada norma se encuentra regulado el derecho de los titulares a presentar solicitudes de consulta o reclamo.

En 2012, con la promulgación de la Ley Estatutaria 1581, incluida la sanción presidencial de la Ley 1581 del 17 de octubre de 2012, conocida, a su vez, como la Ley de Protección de Datos Personales, “Por medio de la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales”, se consolidó el marco legal dentro del que se articula toda la política de protección de datos personales, así como los principios rectores de la protección de datos, las definiciones y los conceptos básicos para entender los derechos de los titulares de la información, los deberes de las personas naturales y jurídicas en el tratamiento de la información, las responsabilidades de quien posee una base de datos o un fichero, las funciones y los alcances del ente encargado de ejercer la vigilancia, las condiciones del tratamiento, y los procedimientos para ejercer los derechos, así como el establecimiento de los mecanismos de vigilancia, control y sanción por vulneración de los derechos en Colombia.

El ámbito de aplicación de la Ley está enfocado en los datos personales consignados en una base de datos que los haga susceptibles de tratamiento por parte de entidades de naturaleza pública o privada (ámbito *subjetivo*), ubicada en el territorio nacional colombiano, o cuando al responsable del tratamiento o al encargado del tratamiento no establecido en territorio nacional, le sea aplicable la legislación colombiana en virtud de normas y de tratados internacionales (ámbito *territorial*).

La norma excluyó de su ámbito de aplicación las bases de datos mantenidas en una esfera exclusivamente personal o doméstica; de igual modo, excluyó las que tengan por objeto la seguridad y la defensa nacionales, así como la prevención, la detección, el monitoreo y el control del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo; también, las que tengan como fin y contengan información de inteligencia y contrainteligencia, las de información periodística y contenidos editoriales, las reguladas por la Ley 1266 de 2008 (o Ley de Hábeas Data Financiero), así como las reguladas por la Ley 79 de 1993, norma especial que rige lo concerniente a la información del censo poblacional y de estadísticas.

En la sentencia C-748 de 2011<sup>182</sup>, mediante la cual se hizo el estudio de constitucionalidad de la Ley 1581 del 17 de octubre de 2012, “Por el cual se

.....  
182 Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-748 de 2012*, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Esta sentencia fue proferida el 6 de octubre de 2011, pero solo llegó a ser firmada y publicada por la Corte Constitucional el 25 de julio de 2012.

dictan disposiciones generales para la protección de datos personales”, la Corte Constitucional definió el citado derecho como:

[...] aquel que otorga la facultad al titular de datos personales de exigir de las administradoras de esos datos el acceso, inclusión, exclusión, corrección, adición, actualización y certificación de la información que sobre él reposa en los mismos, así como la limitación en las posibilidades de divulgación, publicación o cesión de sus datos, de conformidad con los principios que regulan el proceso de administración de datos personales. Este derecho tiene naturaleza autónoma y notas características que lo diferencian de otras garantías con las que, empero, está en permanente relación, como los derechos a la intimidad y a la información.

Así mismo, la citada sentencia dio claras luces sobre el alcance del régimen general del derecho a la protección de datos personales. Mediante este pronunciamiento, determinó el alcance del ejercicio del derecho a la protección de datos de la siguiente manera:

(i) El derecho de la personas a conocer –acceso– la información que sobre ellas está recogidas en las bases de datos, *lo que conlleva el acceso a las bases de datos donde se encuentra la información.* (ii) el derecho a incluir nuevos datos con el fin de (sic) se provea una imagen completa del titular; (iii) el derecho a actualizar la información, es decir, a poner al día el contenido de dichas bases de datos; (iv) el derecho a que la información contenida en las bases de datos sea rectificadas o corregidas, de tal manera que concuerde con la realidad; (v) el derecho a excluir información de una base de datos, bien porque se está haciendo un uso indebido de ella, o por simple voluntad del titular –salvo las excepciones previstas en la normatividad. (Cursivas fuera del texto)

Como se observa, la nueva ley consagró como derecho de los titulares de la información ya no solo el derecho a conocer, actualizar, rectificar, sino que incluyó el derecho a incluir y suprimir la información personal, así como a revocar la autorización que se haya otorgado para su tratamiento, por voluntad del titular, siempre y cuando no haya una obligación legal que lo impida, o cuando en el tratamiento no se respeten los principios, los derechos y las garantías constitucionales y legales del caso.

También facultó al titular con la posibilidad de solicitar prueba de la autorización otorgada para el tratamiento, e imponerle al responsable del tratamiento el deber de solicitar previa e informada la autorización al titular, y así obligarlo

a conservar copia de esta, con el fin de poder consultarla posteriormente, sin importar el medio a través de la cual sea recogida.

Por lo anterior, la norma previó, en ejercicio del derecho de acceso a la información, la *gratuidad*; es decir, que el Titular tenga acceso, sin costo alguno, a conocer qué información se encuentra en determinada base de datos. Ese es un elemento de importancia al momento de concebir el desarrollo del RNBD, pues permitirá saber específicamente el nombre de las bases de datos objeto de tratamiento en Colombia y que poseen las entidades de naturaleza pública o privada, responsables de ellas, así como enterarse de la finalidad para la cual fueron creadas, así como los datos de contacto ante los cuales el ciudadano titular de información podrá ejercer los derechos a conocer, actualizar, rectificar, incluir y excluir la información que sobre él repose en las bases de datos.

Consideró la Corte Constitucional que en los países que han implementado algún tipo de reglamentación para proteger datos personales, crear el registro de bases de datos ha sido un instrumento importante en ejercicio del derecho de publicidad, por lo cual el legislador colombiano adoptó la creación de tal registro en el país.

Prosiguió el Alto Tribunal con la sentencia C-748 de 2011, y discernió en su análisis que la administración de datos personales en Colombia está influida por la concepción internacional del derecho, y ante ello, tras un análisis de las normas internacionales sobre la materia, y luego de revisar el modo como se ha abordado el desarrollo normativo del caso, concluye que, según un análisis comparado entre los modelos de protección de datos en el mundo, el modelo colombiano de protección de datos corresponde a un modelo de protección híbrido entre el modelo centralizado europeo y el modelo sectorial norteamericano.

Resalta la Corte Constitucional, en la aludida sentencia, que los países europeos parten de una categoría general de datos personales, y en ella la idea central sobre el tratamiento de datos personales es considerada “*per se*, potencialmente problemático”, por lo que cualquier tratamiento debe sujetarse a principios y garantías mínimas comunes, pero susceptibles de ser complementados por regulaciones especiales, según el tipo de datos y los intereses involucrados, sin que se deje de garantizar la aplicación de principios generales de tratamiento y protección de todos los datos personales, ya sea en bases de datos en manos de entidades de derecho público o de derecho privado. De esta manera ha entendido

•La incidencia del modelo español en el registro nacional de bases de datos colombiano•

la Corte la implementación en la Unión Europea de los principios y los derroteros de la Directiva 46/95, que permite garantizar la protección de los datos personales sin restringir el flujo transfronterizo de estos.

Adicionalmente, del modelo europeo resalta la Corte la existencia de una entidad central, autónoma e independiente que supervisa, vigila y controla la instrumentación y el cumplimiento normativo de los parámetros establecidos para proteger datos personales, como entidad especializada “que permite generar memoria y producir conocimiento que son reemplazados en el diseño de políticas públicas en la materia”.

Del modelo sectorial norteamericano, resalta la Corte que no parte de una categoría común de datos personales y, por lo tanto, no se considera que todos los datos deban estar sometidos a una misma regulación, por lo cual dicha concepción permite promulgar normas sectoriales que desarrollen regulaciones especiales y diferentes para cada tipo de dato personal,

[...] dependiendo de su relación con la intimidad ó privacidad, como se le denomina en el sistema anglosajón, y con la protección de intereses superiores –como la seguridad y la defensa nacional, es decir, la regulación sectorial se basa en una especie de ponderación de intereses que da lugar a reglas diferenciadas según el tipo de dato, que otorga más o menos poderes de intervención a las autoridades.

Según lo expuesto, la Corte ha encontrado en el caso colombiano que con la expedición de la Ley 1581 de 2012, o Ley de Protección de Datos Personales, aplicable a todo tratamiento de los datos personales, y con la existencia de una ley sectorial<sup>183</sup> enfocada en la protección de los datos personales de carácter financiero, crediticio y comercial, el modelo colombiano se puede catalogar como un modelo híbrido entre el modelo europeo y el modelo americano.

### *La autoridad de control*

La SIC es un ente de carácter público creado en 1959, y su función reguladora está centrada en cinco áreas misionales entre las que se encuentra la de ser la autoridad de vigilancia y control en materia de protección de datos personales<sup>184</sup>,

.....  
183 Congreso de la República de Colombia, *Ley 1266 de 2008*.

184 Protección al consumidor, propiedad industrial, competencia desleal, regulación de cámaras de comercio, reglamentos técnicos y metrología legal.

por lo que es el ente competente para conocer, vigilar y resolver temas de protección al consumidor, propiedad industrial, competencia desleal, regulación de cámaras de comercio, reglamentos técnicos y metrología legal.

Fue a partir de 2008, ante la expedición de la Ley 1266 de 2008, cuando, junto con la Superintendencia Financiera de Colombia (SFC), la SIC asumió funciones en la protección del *derecho de hábeas data financiero*; es decir, la SIC empezó a vigilar y proteger el mencionado derecho frente al tratamiento de los datos personales de las historias crediticias y financieras de los colombianos, que son tratados por establecimientos comerciales del sector real de la economía, mientras que la SFC ejerce dichas funciones cuando la información personal es tratada por entidades del sistema bancario.

La citada ley aportó un régimen de transición que les permitió a las entidades vigiladas adecuarse a la norma; fue transcurridos seis meses después de su entrada en vigencia (o sea, a partir del 1 de julio de 2009) cuando ambas superintendencias entraron a conocer denuncias y a ejercer controles sobre el tema. Entre 2009 y 2011, la SIC desarrolló tales funciones dentro de la Delegatura para la Protección al Consumidor.

Posteriormente, en 2011, mediante la expedición del Decreto 4886, del 23 de diciembre, se reestructuró la planta de personal de la SIC y se incorporó en su organización la Delegatura de Protección de Datos Personales, como ente designado para ejercer las funciones de autoridad de vigilancia y control, para adelantar procesos administrativos y de juez de tutela que amparase y garantizara el derecho a la protección de datos personales.

El carácter autónomo e independiente de la SIC y su naturaleza de organismo técnico con autonomía administrativa son las características determinadoras de que a la entidad se le otorgara la potestad de vigilancia y control en la protección de datos personales.

Las funciones de vigilancia fueron asignadas por el artículo 17 de la Ley 1266 de 2008, en concordancia con el artículo 17 del Decreto 4886 de 2011, y establecieron que la Dirección de Protección de Datos Personales tendría las siguientes funciones:

Artículo 17. Funciones de la Dirección de Investigación de Protección de Datos Personales. Son funciones de la Dirección de Investigación de Protección de Datos Personales:

•La incidencia del modelo español en el registro nacional de bases de datos colombiano•

1. Ejercer la vigilancia de los operadores, fuentes y usuarios de información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países de la misma naturaleza, en cuanto se refiere a la actividad de administración de datos personales, en los términos de la ley.

En los casos en que la fuente, usuario u operador de información sea una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, esta ejercerá la vigilancia e impondrá las sanciones correspondientes, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1266 de 2008.

2. Ejercer la supervisión de las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de protección de datos personales.
3. Velar porque los operadores y fuentes cuenten con un sistema de seguridad y con las demás condiciones técnicas suficientes para garantizar la seguridad y actualización de los registros, evitando su adulteración, pérdida, consulta o uso no autorizado conforme lo previsto en la Ley 1266 de 2008.
4. Tramitar y decidir las investigaciones adelantadas contra los operadores, fuentes y usuarios de información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países de la misma naturaleza.
5. Ordenar la corrección, actualización o retiro de datos personales de una base de datos, cuando así se determine dentro de la investigación.
6. Ordenar la realización de auditorías externas de sistemas para verificar la adecuada aplicación de la ley 1266 de 2008.
7. Administrar el Registro Nacional Público de Bases de Datos y emitir las órdenes y los actos necesarios para su administración y funcionamiento.
8. Resolver los recursos de reposición y las solicitudes de revocatoria directa que sean interpuestos contra los actos que expida.
9. Las demás funciones que le sean asignadas de acuerdo a la naturaleza de la dependencia.

De acuerdo con la asignación de las mencionadas funciones y la creciente divulgación de los derechos de los titulares de información, como ya se dijo, desde 2009 la SIC ha venido ejerciendo funciones de autoridad e incrementando

su ejercicio en la vigilancia y el control de los datos personales y sobre los datos referentes a la historia crediticia y financiera; o, como se diría en España, sobre el tratamiento de datos personales referentes a la solvencia patrimonial y de crédito.

Posteriormente, con la sanción presidencial de la Ley 1581 de 2012, mediante la cual se expidió la Ley de Protección de Datos, le fueron otorgadas a la SIC facultades para ejercer la vigilancia y el control sobre el tratamiento de todos los datos personales registrados en cualesquiera ficheros o bases de datos de personas jurídicas de derecho público o privado, ubicadas en el territorio colombiano, o a las que, no obstante estar fuera del territorio colombiano, les sea aplicable la norma, en virtud de normas y tratados internacionales. Dicho tratamiento debe respetar los principios, los derechos, las garantías y los procedimientos previstos en la ley colombiana.

La norma concedió el plazo de 6 meses, contados a partir de la fecha de su publicación en el *Diario Oficial* (o sea, a partir del 18 de octubre de 2012), para que se incorporara dentro de la estructura de la SIC una delegatura que ejerciese las funciones de autoridad de protección de datos; pero, como se dijo líneas arriba, a partir de enero de 2012, la SIC incluyó dentro de su estructura la nueva delegatura, con el fin de implementar lo que ya se preveía en el entonces proyecto de ley, hoy Ley 1581 de 2012.

De acuerdo con la nueva norma, son funciones de la SIC, en materia de protección de datos personales, las siguientes:

Artículo 21. Funciones. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

1. Velar por el cumplimiento de la legislación en materia de protección de datos personales.
2. Adelantar las investigaciones del caso, de oficio o a petición de parte y, como resultado de ellas, ordenar las medidas que sean necesarias para hacer efectivo el derecho de hábeas data. Para el efecto, siempre que se desconozca el derecho, podrá disponer que se conceda el acceso y suministro de los datos, la rectificación, actualización o supresión de los mismos.
3. Disponer el bloqueo temporal de los datos cuando, de la solicitud y de las pruebas aportadas por el Titular, se identifique un riesgo cierto de vulneración de sus

•La incidencia del modelo español en el registro nacional de bases de datos colombiano•

derechos fundamentales, y dicho bloqueo sea necesario para protegerlos mientras se adopta una decisión definitiva.

4. Promover y divulgar los derechos de las personas en relación con el Tratamiento de datos personales e implementar campañas pedagógicas para capacitar e informar a los ciudadanos acerca del ejercicio y garantía del derecho fundamental a la protección de datos.
5. Impartir instrucciones sobre las medidas y procedimientos necesarios para la adecuación de las operaciones de los Responsables del Tratamiento y Encargados del Tratamiento a las disposiciones previstas en la presente ley.
6. Solicitar a los Responsables del Tratamiento y Encargados del Tratamiento la información que sea necesaria para el ejercicio efectivo de sus funciones.
7. Proferir las declaraciones de conformidad sobre las transferencias internacionales de datos.
8. Administrar el Registro Nacional Público de Bases de Datos y emitir las órdenes y los actos necesarios para su administración y funcionamiento.
9. Sugerir o recomendar los ajustes, correctivos o adecuaciones a la normatividad que resulten acordes con la evolución tecnológica, informática o comunicacional.
10. Requerir la colaboración de entidades internacionales o extranjeras cuando se afecten los derechos de los Titulares fuera del territorio colombiano con ocasión, entre otras, de la recolección internacional de datos personales.
11. Las demás que le sean asignadas por ley.

De acuerdo con las estadísticas de la Delegatura para la Protección de Datos Personales de la SIC, evidencian un tímido crecimiento en el volumen de quejas presentadas entre el periodo comprendido entre septiembre de 2011 y septiembre de 2013, ha sido constante y con tendencia al crecimiento. El ejercicio de las facultades de vigilancia y control por parte de la SIC, respecto a la garantía del derecho del habeas data financiero, se vieron aumentadas en este periodo en un cincuenta por cien (50%). La tabla 1 muestra los niveles de quejas que se han presentado en Colombia ante la promulgación de esta norma.

Tabla 1. Gestión operativa Delegatura Datos Personales

Trámite	Solicitudes		Solicitudes atendidas	
	Ago. 2011	Sep. 2012	Ago. 2011	Sep. 2012
	Ago. 2012	Sep. 2013	Ago. 2012	Sep. 2013
<b>Denuncias Habeas Data</b>	2 007	3 510	2 046	3 064

Fuente: Informe de rendición de cuentas 2013, Superintendencia de Industria y Comercio

El ente regulador, además de ordenar la corrección, la actualización o la eliminación de información personal recogida en una base de datos, está facultado para investigar las conductas contrarias a las normas sobre protección de datos personales, con el fin de determinar si procede la aplicación de las sanciones. Por ello, para 2013 se impusieron multas en 230 investigaciones por un valor total de \$1 638 millones de pesos.

Dentro de la estrategia implementada por la SIC se incluye implementar un sistema de supervisión basado en riesgo,<sup>185</sup> mediante el cual pueda llegar a hacer un control eficiente, dado el inmenso (y hasta el momento, indeterminado) universo de ficheros o bases de datos para vigilar. Dicho sistema busca aprovechar de manera eficiente la información que se suministre a través del RNBD, para focalizar esfuerzos en la estrategia de vigilancia sobre la información a la que denominó sensible, y a los volúmenes de datos personales con mayor riesgo de verse afectados.

Este sistema de vigilancia se ha denominado Sistema Integrado de Supervisión Inteligente para la Protección de Datos Personales (SISI), a través del cual se pueda llevar a cabo: (i) Un sistema de supervisión basado en riesgos para el ejercicio de las funciones de protección de datos personales a cargo de la Delegatura para la Protección de Datos Personales de la SIC; (ii) unos elementos estratégicos para llevar a cabo el proceso de supervisión, y (iii) una metodología para el desarrollo de futuras guías de supervisión, que se necesitarán a medida que el proceso de

.....  
 185 La supervisión por riesgos es un concepto nacido del ejercicio de supervisión bancaria durante los años ochenta del siglo xx, entendido como un esfuerzo por parte del supervisor por vigilar, de manera inteligente y prospectiva, un sector en permanente crecimiento y acelerada sofisticación. En tal sentido, la esencia de la supervisión por riesgos parte de la priorización de los objetivos de supervisión, para cubrir aquellas actividades o riesgos de mayor probabilidad de materialización y, a su vez, mayor impacto, dada esa materialización.

supervisión implementado vaya desarrollándose y madurando dentro de la estructura del SISI.

### *Requerimientos de información y legales para la implementación del RNBD*

De acuerdo con la Ley 1581 de 2012, el responsable del tratamiento de una base de datos es la “persona natural o jurídica, pública o privada, que por sí misma o en asocio con otros, decida sobre la base de datos y/o el tratamiento”; es decir, será responsable de la información quien tenga a su cargo las decisiones de manejo, finalidad y destino de los datos personales recabados. A su vez, para la Ley 1581 de 2012, el encargado de las bases de datos es la “persona natural o jurídica, que por sí misma o en asocio con otros, realiza el tratamiento de los datos personales por cuenta del responsable del tratamiento”, entendido por *encargado* como aquel que maneja, recaba, organiza o manipula la información de las bases de datos, por mandato expreso y según las órdenes dadas por el responsable de la base. Por lo expuesto, la obligación de registrar la base de datos recae sobre el responsable de dicha base, al ser este quien ha decidido su creación, su finalidad, su tratamiento y el uso de los datos allí consignados.

Es optativo del responsable del tratamiento de la base de datos contratar o no a un tercero para que funja de encargado del tratamiento, pues dicha actividad suya propia. En tal caso, es el responsable quien deberá informar y actualizar el RNBD con los datos del encargado.

Según el carácter del responsable del tratamiento, se deberá adelantar el registro de la base de datos, a excepción de las bases de datos señaladas en el artículo 2° de la Ley de Protección de Datos Personales, por lo cual serán objeto de inscripción en el RNBD las bases de Datos cuyo tratamiento, automatizado o manual, sea hecho por personas naturales o jurídicas, de naturaleza pública o privada, en el territorio colombiano o fuera de él; en este último caso, siempre y cuando al responsable o al encargado del tratamiento les sea aplicable la legislación colombiana, en virtud de normas y de tratados internacionales.

El proceso de registro debe hacerse de manera independiente por cada una de las bases de datos sujetas a tratamiento, y generarse un código de registro individual, que servirá para identificarlas y poder seguir haciendo actualizaciones sobre ellas.

A su vez, el titular de la información podrá hacer la consulta de las bases de datos que tenga un responsable del tratamiento, así como hallar información sobre la finalidad y los datos de contacto y sobre los canales de atención del responsable o de los encargados del tratamiento, a través de los cuales podrá para ejercer sus derechos a conocer, actualizar, rectificar y suprimir el dato y revocar la autorización.

El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, entidad cabeza del sector al que pertenece la SIC, puso en consulta pública, a través de su portal web, desde el viernes 21 de marzo y hasta el martes 8 de abril de 2014, el proyecto de decreto “Por el cual se reglamenta el artículo 25 de la Ley 1581 de 2012, ‘por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales’ relativo al Registro Nacional de Bases de Datos”<sup>186</sup>. Un proyecto de decreto que a la fecha de elaboración del presente estudio no había sido sancionado.

Ahora bien, en el proyecto de decreto se enuncia la información mínima que se solicitará al momento en el que los responsables de las bases de datos procedan a hacer los registros de las respectivas bases de datos. Dichos requerimientos de información son el resultado de un estudio preliminar dentro de la SIC, donde se busca (además de garantizarle al titular el mayor número de información posible sobre los responsables y los encargados de las bases de datos ante los cuales ejercer su derecho de acceso) recoger información relevante sobre la cantidad de titulares registrados, los tipos de datos que en cada base reposan y las medidas de seguridad que cada responsable aplica en el tratamiento, la custodia y la eliminación de información. Todos ellos son elementos que servirán como fuente principal dentro de un sistema de supervisión basada en riesgos que ha venido construyendo el ente de control.

En el proyecto de decreto se vislumbraron como requisitos mínimos de información que se solicitarán al momento en que se pretenda registrar una base de datos, sin que estos sean impedimento de que se llegue a solicitar más información, los siguientes:

.....  
186 Ver anexo 1.

•La incidencia del modelo español en el registro nacional de bases de datos colombiano•

Artículo 4. Información mínima del Registro Nacional de Bases de Datos. La información mínima que debe contener el Registro Nacional de Bases de Datos es la siguiente:

- a. Datos del Responsable del Tratamiento de la Base de Datos;
- b. Datos del Encargado del Tratamiento de la Base de Datos;
- c. Canales para ejercer derechos;
- d. Nombre y finalidad de la Base de Datos;
- e. Vigencia de la Base de Datos;
- f. Sistema de Tratamiento de la Base de Datos, y
- g. Política de Tratamiento de la información.

**Parágrafo:** La Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad de protección de datos personales y encargada de administrar el Registro Nacional de Bases de Datos, definirá la información adicional que contendrá el mismo.

A continuación se hará un análisis de los requerimientos mínimos propuestos por la SIC en su proyecto de decreto, buscando incluir unos requisitos mínimos de información que se requerirían al momento en que los responsables del tratamiento registren sus bases de datos, así como aquellos requisitos adicionales que, según el esquema de supervisión por riesgo, lleguen a requerirse de acuerdo con los parámetros de seguridad que se lleguen a necesitar en virtud del proceso de supervisión, por riesgos serán solicitados para garantizar información pertinente al proceso de vigilancia del tratamiento de las bases de datos existentes en Colombia.

La información que se propuso registrar está dividida en siete segmentos, los cuales buscan identificar quién es el responsable de la información, con qué finalidad la trata, si lo hace directamente o a través de un encargado, para qué la trata y con qué medidas de seguridad la maneja, así como el tipo y origen del dato, si es objeto de transmisión y a quién se le entrega la base de datos, y si se pretende hacer dicha transferencia a diferentes países.

### Validación previa de usuario

De acuerdo con las experiencias registradas en procesos similares de consolidación de bases de datos en Colombia, el proceso de registro implicará el registro de un usuario por cuenta del responsable del tratamiento, quien tendrá una identificación en el sistema y será el único que tenga acceso al sistema del RNBD, para así garantizar, por una parte, que quien accede sea el responsable del proceso y, por otro, evitar el registro indiscriminado y la suplantación de usuarios, así como la incorporación de información falta de veracidad, inexacta y no comprobable.

Por lo anterior, el proceso se iniciará con la solicitud de creación del usuario dentro del aplicativo. Dicho proceso se adelantaría de forma similar a la del sistema de notificación de actos administrativos vía Internet que actualmente funciona en la SIC.

Los medios de recepción de las solicitudes deberán poderse adelantar por medios tanto electrónicos (por el aplicativo o por correo electrónico) como físicos (radicación personal, correo certificado). Sin embargo, tal como lo contempla el artículo 13 del proyecto de decreto del RNBD, el proceso de inscripción de los usuarios no fue incluido en el documento, buscando que la SIC informe posteriormente sobre el proceso mismo de registro y validación de usuarios en el *software* o el programa que se deje a disposición para soportar y adelantar los trámites pertinentes al registro.

### Responsable del tratamiento

Una vez creado el usuario en el sistema, la primera información que consignar en el diligenciamiento del RNBD es la identificación del responsable del tratamiento; es decir, la persona natural o jurídica de naturaleza privada o pública que hace el tratamiento de una base de datos personales creada en ejercicio de la actividad económica y como fruto de esta.

Teniendo presente que las bases de datos o los archivos mantenidos en el ámbito netamente personal no están obligadas a ser objeto de registro, y toda vez que las personas naturales que están registrando sus bases lo hacen en virtud de una actividad comercial o profesional o de un oficio que ejercen, la información que registren dentro de los datos de identificación del responsable de la base de datos

debe corresponder a la dirección, el teléfono y el correo electrónico que tengan en virtud de su profesión o su oficio.

La información que se debe registrar en dicho apartado busca identificar al responsable, por lo cual los campos por solicitar son:

1. Nombre completo o razón social; número de identificación tributaria (NIT), en el caso de personas jurídicas, y cédula de ciudadanía o cédula de extranjería, en el caso de personas naturales. También: correo electrónico de contacto, teléfono y dirección de notificación judicial de la empresa, con el fin de poder establecer contacto. Adicionalmente, deberán indicarse el número de matrícula mercantil y el código de la Cámara de Comercio.
2. Actividad económica: de acuerdo con las convenciones establecidas en el Código Industrial Internacional Uniforme (CIIU), mediante el registro de esa casilla, se busca establecer y sectorizar, por la actividad que desarrollan, a los responsables de la información, así como usar esta para, junto con la finalidad de la base de datos que se registra, establecer estrategias y programas de control sobre los vigilados. Adicionalmente, a través del mencionado dato, se podrá empezar a habilitar la implementación del RNBD por sectores, y facilitar así la puesta en marcha del registro.

Los requerimientos legales que conlleva la implementación de este apartado requieren desarrollar el concepto según el cual la finalidad del RNBD es registrar las bases de datos y los archivos que tengan personas naturales y jurídicas de naturaleza pública o privada sobre datos personales que se posean en ejercicio de una actividad económica, profesional o misional del responsable de esta, en concordancia y desarrollo del principio de uso restringido de la información, así como el que se ha denominado *principio de calidad de los datos*, establecido expresamente en la ley, y según el cual

[...] los datos de carácter personal solo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido<sup>187</sup>.

187 Congreso de la República de Colombia, *Ley 1581 de 2012, o Ley de Protección de Datos Personales*, artículo 4°.

Igualmente, y dada la posibilidad que tendrá el responsable de inscribir a su nombre a un administrador y a un usuario del sistema del RNBD, deberá registrar los datos de identificación y de contacto de estos, para generar accesos personalizados, pero bajo entera responsabilidad del obligado (responsable del tratamiento). En esta parte del proceso, el responsable deberá incluir los datos de la persona natural o jurídica que hará la función de encargado del tratamiento.

De acuerdo con la reglamentación en materia de protección de datos, precisamente, la información que reporte el responsable de las bases de datos que sean personas naturales deben abstenerse de incorporar información personal, como información de contacto, en el proceso de inscripción de las bases de datos que se tengan, pues las personas naturales que están registrando sus bases solo deben hacerlo en virtud de una actividad comercial o profesional o de un oficio que ejercen. Por ello, la información que se registre en calidad de responsable de la base de datos debe corresponder a la dirección, el teléfono y el correo electrónico que se tengan en virtud de una profesión o un oficio.

#### Canales para ejercer derechos

Los derechos de conocer, actualizar, rectificar, incluir o excluir datos personales, así como de revocar la autorización dada para su tratamiento ante el responsable o el encargado del tratamiento, son la principal garantía del derecho de protección de datos. En el presente apartado se registrarán los datos de contacto ante los cuales el titular puede ejercer los derechos ante las dependencias de la misma entidad, sea persona jurídica o natural, por lo cual se solicita el nombre de la oficina y los datos de contacto de la persona ante la cual podrán acceder los titulares para ejercer sus derechos.

De acuerdo con ello, y tal como lo señala el artículo 7 del proyecto de decreto mediante el cual se busca reglamentar el RNBD, los canales de atención son todos los medios de recepción y atención de peticiones, consultas y reclamos que el responsable y el encargado del tratamiento deben dejar a disposición de los titulares de información (atención personalizada en oficina, sucursal o punto móvil, atención por vía telefónica, portal web, fax, correo electrónico, etc.), con los respectivos datos de contacto por medio de los cuales el titular puede ejercer sus derechos a conocer, actualizar, rectificar y suprimir sus datos personales

contenidos en bases de datos, y a revocar la autorización que hayan otorgado para el tratamiento de dichos datos.

En todos los canales habilitados se debe prever, como mínimo, la posibilidad de que el titular ejerza sus derechos a través del mismo medio por el cual fue recogida su información, y deje constancia de la recepción y del trámite de la respectiva solicitud.

En caso de que el tratamiento de datos esté siendo hecho por un encargado, el responsable registrará la información de contacto del encargado, para que sea este ante quien se adelante el ejercicio de los derechos de conocer, actualizar, rectificar, incluir, excluir datos personales, así como el de revocar la autorización dada para su tratamiento.

Identificación y finalidad de la base de datos, vigencia de la base de datos y estado del registro

Mediante el diligenciamiento de estos apartados, el responsable del tratamiento de la base de datos deberá brindar la información necesaria para establecer el nombre de la base y la finalidad para la cual fue creada, y que deberá incluir la descripción de su uso, además de escoger, de acuerdo con dicho uso, un código de parametrización, preestablecido en el RNBD, que permita determinar la vocación de la base del caso.

Igualmente, en el aún proyecto de decreto queda establecida la incorporación de la información relativa a la vigencia de la base de datos, la cual debe estar relacionada y en cumplimiento de lo establecido en la finalidad de la base.

Además de lo anterior, mediante este apartado del RNBD la autoridad de protección de datos podrá registrar la suspensión de la operación de la base de datos, su cierre temporal, o, incluso, definitivo, como consecuencia de la imposición de sanciones, producto, a su vez, de un proceso de investigación en el cual se determine que el tratamiento de la base de datos ha incumplido las normas vigentes y los derechos de los titulares, según el proyecto de ley. También se podrán registrar las posibles violaciones que se susciten a los códigos de seguridad, y los riesgos en la administración de la información, de acuerdo con las obligaciones establecidas en los artículos 17 y 18 de la Ley 1581 de 2012 a los responsables y a los encargados del tratamiento, respectivamente.

Con el fin reglamentar este apartado de acuerdo con las obligaciones del responsable y las del encargado del tratamiento, específicamente, la SIC deberá definir los tipos de alertas y los tiempos máximos a lo largo de los cuales los responsables y los encargados deben reportar la vulneración de sus sistemas y sus códigos de seguridad en la administración de la información.

#### Tipos de datos, sistema de tratamiento, ubicación y nivel de seguridad

En este apartado, el responsable señalará qué tipo de dato está tratando cada una de las bases de datos que posee. El formulario de registro permitirá desplegar las opciones generales, como: si tiene datos de la edad de las personas; datos de ubicación y de contacto; datos relativos al estado de salud; datos relativos al sistema de afiliación al sistema general de salud; datos sobre condiciones de pobreza, discapacidad, afiliación a organizaciones sindicales, minorías étnicas, organizaciones sociales o políticas, o datos biométricos. En general, a raíz de la información recolectada se podrá establecer si el tratamiento de datos se hace sobre datos públicos, sobre datos semiprivados, sobre datos privados o sobre datos privados sensibles. Todo ello, con el fin de establecer desde un inicio cuáles bases de datos manejan datos con un mayor nivel del riesgo, dada la tipología del dato, y así poder dejar abiertas en el sistema opciones de mayor control, si se llegan a requerir ante los diferentes tipos de datos y de bases.

En este apartado también se registrará el sistema de tratamiento en el cual el responsable del tratamiento ha consolidado y trata sus bases de datos; es decir, si lo hace mediante algún tipo de sistema operativo, o si, por el contrario, la lleva de manera manual. Dicha información permitirá perfilar el control y las medidas de seguridad que deben cumplir los responsables y los encargados en el tratamiento de los datos personales. A su vez, deberán informar si la base de datos se encuentra en servidores propios, externos o tercerizados, así como las medidas de respaldo con las que cuenta la información.

Una vez se diligencie este apartado, el RNBD arrojará una alerta al responsable, en la cual le advertirá que, de acuerdo con el volumen y el tipo de información, debe tener y mantener unas medidas de seguridad y un nivel de seguridad determinados, tal como lo advierte el artículo 25 de la Ley 1581 de 2012.

Finalmente, en el proceso de reglamentación del RNBD, es importante destacar que la SIC deberá expedir una circular o un instructivo en el cual se defina la seguridad con la que se debe hacer el tratamiento de la información personal depositada en las base de datos por registrar, dependiendo del tipo de dato y del volumen de personas que contenga la base de datos. Para ello, se debe analizar qué tipo de información maneja la base y el volumen o la cantidad de registros que contiene. Dicho protocolo de seguridad se podrá hacer exigible a quienes traten datos personales, y ello permitiría, además de orientar a los obligados sobre las medidas de seguridad que deben tener, usarlo para verificar el nivel de cumplimiento del deber de seguridad que les exige la norma a los obligados.

De acuerdo con lo definido en el proyecto de decreto, en el párrafo del artículo 11, la SIC impartirá las instrucciones relacionadas con las medidas de seguridad en el tratamiento de datos personales, y solo a partir de ese momento será exigible la inscripción de la respectiva política de tratamiento.

#### Política de tratamiento de la información

El documento que constituya la política de tratamiento de la información personal que posean y usen los responsables y sus encargados deberá adjuntarse en el proceso de registro de las bases de datos, pues será mediante esta como la SIC verificará en primera instancia si el tratamiento de las bases se está haciendo según procesos preestablecidos y concordantes con los principios de la protección de datos y los deberes exigidos a los responsables.

Dicha política obligará tanto al responsable como al encargado de la base de datos, y deberá tener los requisitos de información mínima exigida por el ente de control. De acuerdo con el artículo 11 del proyecto de decreto que reglamenta el RNBD, la información mínima que debe incluir la política de tratamiento que cada responsable implemente será:

1. Nombre, o denominación social o razón social de la persona natural o jurídica responsable del tratamiento de la base de datos.
2. Nombre y finalidad de la base de datos.
3. Persona o dependencia responsable de la atención de peticiones, consultas y reclamos ante la que el titular de la información puede ejercer sus

derechos a conocer, actualizar, rectificar y suprimir el dato y revocar la autorización.

4. Procedimiento para que los titulares de la información puedan ejercer los derechos a conocer, actualizar, rectificar y suprimir información y revocar la autorización.
5. Fecha de entrada en vigencia de la política de tratamiento de la información y periodo de vigencia de la base de datos.
6. Nivel de medidas de seguridad aplicado al tratamiento de la base de datos.

Como se observa, la política de tratamiento recoge la información mínima que debe conocer el titular del dato sobre el uso, la finalidad y el procedimiento que tiene implementado para ser atendido ante dudas o en caso de que requiera presentar un reclamo. Así mismo, busca brindar un nivel de conocimiento sobre las medidas que usa la empresa o la entidad en el tratamiento de la información personal; sin embargo, al no estar definidos por la SIC los protocolos de seguridad que deben cumplir los obligados, estos aún no quedan obligados a registrar la política de tratamiento, tal como se explicó líneas arriba y lo señala el párrafo del artículo 11 del proyecto de decreto.

Finalmente, el plazo de inscripción señalado por el decreto reglamentario, aún en discusión, es de los seis meses siguientes a la fecha en la cual la SIC habilite el registro, y de dos meses, contados a partir de su creación, para las bases de datos que se creen.

Temas no incluidos en el proyecto de Decreto que busca reglamentar el RNBD

Si bien en el proyecto de decreto que busca reglamentar el registro de bases de datos no fueron incluidos temas como la procedencia del dato (es decir, si el dato se recogió directamente del titular o si fue producto de una cesión o de una transmisión de la base de datos por parte de otro responsable, así como si dicha cesión se hizo gratuitamente, o si, por el contrario, fue producto de una venta de información), tal información resulta de especial interés al momento en el que la autoridad de protección de datos, en ejercicio de sus facultades de vigilancia, quiera saber sobre el origen del dato.

De acuerdo con lo anterior, otro tema que no quedó regulado en el proyecto de decreto fue lo referente a la cesión de datos; o sea, si la información de la base

de datos personales fue recogida por un responsable y entregada a otra sociedad u otra entidad (otro responsable), y si dicha cesión fue o no autorizada por el titular al momento de consentir su tratamiento.

A través del registro de la procedencia del dato y de la cesión de las bases de datos, se pueden tener elementos de juicio que permitan establecer a la autoridad de vigilancia y control, así como a los titulares, si las bases de datos y las empresas o las entidades a las cuales entregaron su información la han entregado.

Mediante el registro del origen y cesiones de los datos, también se podría establecer la existencia o no de la autorización por parte del titular del dato, pues la autorización, al ser previa e informada, debe haberse otorgado a sabiendas de si su información podía ser cedida o no, por lo que si en el registro se obliga a registrar cualquier cesión o recepción no autorizadas de información, ello podría ser un claro indicativo de un tratamiento no autorizado y, por lo tanto, ilegal. También permitirá establecer cuál fue el medio por el cual el titular de la información otorgó la autorización (papel, medio informático, telemático u otro).

Por último, frente a la obligación legal impuesta en el artículo 27 de la Ley 1581 de 2012, de regular lo referente a las normas corporativas vinculantes y a las transferencias internacionales, se encuentra cómo, además de que, a la fecha de elaboración de la presente investigación, el Gobierno Nacional no ha emitido reglamentación alguna, también, notoriamente, en el proceso de facilitar el acceso a la información por parte de los titulares y de garantizar la efectiva vigilancia por parte de la SIC, no se incluyó dentro del RNBD, como sí lo hacen en otros países, el registro mediante un apartado especial, ni la obligación de registrar la existencia de normas tipo ni normas corporativas vinculantes, ni de las transferencias internacionales de datos.

Considerando que las normas corporativas vinculantes están encaminadas a que una tercera entidad u organismo, distinto del ente de control, certifique la implementación y el cumplimiento, por parte de sociedades y de entidades, de los parámetros exigidos por la regulación de protección de datos del país, resulta importante que se incluyan y se reglamenten las actividades de los entes certificadores que terminarán complementando, al mejor estilo del modelo norteamericano, la labor de control a la regulación del Estado.

Por lo anterior, resulta de especial interés que el Gobierno Nacional determine la manera como adelantará el control sobre dichos entes certificadores, y

si se va a crear un nuevo registro que apoye la supervisión de estos, así como el cumplimiento de normas corporativas vinculantes, o si, por el contrario, serán incluidos dentro del sistema de verificación creado a partir del RNBD.

Como se observa, tanto la Ley 1581 de 2012 como su Decreto Reglamentario No. 1377 de 2013 fueron escuetos y, simplemente, no desarrollaron a profundidad el tema; a cambio, se dejó abierta la posibilidad de que, vía subsiguientes decretos, se reglamentara en su integridad la materia, bajo el derrotero de “siempre y cuando se ajuste a los principios que rigen el tratamiento de los datos personales”.

La Corte Constitucional hizo un análisis sobre lo revisado por el Grupo de Trabajo del Artículo 29, el cual señaló cómo las normas corporativas vinculantes se utilizan en el contexto de las transferencias de datos internacionales, como manifestación clara del principio de responsabilidad, en la medida en que son autorregulaciones de conducta que redactan y siguen las organizaciones multinacionales, y que deben contener las medidas para poner en práctica y hacer realizables los principios para la protección de datos, tales como la auditoría, los programas de formación, la red de funcionarios de privacidad y el sistema de tratamiento de quejas, entre otros.

Con la inclusión de normas corporativas vinculantes y de transferencia internacionales con una óptica más liberal y menos ajustada al control del ente de vigilancia, se vislumbra que el legislador pretendió acompañar la política de protección y control del tratamiento de datos personales con la existencia de procedimientos y adaptaciones privadas de la norma general, que, por ser voluntarias, obliguen a quienes se adhieren a ellas a su cumplimiento. Ello no implica el no sometimiento de las empresas y las entidades certificadas de estas prácticas autovinculantes a las estrategias de control de la autoridad de protección de datos personales.

Si bien las tácticas de autorregulación por parte de los responsables del tratamiento de la información se deben ajustar a los principios y los lineamientos desarrollados por la normatividad, se deben reflejar dentro de cada política de privacidad de los particulares, de las empresas y de los profesionales que se hayan adherido a esta. Por ello, el proceso de vigilancia del correcto tratamiento de información personal, si bien podría partir de la premisa de que quienes se allanen a ese código de conducta, emitido por una empresa certificadora, están cumpliendo con los mandatos de la ley, dichas sociedades no pueden quedar por

fuera del control de la autoridad de protección de datos, y se hace necesario que todas y cada una de las normas vinculantes sean sometidas a su aprobación por parte del ente de control y deban cumplir con una reglamentación especial que garantice el cumplimiento de la norma de protección de datos. Sin embargo, por lo que hasta el momento se está desarrollando en Colombia, no se ha determinado la obligatoriedad del registro ni de la aprobación de los códigos de conducta y buenas prácticas dentro del RNBD, lo que implicaría una pérdida del control de la protección de los datos personales y de la misma autoridad de control.

## Conclusiones

La política española frente a la protección de los datos personales y la regulación de su tratamiento están determinadas por la Directiva 95/46/CE del parlamento europeo y del consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de dichos datos. El desarrollo y la estrategia de vigilancia fueron implementados en España a través de la LOPD 15 de 1999, y su reglamentación, a través del Real Decreto 1720 de 2007, terminó de ajustar su implementación con el modelo europeo transpuesto, dado el carácter de país miembro del Comunidad Europea de Naciones.

La influencia del modelo de vigilancia y control de España sobre el modelo planteado en Colombia es evidente. Colombia, a través de la estrategia trazada en la Ley 1581 del 17 de octubre de 2012, incorporó en el ordenamiento colombiano fundamentos básicos del modelo europeo, como la creación de un ente de la vigilancia y control, la incorporación de principios propios que regentan la protección de datos personales (como el principio de veracidad o calidad del dato, y los de finalidad, seguridad, circulación restringida), como los más relevantes, así como, la categorización de datos personales cuyo uso pueda generar discriminación o trate información de menores, como datos personales especiales dada su sensibilidad. Así mismo, como influencia del modelo español, la nueva ley colombiana de protección de datos personales estableció la creación de un RNBD, tal como España incorporó el Registro General de Protección de Datos.

La implementación en Colombia del RNBD, de acuerdo con el proyecto de decreto puesto a consideración de la opinión pública en marzo de 2014, abordó

aspectos como: (i) la individualización del responsable y del encargado del tratamiento de la base de datos; (ii) los canales o el medio de contacto para que los titulares de los datos personales ejerzan sus derechos; (iii) la identificación, la finalidad y la vigencia de la base de datos, y el estado del registro de dicha base; (iv) los tipos de dato, el sistema de tratamiento, la ubicación y el nivel de seguridad de la base de datos, y (v) la política de tratamiento de la información. Dicha inclusión es concordante con la propia Ley de Protección de Datos Personales, pero resulta mínima frente a los requerimientos de control del modelo europeo.

Pese a lo anterior, con el proyecto de decreto se deja claro que es obligación de todos los responsables del tratamiento, ya sean personas jurídicas de derecho público o privado, registrar bases de datos. Así mismo, definió los contenidos mínimos, o parámetros generales, que debe contener la política de protección de datos que cada responsable implemente, y obliga al responsable a declarar qué tipo de dato y qué tratamiento les está dando, según la finalidad para la cual fueron recogidos, y esta es la principal herramienta de control del tratamiento, pues cualquier uso diferente del señalado será fácilmente probado y sancionado.

Ahora bien, aunque Colombia estableció la existencia de normas vinculantes que les permitan tanto a los gremios como a las empresas privadas la construcción de sus propias normas que regulen el tratamiento de los datos personales, siempre y cuando se enmarquen dentro de los principios y los lineamientos de la Ley de Protección de Datos Personales, no conminó, como sí lo hizo España, a que dichas normas tipo, o normas autovinculantes, fueran registradas en el RNBD, y dos años después de promulgada la Ley 1581 de 2012, el tema sigue sin regulación.

Al respecto, aunque España tiene incorporada la existencia de códigos tipo o normas de autorregulación de agremiaciones de profesionales, su incorporación en el RGPD no ha sido importante, ni su uso masificado, según las propias página web y las estadísticas de la AEPD.

Se puede concluir que, si bien Colombia ha desarrollado su jurisprudencia y su normatividad garantizando la protección y el ejercicio del derecho de las personas a preservar su información personal y familiar por fuera del ámbito público, y aunque ha basado su modelo de control de protección de los datos personales en el modelo europeo (sobre todo, en el español), la falta de interiorización del derecho por parte de los gremios económicos y la laxitud del titular del dato han llevado a que el modelo estadounidense de normas sectoriales y

•La incidencia del modelo español en el registro nacional de bases de datos colombiano•

de autorregulación, como las certificaciones privadas o las normas corporativas vinculantes para el tratamiento de los datos personales, vayan adquiriendo una mayor importancia.

Esa tendencia norteamericana se halla ampliamente ahincada en Colombia, dada la gran influencia de ese país en el comercio y en las estrategias de desarrollo económico colombianos y suramericanos, y por la demora en el pronunciamiento, por parte del ente de control, sobre estas materias, todo lo cual hace de dichas tácticas de autorregulación una estrategia llamativa de protección de los datos personales; sobre todo, para las grandes empresas y los conglomerados económicos, y así se deja que el titular del dato a merced de las empresas desarrolle normas propias, certificadas por entes de certificación y de auditorías privadas. Tal situación puede llegar a ser reprochable en un modelo que busque, ante todo, la garantía del derecho fundamental, a través de un ente de control estatal.

A título personal, y todavía sin un desarrollo reglamentario en la materia, creo que Colombia fortalecerá la aplicación de normas vinculantes y de estrategias autorregulatorias que dinamicen y faciliten la adecuación de la nueva norma, aunque se pierda rigor en la eficiencia del control del tratamiento de los datos personales, en desarrollo una estrategia hacia el modelo norteamericano.

Para terminar, cabe tener presente que en Colombia, desde hace por lo menos una década, se han venido desarrollando aproximaciones sectoriales en el tratamiento de información personal. Esto, en razón a la influencia de los diferentes gremios de la economía que han venido desarrollando estrategias propias, que faciliten el tratamiento de la información personal de los clientes y de los usuarios. Ello, sumado a la falta de compromiso personal y social en el cuidado de los datos personales, marcará, con seguridad, una diferencia importante respecto a lo pretendido a la hora de buscar la implementación y el desarrollo de la política de protección de datos personales.

La sociedad colombiana, en su gran mayoría, considera que los datos personales son públicos, y el desarrollo normativo hasta antes de la nueva ley (2012) dejó ver que no todos los datos personales tienen una connotación privada, situación que dificulta implementar una cultura de protección de los datos personales, por lo cual una estrategia de imposición de la norma no es suficiente; quizás, lo más importante sea la estrategia de concientización. Así pues, con el ánimo de que la Ley de Protección de Datos Personales cumpla con los objetivos previstos,

es importante que la autoridad de control enfoque sus esfuerzos en la tarea de sensibilización, divulgación y capacitación, tanto de las personas o los titulares de la información como de las empresas, los gremios, las asociaciones y entes públicos, para que conozcan los derechos y los deberes que trajo consigo la nueva ley, pero también, que tienda programas de acompañamiento en el montaje y el desarrollo de las políticas de privacidad y manuales de seguridad para la información de pequeños y medianos empresarios; también, que endurezca el control, de manera focalizada, sobre los gremios. Pero, sin duda, el más importante propósito por cumplirse es que las personas reconozcan en este derecho la importancia que tiene para su vida personal, familiar y social.

## Anexos

DECRETO NÚMERO \_\_\_\_\_ de 2012 Hoja N°. 2 de 5

Continuación del decreto "Por el cual se reglamenta el artículo 25 de la Ley 1581 de 2012, 'por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales' relativo al Registro Nacional de Bases de Datos."

Que en el ámbito internacional, los países que han implementado la creación de un registro de bases de datos, han conseguido obtener una herramienta de supervisión del cumplimiento de los deberes legales a cargo de los responsables del Tratamiento de datos.

Que el Registro Nacional de Bases de Datos permitirá cumplir con la obligación legal de difundir y dar publicidad a la existencia de Bases de Datos de carácter personal y servirá de herramienta de verificación y vigilancia para la efectiva protección del derecho de hábeas data.

### DECRETA

#### CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

**Artículo 1. *Ámbito de aplicación.*** Serán objeto de inscripción en el Registro Nacional de Bases de Datos, las Bases de Datos cuyo Tratamiento automatizado o manual se realice por personas naturales o jurídicas, de naturaleza pública o privada, en el territorio colombiano o fuera de él, en este último caso, siempre que al Responsable o al Encargado del Tratamiento les sea aplicable la legislación colombiana en virtud de normas y tratados internacionales. Lo anterior sin perjuicio de las excepciones previstas en el artículo 2 de la Ley 1581 de 2012.

**Artículo 2. *Deber de inscribir las Bases de Datos.*** El Responsable del Tratamiento debe inscribir en el Registro Nacional de Bases de Datos, de manera independiente, todas y cada una de las Bases de Datos sujetas a Tratamiento.

**Artículo 3. *Consulta del Registro Nacional de Bases de Datos.*** Los ciudadanos podrán consultar en el Registro Nacional de Bases de Datos, las Bases de Datos que posea un Responsable del Tratamiento, su finalidad y la información de contacto para ejercer sus derechos a conocer, actualizar, rectificar y suprimir el dato y revocar la autorización.

#### CAPÍTULO II. EL REGISTRO NACIONAL DE BASES DE DATOS

**Artículo 4. *Información mínima del Registro Nacional de Bases de Datos.*** La información mínima que debe contener el Registro Nacional de Bases de Datos es la siguiente:

- a) Datos del Responsable del Tratamiento de la Base de Datos;
- b) Datos del Encargado del Tratamiento de la Base de Datos;
- c) Canales para ejercer derechos;
- d) Nombre y finalidad de la Base de Datos;
- e) Vigencia de la Base de Datos;
- f) Sistema de Tratamiento de la Base de Datos, y

## DECRETO NÚMERO \_\_\_\_\_ de 2012 Hoja N°. 3 de 5

Continuación del decreto "Por el cual se reglamenta el artículo 25 de la Ley 1581 de 2012, por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales" relativo al Registro Nacional de Bases de Datos."

g) Política de Tratamiento de la información.

**Parágrafo:** La Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad de protección de datos personales y encargada de administrar el Registro Nacional de Bases de Datos, definirá la información adicional que contendrá el mismo.

**Artículo 5. Responsable del Tratamiento de la Base de Datos.** Cuando el Responsable del Tratamiento de la Base de Datos sea una persona jurídica, deberá indicar su denominación o razón social y su número de identificación tributaria. Cuando el Responsable del Tratamiento sea una persona natural, la información que registre dentro de los datos de identificación debe corresponder a aquella considerada como de naturaleza pública, de acuerdo con las normas vigentes.

**Artículo 6. Encargado del Tratamiento de la Base de Datos.** Cuando el Encargado del Tratamiento de la Base de Datos sea una persona jurídica, deberá indicar su denominación o razón social completa y su número de identificación tributaria. Cuando el Encargado del Tratamiento sea una persona natural, la información que registre dentro de los datos de identificación debe corresponder a aquella considerada como de naturaleza pública, de acuerdo con las normas vigentes.

**Artículo 7. Canales para ejercer derechos.** Son los medios de recepción y atención de peticiones, consultas y reclamos que el Responsable y el Encargado del Tratamiento deben poner a disposición de los Titulares de información, con los datos de contacto respectivos, por medio de los cuales el Titular puede ejercer sus derechos a conocer, actualizar, rectificar y suprimir sus datos personales contenidos en Bases de Datos y revocar la autorización que hayan otorgado para el Tratamiento de los mismos. Estos canales deben prever, por lo menos, la posibilidad de que el Titular ejerza sus derechos a través del mismo medio por el cual fue recogida su información, dejando constancia de la recepción y trámite de la respectiva solicitud.

En los casos en que el Tratamiento de datos lo realice el Encargado, el Responsable registrará la información de contacto del Encargado para que el Titular pueda adelantar ante este el ejercicio de sus derechos.

**Artículo 8. Nombre y finalidad de la Base de Datos.** El Responsable del Tratamiento identificará cada una de las Bases de Datos que inscriba, de acuerdo con la finalidad para la cual fueron creadas y deberá describir su objeto y especificar los usos para los cuales se crearon.

**Artículo 9. Vigencia de la Base de Datos.** Es el término previsto por el Responsable para el Tratamiento de datos personales, de acuerdo con la finalidad para la cual se creó la Base de Datos. Una vez expirada la vigencia se debe proceder a eliminar la Base de Datos.

**Artículo 10. Sistema de Tratamiento.** Los datos personales contenidos en Bases de Datos podrán ser tratados de manera sistematizada o manual. Son Bases de Datos manuales aquellas cuya información se encuentra organizada y almacenada de manera física y Bases de Datos automatizadas aquellas que se almacenan y administran con la ayuda de herramientas informáticas.

DECRETO NÚMERO \_\_\_\_\_ de 2012 Hoja N°. 4 de 5

Continuación del decreto "Por el cual se reglamenta el artículo 25 de la Ley 1581 de 2012, 'por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales' relativo al Registro Nacional de Bases de Datos."

**Artículo 11. Política de Tratamiento de información.** La información mínima que debe contener la Política de protección de datos que cada responsable de Bases de Datos implemente, será la siguiente:

- a) Nombre o denominación social o razón social de la persona natural o jurídica Responsable del Tratamiento de la Base de Datos.
- b) Nombre y finalidad de la Base de Datos.
- c) Persona o dependencia responsable de la atención de peticiones, consultas y reclamos ante la cual el Titular de la información puede ejercer sus derechos a conocer, actualizar, rectificar y suprimir el dato y revocar la autorización.
- d) Procedimiento para que los Titulares de la información puedan ejercer los derechos a conocer, actualizar, rectificar y suprimir información y revocar la autorización.
- e) Fecha de entrada en vigencia de la Política de Tratamiento de la información y período de vigencia de la Base de Datos.
- f) Nivel de medidas de seguridad aplicado al Tratamiento de la Base de Datos.

La Superintendencia de Industria y Comercio impartirá las instrucciones relacionadas con las medidas de seguridad en el Tratamiento de datos personales.

**Parágrafo:** La inscripción de la Política de Tratamiento de información solo será exigible una vez que la Superintendencia de Industria y Comercio imparta las instrucciones relacionadas con las medidas de seguridad en el Tratamiento de datos personales.

### CAPÍTULO III. TÉRMINOS Y CONDICIONES DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO NACIONAL DE BASES DE DATOS

**Artículo 12. Plazo de inscripción.** Los Responsables del Tratamiento deberán adelantar la inscripción de sus Bases de Datos en el Registro Nacional de Bases de Datos dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que la Superintendencia de Industria y Comercio habilite el Registro. Las Bases de Datos que se creen con posterioridad a ese plazo, deberán ser inscritas dentro de los dos (2) meses siguientes, contados a partir de su creación.

**Artículo 13. Inscripción de las Bases de Datos.** La Superintendencia de Industria y Comercio establecerá el procedimiento de inscripción en el Registro Nacional de Bases de Datos que deberán cumplir los Responsables del Tratamiento, previa validación de su identidad, de acuerdo con lo que para el efecto establezca esa entidad.

**Artículo 14. Actualización de la información contenida en el Registro Nacional de Bases de Datos.** Los Responsables del Tratamiento de las Bases de Datos deberán actualizar en el Registro la información inscrita cuando haya cambios sustanciales y deberán reportar el hecho de que la Base de Datos ha sido dada de baja antes de la expiración de su vigencia.

DECRETO NÚMERO \_\_\_\_\_ de 2012 Hoja N°. 5 de 5

*Continuación del decreto "Por el cual se reglamenta el artículo 25 de la Ley 1581 de 2012, por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales" relativo al Registro Nacional de Bases de Datos."*

**Artículo 15. Vigencia.** El presente decreto rige a partir de su publicación en el Diario Oficial.

**PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**  
Dado en Bogotá, D.C., a los

**EL MINISTRO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO**

**SERGIO DÍAZ-GRANADOS GUIDA**

# LA FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS: EL CASO DEL DERECHO A LA INCLUSIÓN DIGITAL

Jheison Torres Ávila

## Introducción

La teoría de los derechos, como uno de los campos más dinámicos a lo largo de las últimas décadas, presenta de forma continua el nacimiento de nuevos derechos o la interpretación novedosa de otros. Esta situación, en principio, no reviste mayor dificultad, por cuanto es razonable pensar que los cambios, cada vez más acelerados, de los diversos procesos sociales suscitan a menudo la reflexión sobre los derechos. En este sentido los derechos no son comprendidos como máximas arbitrarias, ni como conceptos metateóricos que se establecen con el objeto de descubrir premisas inmanentes. Los derechos, por el contrario, reflejan a menudo las tensiones y los conflictos en las sociedades. Esto es así porque el concepto mismo de derechos, como *cartas de triunfo*<sup>188</sup>, establece, para los individuos y los colectivos, la posibilidad de mejorar su posición de reclamos frente a las autoridades, o, incluso, frente a otros individuos y colectivos.

Por lo enunciado, los derechos implican, para las sociedades contemporáneas, uno de los mecanismos más importantes a la hora de elaborar sus diferentes

.....  
188 Ronald Dworkin, "Rights as Trumps" en Jeremy Waldron, *Theories of Rights* (New York: Oxford University Press. 1984), 43-59.

reclamos, así como la de establecer la legitimidad de situaciones o de poderes sociales o políticos. Por ejemplo, las personas consideran que tener derecho a la expresión y a la participación les permite comunicar sus inconformidades, y que quien restrinja tal posición estará haciéndolo de forma probablemente ilegal. Dicho comportamiento no solo se presenta en terrenos ya conocidos, como el citado: también puede plantearse la posibilidad del derecho como conquista social o política<sup>189</sup>. El derecho al agua, frente a las empresas mineras; los derechos de los animales y de la naturaleza, frente a las empresas farmacéuticas; el derecho al mínimo vital o renta básica, frente al Estado, son ejemplos de esa posibilidad. Incluso, vale la pena recordar que, por lo general, los derechos, en una primera fase histórica de presentación, encierran, justamente, una conquista social de alguna naturaleza.

Pero la creación de la categoría derechos y su frecuente uso en los Estados contemporáneos también encierran preguntas importantes, relacionadas, sobre todo, con su eficacia, y desde allí, con su legitimidad. La posibilidad de reclamo de los derechos no necesariamente conduce a la concesión de su núcleo básico; o, mejor dicho, pueden convertirse en meras estructuras formales, que posibilitan esa construcción de legitimidad estatal, pero no resuelven, en últimas, lo solicitado. Esta preocupación, muy válida, también apareja otra: la proliferación o la *desacralización* del lenguaje de los derechos. Desde esta mirada, se intenta explicar todo el cúmulo de motivaciones aspiracionales, de necesidades y de reivindicaciones, etc., como derechos. Esto es lo que Ana Pintor llama los *derechos insaciables*<sup>190</sup>; es decir, un apetito desmedido de la sociedad y de sus grupos de presión por convertir todo en derechos: derecho al turismo, derecho a llorar, derecho a dormir, etc. Aunque muchas de las situaciones cotidianas pueden ser traducidas al lenguaje de los derechos, la situación también parece peligrosa, por cuanto esta incesante demanda de derechos puede ser una causa de su propia ineficacia.

Ante las circunstancias descritas, merece la pena hacer una aproximación al concepto de fundamentación de los derechos. Para eso, llevaremos a cabo una revisión del concepto de fundamentación y del concepto de derecho, con el objeto de analizar de manera más específica el caso del derecho a la inclusión digital;

189 Mark Tushnet, "An essay on rights", *Texas Law Review*, 62 (1984): 1364-1403.

190 Anna Pintore, "Los derechos insaciables" en Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid: Trotta, 2001), 243-266.

•La fundamentación de los derechos: el caso del derecho a la inclusión digital•

de manera detallada, exploraremos diversas aproximaciones a la construcción de la fundamentación de este derecho. Pasaremos revista a las teorías clásicas de la fundamentación de derechos (es decir, las teorías estatalista, histórica e individualista, así como la teoría de las generaciones de derechos), para intentar una aproximación desde la teoría de las necesidades, que, a su vez, servirá como colofón de este capítulo.

## La fundamentación de los derechos

Dentro de la teoría contemporánea de los derechos, la fundamentación de estos ha cobrado una especial importancia. No se trata, entonces, de la simple lucha por su positivización o su exigibilidad, pues la necesidad de justificar la existencia de los derechos es un pilar central de las democracias constitucionales, como parte de la legitimización del sistema político. Otra de las razones probables de la importancia de dicha justificación se ubica, justamente, en los procesos de constitucionalización de los derechos y en cómo estos son parte de la construcción de las políticas de los gobiernos<sup>191</sup>, con las cuales se pretende alcanzar posiciones prioritarias en las sociedades. Los derechos son los vehículos de las demandas de las diferentes formas organizativas de la sociedad.

El cambio de paradigma científico que representa el paso de una idea monista del positivismo jurídico a una de posiciones basadas en la razón práctica lleva a los teóricos a reformar la visión de los derechos, para comprenderlos como mucho más que estructuras que revisten obligaciones<sup>192</sup>, y en los cuales la sanción define su sustancialidad normativa. El *giro lingüístico*<sup>193</sup> contribuye de manera importante a la forma como los sistemas constitucionales comprenden los

.....  
191 Jeremy Waldron, "Rights and Needs: The Myth of Disjunction". Austin Sarat y Thomas R. Kearns (Editores) *Legal Rights, Historical and Philosophical Perspectives* (Ann Arbor: Universidad de Michigan, 1996), 87 y ss. En este capítulo, Waldron muestra cómo el lenguaje de los derechos no puede ser rechazado, por cuanto este permite, desde un punto de vista psicológico, político y jurídico, encauzar nuestras necesidades y convertirías en argumentos con la fuerza necesaria para obligar a otros a ejecutar el objeto de nuestras necesidades. Pone así distancia con otro autor, a quien nos referiremos: Mark Tushnet, quien muestra el lenguaje de los derechos como una estrategia poco productiva para alcanzar objetivos políticos.

192 La crítica kelseniana por desicologizar la estructura de los derechos, y expresada en la obra de J. Austin (modelo ORA, u órdenes respaldadas por amenazas), muestra los derechos como estructuras normativas en las que la sanción será su nota predominante.

193 Franca D'Agostini, "Sobre las características y su importancia en la filosofía contemporánea" en *Análisis y Continentales* (Madrid: Cátedra, 1997).

derechos reforzando características que permitan contribuir a bienes sociales como la democracia, la justicia y la igualdad material. Esto es posible porque se supera la rigidez del positivismo, como la inmanencia que implica el iusnaturalismo racionalista. Así pues, una aproximación analítica a los derechos nos permite observar fenómenos más allá del deber ser de estos, para plantearnos los retos de la adjudicación y de la eficacia cotidiana de los derechos con una perspectiva no universal, pero sí protectora. Se desacralizan los derechos para ponerlos en blanco y negro, como objetos centrales del derecho constitucional en sus dimensiones jurídico-políticas.

Ante este panorama (en todo caso, de estructuras epistemológicas superpuestas), se intenta demostrar a toda la humanidad que los derechos son elementos indispensables en toda sociedad, y que su protección no merece discusiones. De esta forma, se plantea un *éthos* sobre la existencia de los derechos, como elementos que componen nuestra comprensión de sociedad. Ello, sin embargo, no deja de plantear dudas sobre el alcance y la definición de una ética de los derechos, así como sobre los mecanismos con los cuales se definen los aspectos que integran los derechos en particular; o sea, la definición misma sobre qué derechos deben existir o no en una sociedad.

Rorty, desde la trinchera del pragmatismo, sugiere que nos dejemos de preguntar sobre el qué y el porqué de los derechos, y, *simplemente*, los limitemos a las necesidades que implica la vida democrática<sup>194</sup>. “La premisa fundamental de mi argumento es que no se puede tener por objeto, ni trabajar para conseguir algo a menos que pueda ser reconocido una vez se consigue. Una de las diferencias que hay entre verdad y justificación es la diferencia que existe entre lo que no se puede reconocer y lo que puede ser reconocido. Nunca sabremos con certeza si una determinada creencia es verdad o no. Pero si podemos estar seguros de que nadie es capaz de formular una objeción residual en su contra y que, en cambio, todo el mundo coincide en defenderla”<sup>195</sup>. De esa forma, dicha postura se desmarca del universalismo del iusnaturalismo, para resaltar la importancia del proceso de justificación por encima de la ilusión de la verdad.

194 Richard Rorty, “Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad” en Stephen Shute, y Susan Hurley, *De los derechos humanos* (Madrid: Trotta, 1998), 117-138.

195 Richard Rorty, *El pragmatismo, una versión* (Barcelona: Ariel, 2000), 81.

Así las cosas, en las sociedades contemporáneas se trata, más bien, de buscar las coincidencias en la construcción del rumbo común, y no tanto, de plantear estructuras como si fueran ideas irrefutables. Dice Rorty: “El pragmata concibe el ideal de fraternidad humana, no como la imposición de algo no empírico por encima de lo empírico, o de algo no natural por encima de lo natural, sino, más bien, como la culminación de un proceso de adaptación, que además es un proceso de recreación, de la especie humana”. Complementa el autor “[...] la indagación científica, o cualquier otra indagación, no tiene por objeto la verdad sino la esperanza de obtener una mejor capacidad justificatoria, una mejor capacidad para hacer frente a las dudas sobre lo que decimos, reforzando lo que hemos dicho anteriormente o tomando la decisión de decir algo ligeramente distinto”<sup>196</sup>.

Los derechos tienen, en efecto, esa dimensión justificatoria, que pretende adaptarse a los cambios sociopolíticos convirtiéndose en evidencias de las constantes transformaciones de nuestra visión del Estado y de cómo entendemos en lo cotidiano su papel. De esta forma, Rorty nos ubica en la contingencia del cambio permanente, pero también, en la importancia de construir discursos que fomenten la protección de los valores deseables en el presente. Así pues, los procesos de cambio tecnológico se enmarcan dentro de este camino de adaptación donde la innovación cambia la forma de entender el mundo, pero implica, al mismo tiempo, la aplicación de los conceptos de la tradición sobre otros que no lo son. Esta mixtura entre lo viejo y lo nuevo es la que se plasma en el constitucionalismo de los derechos, así como en la doctrina que se desprende de su aplicación.

Hasta aquí se ha señalado que la idea de fundamentación basada en la validez universal, similar al imperativo kantiano, no nos es útil para entender las transformaciones de los derechos y su fundamentación en la sociedad actual. Con esta perspectiva, los derechos no son lo que descubramos como máximas que atañen a todos los hombres<sup>197</sup>: los derechos son la expresión de una praxis política, con consecuencias jurídicas, como lo deja en evidencia la interpretación misma que hacen los sistemas constitucionales de la democracia.

Señalados los derroteros de la importancia y de la comprensión de la fundamentación, el paso siguiente es evidenciar el papel que cumplen los derechos en

.....  
196 Ibid., 83.

197 A esta postura nos referiremos de forma particular más adelante, cuando revisemos las diversas teorías de la fundamentación de los derechos.

el sistema jurídico, y, por ende, en la vida social; y a partir de allí, acercarnos a elementos que nos permitan una fundamentación de los derechos que no deje por fuera las demandas actuales, tales como las que se derivan de la aplicación de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC).

### ¿Qué es un derecho, y para qué sirve?

Para construir los derroteros de la comprensión de los derechos en los sistemas constitucionales contemporáneos, seguiremos las ideas de Shue, quien, desde la filosofía analítica, expresa los puntos centrales para dar respuesta a las preguntas sobre qué es un derecho y para qué sirve. Para Shue, los derechos son:

1. Base razonable para justificar demandas.
2. La posibilidad de disfrutar algo.
3. De forma general una garantía social frente a las amenazas comunes, de otros poderes u otros parecidos a nosotros.

En la concepción de Shue se sigue una idea fundamental para entablar una línea de argumentación sobre derechos. A la pregunta de qué es un derecho, la respuesta es: una *demanda sobre algo, dirigida a alguien*. Este es el concepto que Feinberg expresa en su obra clásica *Social Philosophy*<sup>198</sup>, y con la cual Shue<sup>199</sup> inicia su construcción argumentativa. Una vez entendemos que un derecho no es una mera petición o un mero reclamo, sino una demanda, observamos que los derechos no son cualquier tipo de demanda. Un derecho es una demanda dotada de cierta fuerza, fuerza dada, a su vez, por el reconocimiento que las instituciones hacen de esas demandas y por la insistencia y la importancia que dan los peticionarios sobre esas demandas<sup>200</sup>.

Esta fuerza que poseen las demandas llamadas derechos es la *razonabilidad* que se encuentra en ellos. La función racionalizadora que cumplen los derechos forma parte de la respuesta a por qué hemos constitucionalizado los derechos y

198 Joel Feinberg, *Social philosophy* (New Jersey: Prentice Hall, 1973).

199 Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid: CEC, 1995). Con otro esquema de desarrollo, Robert Alexy sigue esta estructura de derechos en su fórmula DabG, identificando en los derechos una prestación, derecho a, un titular y un obligado.

200 Herbert Hart, *El Concepto de Derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995). Sin duda, el reconocimiento de los usos sociales, o punto de vista externo de los derechos, como lo señala Hart, juega un importante papel en la utilización de los derechos como argumentos.

por qué estos se han convertido en el centro de la interpretación de las estructuras político-jurídicas. Una vez convertimos los derechos en razones fundamentales de nuestro sistema político y social, las demandas que han transitado por el sistema reposan sustancialmente como derechos, y los dotan de una posición privilegiada frente a otras peticiones que, por supuesto, en el futuro pueden convertirse en derechos, en cuanto podamos convertirlas en derechos.

Más adelante, cuando abordemos el caso específico de derechos como la inclusión digital y el acceso a Internet, se podrá evidenciar que se establecen las líneas de su existencia con dos perspectivas: 1) como vehículos de una sociedad que sufre profundas transformaciones en sus procesos de comunicación, producción de conocimiento e interacción con sus instituciones<sup>201</sup>, como el Estado; y 2) como fruto de reivindicaciones de sectores sociales que se sienten excluidos de dichos procesos y ven cómo se afectan sus intereses, tanto individuales como los de sus grupos sociales.

Esta posición de los derechos como herramienta de justificación de demandas tiene la virtud de no dejar de lado el importante papel que cumple la democracia en las sociedades actuales, y permitirnos asir la visión histórica que informa esas demandas. Esta expresión de demandas a través de los derechos no es una conversión extraña, de tipo alquimista, del plomo al oro; los derechos aquí son, sencillamente, herramientas cuyo papel, reconocido por el sistema jurídico, político y social, les permite a las demandas adquirir predominio sobre otras demandas. Esta construcción de la jerarquía de los derechos no es, por ello, ni mucho menos cerrada, como lo sostendría Dworkin<sup>202</sup>, sino, por el contrario, abierta, precisamente, a los debates que en lo político y en lo jurídico puedan darse.

Ahora bien, los derechos cumplen una función no solo justificativa: también brindan la posibilidad de disfrutar algo. El énfasis dado en los derechos como demandas tiene como consecuencia esta concreción en un resultado reconocible por los sujetos, como individuos o como colectividad, y ya sean obligados o titulares. En el caso de la inclusión digital, no se trata solamente de la disponibilidad

.....  
201 Manuel Castells, *La era de la información: Economía, sociedad y cultura*. México: Siglo XXI, 2011. La obra completa presenta diversos análisis, que apuntan a las transformaciones a las cuales hacemos referencia.

202 Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Ariel, 1995). También en *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa, 1992. Dworkin cree que existe un orden absoluto de valores; por eso, dirá que el juez Hércules puede decidir con una respuesta correcta siempre, y solo debe consultar tal sistema, que se observa en la práctica de la moralidad política y en el principio de "derecho a igual consideración y respeto".

de equipos de tecnología, como tampoco, de una conexión a Internet, sino también, de contar con la capacitación necesaria para mejorar un entorno vital<sup>203</sup>. La inclusión digital no tiene que ver con una nueva forma de expresión de dicha inclusión, sino con la misma que ha dejado relegadas a muchas capas de la población. Este fenómeno es notorio, y de forma sostenida, con el desarrollo del capitalismo industrial<sup>204</sup>.

Tener un derecho, entonces, no es una correspondencia con una categoría normativa; es decir, como lo haría una lectura iusnaturalista, en la que los derechos son derechos naturales, para luego tener su reflejo en derechos positivos; antes bien, los derechos son sustanciales desde el primer momento, pues expresan un contenido, son *derechos a*. Un derecho no es el derecho a disfrutar otro derecho, sino un derecho a obtener una acción o una cosa determinadas por la demanda inicial<sup>205</sup>.

Esta sustancialidad, en mi concepto, involucra transaccionalmente, para la práctica y para la teoría jurídica, varios aspectos. Por un lado, en términos jurídicos, se inserta en el sistema proporcionando razones “válidas” que conducen a que los individuos y las instituciones actúen conforme a las reglas de canalización de demandas por medio de los derechos. En general, esas reglas son las del libre juego democrático. Dicho juego no es especialmente el de la dictadura de las mayorías, sino el que le permite al sistema mantener su coherencia y su eficacia como mecanismo de solución de conflictos. La posibilidad de disfrutar algo a través de los derechos no se limita al derecho a la libertad ni a los derechos políticos, sino a todas las demandas (*claims*) que alcancen la relevancia de derechos en una sociedad determinada, como ocurre con los elementos en discusión del derecho a la inclusión digital.

Otro aspecto que permite esta visión de los derechos como *derechos a* es que, desde el punto de vista político, logra una conexión importante entre el deber ser normativo y las políticas de un gobierno, y así se convierte en un camino

203 Nicolás Cabezedo Rodríguez (ed.), *Inclusión digital: perspectivas y experiencias* (Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 2011).

204 Raúl Susin Betran, *La regulación de la pobreza: El tratamiento jurídico-político de la pobreza, los ingresos mínimos de inserción* (Logroño: Universidad de la Rioja, 2000), 66 y ss.

205 Henry Shue, *Basic rights, subsistence, affluence, and U.S. Foreign Policy* (Princeton: Princeton University Press, 1980), 15. “The substance of a right is whatever the right is a right to. A right is not a right to enjoy a right – it is a right to enjoy something else, like food or liberty.”

intermedio. Ver en los derechos una prestación efectiva es darle al campo político un límite de posibilidades materiales con los derechos. Así se aleja el amplio sesgo interpretativo que logran, en ocasiones, los derechos (aunque ello, desafortunadamente, no lo elimina), y se convierten en peligrosas herramientas de transacción política.

La constitucionalización intenta generar un ámbito de aplicación diferenciado y protegido de los derechos, pero estos no han logrado desvincularse del todo del regateo político. Es más, debe examinarse el grado de esta seguridad lograda. Por una parte, es claro que los derechos de libertad alcanzan una mayor protección, y que los derechos de igualdad se someten en mayor medida a dicho regateo. Parte de esta visión de negociación de los derechos sociales es terminar diferenciándolos como si ellos enmarcaran un grado mayor de sustancialidad que los de libertad. Tanto los derechos de libertad como los sociales son derechos, y, en tal sentido, involucran el derecho a algo<sup>206</sup>. En el caso del derecho a la inclusión digital, el derecho comporta dimensiones tanto de los derechos de libertad como de los derechos sociales; por ello, y como más adelante profundizaremos, no puede clasificarse con precisión como uno u otro, sino, más bien, como *uno y otro*.

### Garantía social frente a las amenazas cotidianas

La otra función que cumplen los derechos, y con la cual podemos responder qué es un derecho, es la de su papel en la sociedad. Los derechos son herramientas frente a la violencia externa. Los derechos, desde su fundamentación moderna, por Locke, se comprenden como límites a los otros individuos y al poder del Estado. Tal noción ha evolucionado, y al tomarnos en serio los derechos, los dejamos de ver como meras proclamas, y les adjudicamos acciones concretas para su defensa. Por ello, para el derecho, el peso de garantía, y no como solo un límite, adquiere una distinción significativa, mientras la idea de límite sigue patrocinando una protección nada clara en la vida cotidiana, y así permite que, en la práctica, los derechos no se protejan. Solo hasta cuando se les revistió de garantías, los derechos logran la dimensión de facticidad, que revoluciona la sociedad y transforma sus más íntimas convicciones.

.....  
206 Luis Prieto Sanchís, *Estudios sobre derechos Fundamentales* (Madrid: Debate, 1990). Creo que a eso se refiere Prieto Sanchís cuando afirma que se tiene un déficit de fundamentación racional que impide ver los derechos sociales como obligaciones asumibles por la comunidad.

Las demandas, al convertirse en derechos, y luego, conquistar mecanismos para garantizar su efectividad, cierran el círculo que el sistema elabora para tramitar lo que sus asociados requieren, y, a la vez, dotarlos de un espacio claro de ejercicio que les facilite su desenvolvimiento como individuos. Esta versión de completud de los derechos es solo aparente. Sin duda, ellos se muestran como instancias de protección, que delimitan acciones y reglan conductas; pero tal disposición *pro libertatis* no puede dar la cara a los constantes conflictos que rodean la vida de los derechos. Sus funciones se cumplen en un verdadero campo minado, y en su interior se condensan, a menudo, diversos conflictos<sup>207</sup>.

### Los derechos como necesidades fundamentales

Una demanda es la expresión de una necesidad. Una necesidad no es aquello indispensable para vivir. Es lo que deseamos hacer o tener, por muchas razones, unas más *necesarias* que otras. La idea de libertad burguesa<sup>208</sup> es fundamental, porque se halla estructurada desde las necesidades de capitalismo. Esa manera de concebir la libertad de estar en el mercado es una necesidad que ocasiona una demanda tangible, la cual, por medio de revoluciones, pactos u otros medios que, en últimas, fueron legales, se convirtieron en las cosas que llamamos derechos<sup>209</sup>. Eso que no negociamos más.

De esta forma, los derechos son necesidades fundamentales. Esta fundamentación es fruto del reconocimiento social que debe cubrirse con esas necesidades, y del grado de legalidad y de legitimidad que ellas revisten una vez admitidas en el sistema jurídico. Por qué no, todas las necesidades están fundamentadas, toda vez que no todas están reconocidas. Pero para el futuro, toda necesidad puede estar fundamentada, y, por ende, convertirse en derecho.

.....  
207 Duncan Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial: el debate con la teoría crítica del derecho* (Bogotá: Siglo del Hombre, 1999). En una posición escéptica respecto a la indeterminación de los derechos, así como a la noción de campo minado.

208 Es en esta idea de libertad burguesa en la que se piensa que el mayor castigo para un hombre es privarlo de la libertad. Este es el origen de la cárcel como mecanismo por excelencia de represión en el Estado liberal. Es la necesidad la que crea la demanda, y la demanda, el derecho.

209 En efecto, tenemos diversidad de ejemplos sobre esta materia: la Carta Magna, Habeas Corpus Act, Bill of Rights, la Declaración del Buen Pueblo de Virginia, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, etc. Todas ellas manifiestan, a través de derechos, las luchas políticas que las produjeron.

En esta línea, las necesidades fundamentables no son sino las que los escenarios políticos aceptan que lo son. Todo derecho no es más que la imagen de la discusión pública, y por ello la búsqueda de fundamentos ajenos a las ágoras no se compadece con la realidad de lo que hacen los derechos. Es la lucha política lo que hace valiosos a los derechos, el reconocimiento de un derecho no es sino una muestra de lo que la voluntad de grupos de presión puede hacer<sup>210</sup>.

De esta manera, se encuentran coincidencias con la denominada *teoría externa de los derechos*, o *teoría de los derechos limitables*<sup>211</sup>. Esta teoría señala que no hay un núcleo esencial determinado, pero sí determinable. Todo derecho es limitable respecto a las consecuencias jurídicas que produce verificando si el derecho *prima facie* ha sido limitado eficazmente en el caso concreto. La *teoría de los derechos no limitables*, por su parte, considera que, desde el inicio, el derecho existe con su contenido determinado, y en la aplicación se prueba si el núcleo esencial es el verdadero en el caso de estudio.

Como se ve, la limitación se da en dos planos: 1) el político como prefiguración, como derecho *prima facie*; 2) y luego es el juez, en el plano jurídico, quien realiza su concreción frente al caso particular. Esta posición permite reconstruir la colisión de objetos normativos de forma tal que los derechos encuentren una aplicación más razonable eliminando parte de la fricción entre norma y hecho.

Hemos, hasta el momento, establecido las condiciones de fundamentación de los derechos, y expresado la importancia de llevar a cabo este tipo de ejercicios en las sociedades contemporáneas. A continuación, desarrollaremos un ejercicio más preciso, pues mostraremos algunas teorías que expresan esos significados de justificación de los derechos, para poder hacer una aproximación al derecho a la inclusión digital y explorar algunos elementos para su fundamentación.

.....  
210 Tushnet. Op. cit.

211 Martin Borowski, *La estructura de los derechos fundamentales* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003).

## Los argumentos para la existencia de un derecho

No se trata de hacer aquí un examen de validez; por el contrario, nos acercamos a los argumentos de Alexy, y su modelo de tres gradas<sup>212</sup>, en el cual se plantea una mirada analítica de los derechos. Los derechos pueden ser analizados en tres aspectos principales: 1) *argumentos de fundamentación*, 2) *argumentos de estructura* y 3) *argumentos de exigibilidad*. De esta forma, es posible observar de forma separada los diferentes fenómenos de los derechos; ello no significa la escogencia de un solo aspecto, sino que se exponen separadamente, como forma de análisis. Así, los derechos siempre tendrán, al menos, los mencionados elementos para su análisis.

Aclarado este punto, nuestra aproximación es, desde luego, desde la fundamentación, y no (todavía) sobre los otros elementos. La fundamentación consiste en un ejercicio explicativo de los distintos argumentos que expresan la existencia del derecho en el plano discursivo. No se trata, entonces, de una mirada estrictamente jurídica, sino, más bien, una que busca justificar por qué, para esta o aquella sociedad, un derecho es importante. Dicha importancia puede conducir a su positivización, ya sea en el campo del derecho internacional público o en el campo del derecho interno. Pero esa disposición textual es apenas una posibilidad dentro del campo de la fundamentación, pues se trata, justamente, de analizar aspectos que desbordan el derecho como norma jurídica en su sentido completo.

## Las teorías tradicionales sobre la fundamentación de los derechos

Aunque el territorio sobre la fundamentación puede cubrir áreas como la historia, la teoría política, la economía, la sociología, la filosofía, etc., de forma tradicional se conocen tres teorías que vertebran las declaraciones de los derechos a lo largo de los últimos 300 años. Fioravanti hace esta aproximación, y las denomina: 1) el modelo *historicista*, 2) el modelo *individualista* y 3) el modelo *estatalista*<sup>213</sup>.

El modelo historicista señala que los derechos se justifican dentro del marco de un proceso histórico de acuñación de la tradición de una nación. En este

212 Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho* (Barcelona: Gedisa, 1994).

213 Mauricio Fioravanti, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones* (Madrid: Trotta, 2003), 25.

•La fundamentación de los derechos: el caso del derecho a la inclusión digital•

sentido, el cúmulo de experiencias político-jurídicas de la sociedad, de forma gradual (y, por lo general, lenta), elabora cada argumento que contribuye a una elaboración completa de la existencia de los derechos. Esa visión genera preguntas como: *¿son siempre los argumentos del pasado plausibles para la justificación del presente?*, *¿Cómo se articulan los cambios, cuando esas estructuras tradicionales pretenden la conservación, y no la transformación?*, *¿Quién, realmente, fundamenta el proceso (pues parece invisibilizarse a los sujetos a favor de una especie de razón de la tradición)?*. Desde luego, los más importantes exponentes de esta visión se encuentran en la tradición político-constitucional inglesa<sup>214</sup>, y, de manera concreta, en el *Bill of Rights*. Respecto a nuestro ejercicio particular, esta forma de ver la fundamentación tiene, especialmente, problemas con la acogida de fenómenos que ocurren en un corto lapso.

El cambio tecnológico parece escapar de las posibilidades de esta fundamentación, pues una de sus características es, justamente, la enorme velocidad a la cual no solo se presenta como objeto de la invención, sino que, en realidad, presenta un fuerte impacto en el campo de la innovación<sup>215</sup>; es decir, en la transformación de hábitos y usos de la tecnología en la vida de las personas.

Se trata entonces, no solo de afirmar la velocidad a la cual avanza la ciencia, sino también, en cómo las sociedades hacen de estos cambios algo que incorporan cada vez con mayor facilidad. Incluso, podríamos decir que es una característica de las sociedades contemporáneas basar parte de su funcionamiento y de su desarrollo en la perspectiva del continuo cambio tecnológico<sup>216</sup>.

214 Sobre el particular, existen numerosas obras. La obra de Mateucci *La Organización del Poder y Libertad* presenta con claridad los derroteros de esta discusión; especialmente, cuando se alude a la Revolución Gloriosa. Pero, de forma profunda, en *La Lucha por la Constitución*, se hace una magnífica revisión del concepto de Common Law y de Fundamental Law, que recrean buena parte de la comprensión del historicismo constitucionalizado. Javier Dorado Porras, *La lucha por la constitución: Las teorías del Fundamental Law en la Inglaterra del siglo XVII* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001), 96 y ss. Sobre la crítica a esta comprensión historicista, es conocida la presentada por Dicey, pues plantea que la interpretación de la Constitución Inglesa es de orden jurídico, y no histórico. Sobre estos elementos de la teoría inglesa, ver: Geoffrey Marshall, *Teoría de la Constitución* (Madrid: Espasa, 1982), 28 y ss.

215 El debate sobre la importancia y la comprensión del significado de la tecnología, como transformación de la vida del hombre moderno y en cuanto a las preguntas éticas que encierra su desarrollo, fue llevado a cabo, de forma importante, por autores como Ortega y Gasset, Heidegger y Bunge, entre otros. Al respecto, de manera concreta sobre la innovación y la técnica, ver: José Ortega y Gasset, *Meditación de la técnica y otros ensayos sobre ciencia y tecnología* (Madrid: Alianza, 1982).

216 Ignacio Quintanilla Navarro, "El cambio tecnológico: cuatro apuntes desde la Filosofía", *Revista Empresa y Humanismo*, 9 (2011): 141-166.

La fundamentación individualista<sup>217</sup>, que es, probablemente, la más difundida en la teoría de los derechos (pero, al mismo tiempo, la más criticada a lo largo de las últimas décadas), fija su punto de partida en el estatuto epistémico del iusnaturalismo; es decir, señala que el mundo estaría construido por verdades, por conceptos únicos, y que estos se descubren a través de la razón; así es, al menos, si hablamos del iusnaturalismo racionalista, el más importante dentro del marco de la teoría liberal de los derechos.

Según el iusnaturalismo, las mencionadas verdades son eternas, perennes e inmutables<sup>218</sup>. Desde aquí nacen las características más tradicionales de los derechos: universalidad, imprescriptibilidad e inherencia. Nuestro objetivo no es iniciar una larga discusión sobre las dificultades de la propuesta iusnaturalista, sino establecer la pertinencia de sus argumentos respecto a un ejercicio de fundamentación sobre el derecho al acceso a Internet. Con tal perspectiva, los derechos son establecidos de manera inmanente; o sea, pertenecen a los seres humanos conforme nacen.

La existencia de los derechos está referenciada en el entorno exclusivo del individuo, al ser este quien da razón a la misma existencia de los derechos. Uno de los asuntos más controvertidos de tal postura se sitúa en la carencia de un contexto específico de la irrelevancia de las condiciones sociales, económicas y políticas en las que se justifique el derecho, pues la universalidad lo hace ahistórico y revestido de una aparente neutralidad. Esto es así porque los contenidos que fundan los derechos con la perspectiva individualista son metafísicos e indiscutibles al fin de cuentas, pues ellos son descubiertos por la razón, y no creados por los hombres y sus sociedades particulares.

Las preguntas sobre este tipo de ejercicio surgen rápidamente: ¿Quién determina esos contenidos? ¿Cómo puede establecerse la neutralidad que se predica? ¿Cómo adaptar los derechos a las condiciones contingentes de la historia, si, por premisa, ellos son inflexibles? ¿Es posible determinar el núcleo de un derecho desde una única respuesta? ¿Cómo articular esta visión dentro del marco

.....  
217 Fioravanti. Op. cit., 35 y ss.

218 Antonio Truyol y Serra, "Historia de la filosofía del derecho y del Estado". *Del Renacimiento a Kant* (Madrid: Alianza Universidad Textos, 1995), 195. "El conjunto de la escuela racionalista del derecho natural desarrollará hasta sus últimas consecuencias las tendencias secularizadoras del Renacimiento. La razón humana se considerará más en su autonomía, separándose la filosofía de la teología y el derecho natural dejará de ser la participación del hombre en la ley eterna para convertirse en la creación de la razón apoyada sobre sí misma".

constitucional contemporáneo, donde se respeta profundamente la diferencia y se protege a las minorías?

La fundamentación estatalista<sup>219</sup> comprende el fenómeno de los derechos como expresión misma del poder estatal; es decir, los derechos no son previos al Estado ni necesariamente producto de la historia, sino que es el Estado, en ejercicio del poder soberano y conforme al ejercicio de un sistema de competencias y controles, el que crea los derechos como acto jurídico dentro del marco del contexto político y socioeconómico. Esto quiere decir que los derechos solo existen en razón de dicho poder, y no pueden ser ejercidos o reclamados como jurídicamente válidos hasta tanto no se establezca su existencia en el ordenamiento estatal. Los derechos, en tal sentido, son tan variables como el Estado mismo lo decida, y tan legítimos y eficaces como el Estado lo sea. Visto con esta perspectiva el fenómeno de los derechos, solo los Estados pueden crear los derechos, y solo ellos pueden brindar las posibilidades para su desarrollo.

Ahora bien, ¿pueden los Estados contemporáneos gozar de tan ilimitado poder? En realidad, hoy por hoy el asunto es un poco más complejo, pues si bien se puede rechazar la postura inmanente del liberalismo clásico, no parece plausible afirmar que los Estados contemporáneos pueden, sin más, no solo crear los derechos, sino, sobre todo, eliminarlos en el ejercicio de la *potestas*. Autores clásicos como Schmitt, en la más reciente posguerra, hablaban del concepto de *canon constitucional*, que no es otra cosa sino los mínimos que se consideran parte del constitucionalismo liberal, y, de contera, también del social.

Con la perspectiva política y del derecho internacional público, no parece tan sencillo señalar que los Estados pueden hacer y deshacer lo que quieran; sobre todo, al ser claro que hay cada vez más límites resguardados al ejercicio de ese tipo de autoridad, el cual fácilmente se convierte en autoritarismo<sup>220</sup>. De esa manera, si bien no se trata de establecer los mínimos de la naturaleza o la razón, sí se trata de elementos de consenso que las sociedades siguen construyendo, y a una parte muy importante de ellos se les denomina *derechos fundamentales*.

Por otro lado, la idea de que el Estado tiene una voluntad, y de que esta es cognoscible de manera individual en la sociedad, tiene su origen en teorías

219 Fioravanti. Op. cit., 46 y ss.

220 A lo largo de las dos últimas décadas, este debate ha cobrado especial importancia. Sobre los detalles de la discusión: Miguel Carbonell (ed.), *El canon neoconstitucional* (Madrid: Trotta, 2010).

voluntaristas<sup>221</sup>, que, a su vez, han sido objeto de fuertes críticas. Así pues, lo que parece suceder, más bien, es que el Estado es una suerte de conexiones entre diversos poderes latentes en la sociedad, de manera que dicho Estado es, al final, un medio para articular la diversidad y la complejidad que presentan las sociedades contemporáneas. Incluso la democracia, como medio de construcción de la voluntad, parece insuficiente como único medio de articulación de voluntades.

Así las cosas, y en resumen, una visión estatista atenta de manera directa contra las premisas de universalidad, imprescriptibilidad e inalienabilidad, pues se trata, justamente, de dejar a disposición del Estado dichas *potestas*. Sin embargo, en el mundo contemporáneo, tal tensión no se resuelve con un modelo puro de voluntad de Estado, sino que para ello entran en juego diversos discursos que, combinados, explican cómo los Estados terminan reconociendo los derechos.

En suma, la visión del Estado como supremo ordenador no tiene un sustento de legitimidad a la luz de la teoría contemporánea de los derechos, de manera, pues, que el Estado tiene diversas mediaciones para poder actuar. La democracia, el derecho internacional público y las relaciones internacionales, los procesos socioeconómicos y las condiciones políticas son, entre otros, elementos que regulan, afectan y enfocan el esfuerzo estatal.

En el caso del derecho al acceso a Internet se evidencian varios aspectos que impulsarían el reconocimiento del derecho, así como las condiciones de su exigibilidad. Estas razones son:

**a. *El acceso a Internet como mecanismo de protección de otros derechos:***

Es una de las áreas más dinámicas donde se destaca la creación de mecanismos institucionales y técnicos para garantizar que los datos de diferente naturaleza puedan ser integralmente protegidos. Esto significa tanto la publicidad del dato público como la veracidad y la adecuada utilización de los datos privados. En Colombia, la Ley 1581 de 2012 regula de forma profunda esta materia.

.....  
221 Como fruto de la reflexión iusnaturalista-racionalista del Estado, este fue adquiriendo cada vez más una estructura con la perspectiva de una voluntad única, cognoscible. Es, entonces, durante el siglo xix cuando esta versión de la comprensión estatal cobra una enorme fuerza, a la luz del protagonismo del Estado en la interpretación de la administración de los asuntos públicos. Una aproximación a dichos elementos, en: Jean Dabin, *Doctrina general del Estado: elementos de filosofía política* (México: UNAM, 2003), 91 y ss.

- b. *El acceso a Internet como herramienta para desarrollar otros derechos y valores constitucionales:*** Se reconoce que derechos como el *habeas data*, la intimidad y el buen nombre se ven relacionados, de manera frecuente, con el acceso y el uso de TIC. Sin embargo, derechos como la seguridad social, la salud, el trabajo, la libertad de cátedra, la libertad de expresión, la petición, y la propiedad, entre otros, se encuentran cada vez más estrechamente relacionados con el uso de dichas tecnologías. Este uso no solo es un asunto perimetral del derecho, sino que, en ocasiones, afecta de forma directa su desarrollo y su protección. Es el caso, por ejemplo, del derecho de petición o el de expresión, en los cuales el uso de las TIC representa la disponibilidad de uso y la garantía del derecho.
- c. *El acceso a Internet como elemento en la materialización de la democracia:*** En consonancia con las ideas de la ciudadanía digital, la democracia se desarrolla cada vez más en ambientes virtuales o con herramientas que implican el acceso y la alfabetización digitales. La participación política, el derecho de asociación, e, incluso, el de reunión, tienen en los ambientes virtuales un espacio cada vez más importante. Por otro lado, así como se ha afirmado la imposibilidad de comprender la democracia sin la materialización de garantías a partir de la posguerra, de igual forma, la ausencia de disponibilidad de TIC y el acceso a Internet representan una talanquera clara para la existencia de la democracia material.
- d. *El acceso a Internet como mecanismo para el alcance de la igualdad material; la inclusión digital:*** Como consecuencia de lo anterior, y como desarrollaremos más adelante, el acceso mismo a las TIC representa un importante reto para los gobiernos globales, pues la existencia de la brecha digital, que, a su vez, representa una elongación de la brecha socioeconómica en el mundo entero, debe adjuntar a sus objetivos del milenio no solo metas respecto al agua potable o la lucha contra ciertas enfermedades, pues las herramientas que brindan las TIC y la Internet sirven como medidas eficaces en contra de dicha exclusión.

## La clasificación histórica de los derechos y la fundamentación

Otra aproximación común respecto a modelos de fundamentación hace referencia al denominado *modelo histórico*, o *clasificación histórica*<sup>222</sup>, que, a su vez, tiene como hilo conductor la concepción de los derechos conforme a tradiciones o momentos históricos clave del mundo occidental, para determinar, por medio de cartas de derechos, la existencia de estos. Así, el derecho al acceso a Internet, si es reconocido como derecho, deberá tener un lugar en ese tipo de clasificación, el cual responde, desde luego, a su naturaleza y a su importancia.

Esta clasificación señala que los derechos que dieron fundamento a las revoluciones burguesas (con especial acento en la Revolución francesa y en su Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano) construyen una primera categoría. Otras declaraciones anteriores, como el *Bill of Rights* inglés, y la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, serían importantes antecedentes. Estos derechos, conocidos como *de primera generación*, configuran las libertades básicas que sostienen el modelo liberal, y en la literatura tradicional se les considera *derechos de abstención*, o *libertades negativas*.

En lo que respecta al derecho al acceso a Internet, deberíamos decir que, con toda claridad, hay diversos derechos de esta categoría que tienen una relación directa. Derechos como la libertad de expresión, la libertad de reunión, la intimidad, el buen nombre, la participación política, y la libertad de conciencia presentan, en efecto, relaciones con el uso de tecnologías. Si así es, cabe preguntarse si es necesario, entonces, reconocer un nuevo derecho, o si con los mencionados se protege lo que quiere significarse con un derecho de acceso a Internet.

La existencia de un derecho obedece a la posibilidad de contar con una estructura dogmática específica, compuesta por el núcleo fundamental, un titular y un obligado. Entonces, para justificar esa existencia, se deben tener, por ejemplo,

.....  
222 Peces-Barba y otros han llamado la atención sobre las enormes dificultades que implica la denominada clasificación histórica, pues en una revisión cuidadosa de esta es fácil notar que no todos los derechos responden a la dinámica histórica descrita. Por ejemplo, el derecho a la educación, que, generalmente, es puesto en la segunda oleada de derechos, tiene no solo un reconocimiento importante en la literatura de las revoluciones burguesas, sino que, además, goza de protección en algunas constituciones de este periodo. Por otra parte, esta clasificación parece pasar por alto el contexto de su propia creación, el cual no es otro que la Guerra Fría, cuando el Bloque Occidental presionó por disponer de un tratado internacional de derechos acorde con los intereses capitalistas de posguerra; de igual forma, el bloque socialista hizo lo mismo en el seno de las Naciones Unidas. Este resultado hace que sea, más bien, una clasificación de corte ideológico que realmente histórico.

elementos claramente definidos en el núcleo del derecho, que solo tiene ese derecho, y no otro. Es decir, el núcleo del derecho al acceso a Internet no es el derecho a la intimidad, pues de lo contrario, el primero es un falso derecho, o, al menos, no cumple con una estructura jurídica lo bastante fuerte para reconocerlo, en el plano de la fundamentación, como derecho. Otra cosa, y muy distinta, es que haya una relación estrecha entre derechos, asunto que no es novedoso en la literatura sobre ellos. Es el caso de derechos como al mínimo vital, y su relación con los derechos al trabajo y a la salud, o el derecho al debido proceso y su relación con los principios de juez natural y legalidad. Ahora bien, no es este el momento para desarrollar de manera completa dichas ideas, pues no pertenecen al nivel de fundamentación, asunto sobre el cual nos encontramos disertando, sino sobre un análisis de estructura del derecho, que, por su puesto, se hará más adelante.

Si el derecho al acceso a Internet no puede establecerse históricamente en las revoluciones burguesas de los siglos XVII a XIX, pues claramente, como parece de Perogrullo afirmar, no es un derecho de primera generación. Ahora bien, si el criterio no es estrictamente histórico, sino hace más bien énfasis en su visión como derechos de abstención, podría afirmarse que un derecho al acceso a Internet involucra, sin duda, elementos propios de las tradicionales libertades negativas, pues, por ejemplo, hará parte de tal derecho la posibilidad de escoger el tipo de servicio y su prestador, o no deberá el Estado obligar a nadie a participar en un blog, o no podrá obligar a nadie a un apagón cibernético si no se lo desea.

Así las cosas, observamos, por el momento, que este derecho tiene una importante relación con derechos denominados *libertades fundamentales*, pero dicha relación no parece ser motivo suficiente para su existencia: claramente, no es un derecho de primera generación, aunque la relación descrita podría ser una posibilidad de argumentación.

Siguiendo con el mismo tipo de argumentación, encontramos los denominados *derechos de segunda generación*. Tales derechos, que encuentran su momento más claro a lo largo de la historia constitucional en el texto de las constituciones de Querétaro y de Weimar<sup>223</sup>, se presentan como herramientas para contrarrestar la desigualdad propia del Estado de derecho; por eso, se los relaciona de forma directa con la asunción del Estado social de derecho, y se los señala como *derechos*

.....  
223 Gregorio Peces-Barba Martínez, "Los derechos económicos, sociales y culturales: apuntes para su formación histórica" en *Historia de los derechos fundamentales* (Madrid: Dykinson, 2007), 419.

*prestacionales*; es decir, que albergan la necesidad de establecer obligaciones de garantía o positivas para su eficacia y su exigibilidad. Con esta perspectiva, ¿puede el derecho al acceso a Internet ser un derecho social? ¿Puede vincularse históricamente a los derechos de segunda generación?

Comenzaremos por el segundo interrogante, que debe ser, desde luego, contestado negativamente, pues a los derechos sociales se los ubica históricamente desde finales del siglo XIX hasta el periodo entreguerras. Pero, como hemos señalado, esta perspectiva histórica es claramente equivocada, o, por lo menos, insuficiente, para explicar la naturaleza de los derechos sociales, pues si bien algunos ya existen históricamente antes del periodo descrito, han seguido desarrollándose, como sucede con los derechos al vestido, al agua, a la alimentación, y al mínimo vital, entre otros<sup>224</sup>. Sobre la naturaleza prestacional y su relación con la igualdad material, vale la pena hacer una revisión detallada, pues la denominación de inclusión digital, justamente, hace mención a esos dos aspectos.

### **El carácter prestacional y la promoción de la igualdad del derecho al acceso a Internet: la inclusión digital**

El primer aspecto que sugiere la idea de derechos sociales es el de su carácter prestacional; es decir, los derechos sociales implican una acción positiva del Estado<sup>225</sup> que, generalmente, va ligada a la disponibilidad de recursos para hacer realidad tales derechos<sup>226</sup>. Se percibe a los *derechos sociales* como derechos que

224 Jheison Torres Ávila, *El Mandato del Estado Social de Derecho en la Constitución Colombiana: Los derechos sociales y el mínimo vital* (Bogotá: USTA, 2013).

225 Los críticos de los derechos sociales como derechos humanos entienden que reconocer su existencia es afirmar que todo ser humano tiene el derecho, y el deber correlativo, a tener unas condiciones mínimas de existencia. Esta circunstancia de expansión de deberes se percibe como un sinsentido, pues tal número de demandas son imposibles de cumplir, porque ante el problema de los recursos escasos, ninguna sociedad, ni siquiera la más rica, puede satisfacer esos derechos. Este argumento se encuentra, en especial, en la obra de Carl Wellman. James Griffin, "Derechos de Bienestar", *Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella*. 1 (1999): 1-16. Esta concepción de multiplicación de prestaciones, en vez de ser problemática, creo que abre un camino, por cuanto señala la necesidad de asumir el costo total de los derechos de bienestar por todos. Así las cosas, los derechos sociales no son solo derechos contra el Estado, sino contra todos los que estén obligados. Como explicaremos más adelante, los obligados son quienes tengan la capacidad para dar esa ayuda, y no pueden, por tanto, desconocer una posición normativa justificada.

226 Ver, Carl Schmitt, *Teoría de la constitución* (Madrid: Alianza, 1982), 174; Hans Peter Schneider, "Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional democrático", *Revista de Estudios políticos*, 7 (1979): 7-36.

•La fundamentación de los derechos: el caso del derecho a la inclusión digital•

engendran obligaciones de hacer<sup>227</sup>, con lo cual se plantea una diferencia con los *derechos de libertad*, que contienen obligaciones de no-hacer o de abstención.

Pero sobre la afirmación planteada deben hacerse varias precisiones. Desde un punto de vista histórico, los derechos sociales surgen, precisamente, como respuesta a las insuficiencias del sistema planteado por el Estado liberal decimonónico. Como se sabe, el Estado liberal propugna una presunta pasividad en materia social<sup>228</sup>, con lo cual su acción solo se justificaría en la medida en que se requiriese defender el equilibrio que plantean el mercado y las reglas de la democracia burguesa. Así las cosas, el Estado solo se hallaba autorizado a respetar los derechos, y no a promover acciones que modificasen el orden social y económico<sup>229</sup>.

El mencionado elemento, al que, de forma reiterada, se hace mención en un estudio sobre los derechos sociales, cobra relevancia frente al estudio del derecho al acceso a Internet, pues en el contexto actual se presentan dos circunstancias clave para comprender los problemas de fundamentación que encierra su defensa constitucional: por un lado, el contexto ideológico que se da frente a los planteamiento del neoliberalismo, como forma político-social, pues plantea, justamente, un rechazo a las acciones directas de protección, cuando estas encierran acciones directas de garantía, tales como las que se denominan *positivas*, o *de hacer*.

La explosión de derechos, o la manifestación de demandas sociales, riñe con la enunciada postura. Como consecuencia de este rechazo, se presenta

.....  
227 Beatriz González Moreno, *El Estado social: Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales* (Madrid: Civitas, 2002), 75. Como veremos, el carácter prestacional es parte de un conjunto de acción de hacer, pero no la única.

228 El Estado liberal no es un Estado que no interviniera. Al igual que hoy lo hace, con dinamismo, el Estado neoliberal, el Estado injiere en los asuntos de vida pública, pues se requiere su agencia para garantizar los procesos económicos y sociales. La característica precisa al Estado liberal se encuentra en las formas y los objetivos que tiene dicha intervención. Esto queda ilustrado en las concepciones sobre la política social del Estado en el siglo XIX. El Estado sí intervenía manteniendo la estructura del capitalismo, y sus acciones se encaminan a hacer de la libertad en el mercado su objetivo primordial. Con la crisis del capitalismo de comienzos del siglo XX, tal posición toma un nuevo rumbo, y para eso se vale de herramientas más directas y agresivas para transformar la sociedad ante un nuevo modelo político, económico y social. Sobre el tema, en detalle: Douglas Ashford, *La aparición de los estados de bienestar* (Madrid: Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, 1989).

229 Estas son ideas que la nueva derecha rescata para atacar al Estado Bienestar. En 1947, en el Hotel du Parc de Mont Pélerin, en Suiza, se conformaba la sociedad de Mont Pélerin, cuando, por invitación de Von Hayek, se reunieron personalidades como Milton Friedman, Karl Popper, Ludwig von Mises, cuyo punto en común era su rechazo al Estado Bienestar. Aquí se fundaba el grupo más importante de críticos al Estado Bienestar, que tuvo 30 años después su momento más influyente. José Manuel Eguiagaray Ucelay, "Las políticas socialdemócratas en un mundo globalizado" en *Estado de Bienestar y Socialdemocracia* (Madrid: Alianza, 2001), 85. En Colombia, el debate está en un punto importante, debido a que las mayorías políticas se sitúan hacia esta concepción de la política.

la privatización de servicios, y con ella, la afectación de los derechos. La lógica privada se funda en la maximización de beneficios, lo cual no siempre garantiza que los derechos puedan ser atendidos de manera eficaz: por el contrario, se presenten deterioros sociales, justamente, con quienes no pueden pagar el coste de los servicios<sup>230</sup>. El acceso a Internet se ve claramente afectado por esta lógica, y ello implica que afecte la generación de equidad.

Por otra parte, esta dimensión de prestacional pone de relieve los derechos como libertades *positivas* y *negativas*<sup>231</sup>. Las libertades negativas no requieren, según afirma esta idea, acciones concretas del Estado, por lo cual, lo único que debe hacer este es abstenerse de violar el núcleo de dichas libertades.

En general, los denominados derechos de primera generación se consideran los integrantes de esas libertades. De esta manera, los derechos fundamentales se construyen como categorías para una concepción en concreto: la del Estado liberal. Dicha estructura de abstención, orientada por una idea en concreto de Estado, requirió, entonces, una reinterpretación, con el objeto de integrar los derechos sociales conforme la presión del proceso histórico del bienestar que impuso su reconocimiento. Ahora bien, en lo que respecta al derecho al acceso a Internet, esta dicotomía no es tal, como ya lo hemos señalado, ya que, en una observación general, nos encontramos con dimensiones de abstención y con aspectos de garantía.

Contar con las redes informáticas y con la energía eléctrica y los equipos necesarios para desarrollar las actividades propias del ambiente digital se acompañan de la elección de qué páginas se visitan, qué expresiones se dan y qué servicios se escogen para desarrollarse como ciudadano digital<sup>232</sup>. Tal observación,

230 Julián Daniel López-Murcia, "El régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios y la cláusula de progresividad de los DESC en Colombia", *Revista de la Maestría en Derecho Económico*, 5 (2009): 201-240.

231 Isahia Berlin, *Cuatro ensayos sobre la libertad* (Madrid: Alianza, 1988), 191.

232 Siguiendo las ideas de T. H. Marshall, al plantear que una verdadera ciudadanía solo es posible cuando las condiciones de igualdad material que se traducen en derechos sociales puedan ser disfrutadas por todas las personas, podríamos reflexionar que las obligaciones de respeto y de garantía derivadas del derecho a la inclusión digital se convierten en uno de los elementos centrales de las democracias contemporáneas, pues las personas no pueden hoy disfrutar sus derechos, como tampoco realizar el valor de la democracia, sin condiciones de alfabetización digital y disponibilidad tecnológica. A esta interpretación se le conoce como ciudadanía digital, Francisco Sierra Caballero, "Ciudadanía digital y sociedad de la información en la Unión Europea", Un análisis crítico. *Andamios*. 9 (2012): 259-282; Karen Mossberger, et al. *Digital citizenship the internet, society, and participation* (Cambridge: MIT Press, 2008); Jairo Alberto Galindo, "Ciudadanía digital", *Signo y Pensamiento*, 54 (2009): 164-173.

de enorme importancia, ha sido estudiada de manera profunda en la literatura de los derechos sociales.

De esta forma, la literatura contemporánea de los derechos sociales rechaza la tesis según la cual no todos los derechos de primera generación, o libertades negativas, carecen de contenido prestacional<sup>233</sup>. Los ejemplos más comunes al respecto son el derecho a la asistencia letrada en el juicio, o el derecho a la vida o el derecho a la seguridad personal, pues todos requieren una infraestructura clara para la defensa que acarrearán, y, por consiguiente, una inversión por parte del Estado.

En esta línea de defensa de los derechos, todo el sistema judicial requiere enormes sumas de dinero por parte del Estado, para hacer efectivos derechos como la propiedad y sus anexos, o la libertad contractual. Así las cosas, el Estado sí requiere prestaciones enormes para mantener el aparato represivo y buena parte de la burocracia destinada a garantizar esas libertades negativas. De esta manera, no parece que la dimensión de las prestaciones sea una característica exclusiva de los derechos sociales, sino que es una manifestación necesaria de todos los derechos, como fines del Estado de derecho<sup>234</sup>.

De igual manera, tampoco es cierto que en los derechos sociales, o los que se denominan como tales, se tengan contenidos negativos u obligaciones de respeto. Los ejemplos más evidentes son el derecho de asociación y el de huelga, respecto a los cuales el Estado solo debe actuar de igual manera que con un derecho de libertad negativa para con la abstención de cualquier acción para permitir el libre ejercicio de las actividades sindicales. Y dentro del mismo marco de análisis, los derechos sociales, si bien pueden contener una prestación, en muchas ocasiones contienen una abstención u obligación de no hacer. Es el caso de la obligación del Estado de no afectar la salud, lo cual se traduce en la abstención estatal de atentar contra la vida y la integridad de una persona, o de impedir el ejercicio del derecho al trabajo, o el ingreso a la escuela, en el caso de la educación.

.....  
233 Luis Prieto Sanchís, *Ley, principio, derechos*. Instituto de derechos Humanos "Bartolome de las Casas" (Madrid: Dykinson, 1998), 75; José Luis Cascajo Castro, *La tutela constitucional de los derechos sociales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988), 72.

234 Al respecto, dice Helmunt Willke: "ningún derecho es totalmente *self-executing*; todos los derechos (tanto los derechos-autonomía como los derechos-participación) presuponen amplias medidas estatales, programas o dispositivos institucionales", Acceso Francisco Contreras Peláez, *Derechos sociales: teoría e ideología* (Madrid: Tecnos, 1994), 21.

El criterio de abstención-acción, o, lo que es lo mismo, hacer-no hacer, es un análisis orientado a los derechos, y un aspecto de ellos, un tipo de acción que se requiere para su protección. Este último elemento es importante, pues lo que se quiere destacar es que los derechos, en general, tienen, con esa perspectiva, una doble dimensión de abstención-prestación, conforme esta se requiere para su tutela efectiva<sup>235</sup>, y, por supuesto, el derecho al acceso a Internet no es indiferente a tal situación.

Gomes Canotilho<sup>236</sup> analiza ese aspecto prestacional, que se expresa en la jurisprudencia alemana como derechos de defensa (*Abwehrrecht*) y derechos de prestación (*Leistungsrecht*). Los derechos de prestación son derechos de cualquier ciudadano a un acto positivo por parte de los poderes públicos. Pero los actos positivos no son solo la construcción de una escuela o de un hospital: dichos actos son tantos como herramientas de intervención tiene el Estado. Gomes Canotilho señala los siguientes posibles actos positivos a ese respecto:

- a. Exigencia de protección frente a otros (derecho penal y sistema represivo).
- b. Atribución, por parte del Estado a los ciudadanos, de una posición organizadora y procedimentalmente relevante para la defensa y el ejercicio de los otros derechos.
- c. Derecho a prestaciones fácticas.

En el caso del derecho al acceso a Internet, se observa que, justamente, el derecho colombiano ha venido creando un marco de acciones similares a las señaladas por Gomes Canotilho. La creación de mecanismos institucionales como la Superintendencia Delegada para la Protección de Datos, el desarrollo del *habeas data* y la construcción de una política pública de acceso muestran la complejidad del derecho en la actualidad. Por ello, se hace necesario este tipo de análisis, que junte los diversos aspectos que vienen dándose en el derecho colombiano.

De esta forma, parece claro que el argumento prestacional dice bastante poco sobre los derechos sociales<sup>237</sup>, y, en especial, sobre el derecho al acceso a Internet. Sin embargo, el interés por el análisis prestacional pone énfasis en la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y en el abandono de su examen exclusivo

235 Víctor Abramovich, Cristian Curtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Madrid: Trotta, 2002), 22.

236 José Joaquim Gomes Canotilho, "Tomemos en serio los derechos sociales y culturales", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (1988): 139-160.

237 No pretendemos hacer una definición exhaustiva de los derechos sociales, sino aproximarnos a su núcleo semántico, a través de comentar sus características.

•La fundamentación de los derechos: el caso del derecho a la inclusión digital•

como límites al poder<sup>238</sup>. El interés por este aspecto es el inicio de una interpretación, la cual permite que los derechos (y, en especial, los derechos fundamentales) se vean más allá de su aspecto defensivo, para configurarlos como necesarios instrumentos del desarrollo social, y después de la Segunda Guerra Mundial<sup>239</sup>, como, en efecto, señala Häberle en su teoría del doble carácter de los derechos<sup>240</sup>, entendiendo de ellos su dimensión como límites al poder del Estado, pero también, como fundamento y fin de todas las tareas estatales, que terminan haciendo de todos los funcionarios objeto de obligaciones directas.

El mencionado elemento es el que fortalece la importancia de este ejercicio, pues afirmar del derecho al acceso a Internet que o bien no es un derecho o que es prestacional, como si ello solo significara que es programática, termina afectando varios intereses especialmente protegidos en nuestro ordenamiento constitucional, tales como la dignidad humana, la igualdad y la participación democrática.

Respecto al debate sobre la clasificación de los derechos, de forma directa, Gómez plantea algunos ajustes a la clasificación histórica, atendiendo parte de las críticas de Peces-Barba. Gómez señala una tercera generación de derechos, a los que denomina *derechos de solidaridad*. Se trata de nuevos derechos, o bien, de antiguos derechos, pero redefinidos. Seguimos a Gómez Sánchez en este apartado, que distingue tres bloques de derechos:

- a. Los derechos relativos a la protección del ecosistema y al patrimonio de la humanidad.
- b. Los derechos relativos a nuevo estatuto jurídico sobre la vida humana.
- c. Los derechos derivados de las nuevas tecnologías de la comunicación y la información<sup>241</sup>.

.....  
238 Ver: Luis Martín Martín-Retortillo Baquer, "Régimen constitucional de los derechos fundamentales" en *Derechos fundamentales y constitución* (Madrid: Civitas, 1988), 103 y ss.

239 Este aspecto objetivo se observa claramente en las propuestas de T. H. Marshall, y su teoría de la ciudadanía social, que ya mencionamos, así como la relectura de la obra de Jellinek y sus *status libertatis* y *civitatis*, como dimensiones dentro de la teoría de los derechos públicos subjetivos.

240 Peter Häberle, *La libertad fundamental en el Estado constitucional* (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997).

241 Yolanda Gómez Sánchez, *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos* (México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2006), 241.

Como se observa, Gómez considera la existencia de diversos derechos derivados de las TIC; entre otros, señala:

- ***Derechos a la comunicación y a la información:*** Información completa y veraz; derecho de acceso a la información de relevancia para la Humanidad; derecho a la información genética; derecho a comunicar libremente ideas, pensamientos y opiniones; derecho de acceso a los medios técnicos de comunicación públicos y privados; autodeterminación informativa; derecho a la protección de datos de carácter personal y familiar.
- ***Derechos en la red:*** Derechos informáticos; derecho a conocer la identidad del emisor de informaciones y opiniones; derecho a la vida privada en la red, al honor y a la propia imagen; propiedad intelectual e industrial en la red<sup>242</sup>.
- ***Derechos de los menores ante las nuevas TIC.***

La propuesta presentada, si bien nos parece interesante, pues pone en evidencia los derechos en relación con las TIC, creemos que no supera las críticas suscitadas por los modelos históricos de los derechos, que, de todas formas, tienden a negar la importancia de todos los derechos y su interdependencia. Por ello, la tesis de la integralidad de los derechos<sup>243</sup>, la cual propone, justamente, salir de las trampas históricas y de los modelos ideológicos, para plantear que en los sistemas constitucionales, como en el mismo derecho internacional, los derechos son, en su conjunto los pilares básicos de las sociedades contemporáneas, y que estos se requieren no por secciones o por partes, sino que su interrelación es realmente su mayor fortaleza, como expresión de los conceptos de legitimidad y garantía de la dignidad humana.

A modo de conclusión, podemos señalar al menos tres ideas centrales:

En primer lugar, se ha establecido la importancia de los discursos de fundamentación como mecanismos de concertación y construcción de las instituciones que deseamos para nuestras democracias. La fundamentación de los derechos, en especial, establece límites y categorías que permiten construir los escenarios

242 Ibid., 246.

243 Ver: Carlos Alberto Perdomo Castaño, *Derechos fundamentales a medias e integralidad de derechos* (Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2011); Gregorio Mesa Cuadros, *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el Estado ambiental de derecho* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2010).

dogmáticos sobre los cuales el Estado elabora las herramientas tanto jurídicas como de políticas públicas con las que se materializan los contenidos que implica un derecho.

En segundo lugar, el derecho a la inclusión digital es un derecho complejo que se encuentra en formación, lo cual no significa que no existan buenas razones para construirlo y definirlo como un derecho central en las democracias de hoy, pero, además, y de manera profunda, en el futuro cercano. No se trata solo de reconocer el auge tecnológico como elemento de la innovación que implica la transformación de las sociedades, sino también, evidenciar las brechas y las desigualdades que dicho cambio tecnológico registra y reproduce. El derecho a la inclusión digital, por tanto, no solo tiene fundamentación desde las teorías tradicionales de los derechos, sino que comporta elementos definidos de los derechos sociales y de los derechos de libertad, lo cual implica, a su vez, el reconocimiento de obligaciones de respeto y de garantía para su existencia.

Aunque se ha avanzado de forma importante (sobre todo, en las áreas de protección de datos y de *Open Government*) es cierto que falta mucho camino por recorrer. No solo les falta a las administraciones, sino, específicamente, a los juristas, para que puedan mejorar las condiciones de estructura y exigibilidad, no simplemente del derecho a la inclusión digital, sino de todos los derechos que presentan importantes transformaciones a la luz del desarrollo tecnológico actual.

## BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Víctor y Cristian Curtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.
- Agencia Española de Protección de Datos. “Contribución de la Agencia Española de Protección de Datos a la Consulta de la Comisión sobre un enfoque global de la protección de datos personales en la Unión Europea” [acceso 27 de marzo de 2014]. Disponible en internet: [www.agpd.es/http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/textos\\_interes/common/pdfs/aepd\\_dpa\\_es.pdf](http://www.agpd.es/http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/textos_interes/common/pdfs/aepd_dpa_es.pdf)
- Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994.
- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEC, 1995.
- América Economía Intelligence [acceso 23 de julio de 2013]. [Http://especiales.americaeconomia.com/2012/comercio-electronico-america-latina-2012/graficos.php](http://especiales.americaeconomia.com/2012/comercio-electronico-america-latina-2012/graficos.php).
- América Economía Intelligence [por encargo de la firma Visa, publicado en el 2010]. “Estudio de Comercio Electrónico, la Fuerza del E-commerce en América Latina” [acceso 25 de febrero de 2013]. [Http://especiales.americaeconomia.com/2010/comercio\\_electronico/index.php](http://especiales.americaeconomia.com/2010/comercio_electronico/index.php)
- Arango Rueda, Adriana. “Aproximación a la formación de contratos en Internet”. En *Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones*. Bogotá: Uniandes, Legis, 2002. 264-289.
- Ardila, Ignacio. “Superintendencia declaró responsable a ‘Viva Colombia’ por violación de derechos a consumidores”, 12 de septiembre de 2013 [acceso 23 de abril de 2015]. [Http://www.revistapym.com.co/destacados/superindustria-declaro-responsable-viva-colombia-violacion-derechos-consumidores](http://www.revistapym.com.co/destacados/superindustria-declaro-responsable-viva-colombia-violacion-derechos-consumidores)
- Arenas, Hugo. *El régimen de la responsabilidad objetiva*. Bogotá: Legis, 2013.

- Ashford, Douglas. *La aparición de los estados de bienestar*. Madrid: Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, 1989.
- Asobancaria [citado 20 de marzo de 2014]. [Http://www.finanzaspersonales.com.co/ultimas-noticias/articulo/asobancaria-sigue-apostandole-educacion-financiera-saber-mas-mas/44674](http://www.finanzaspersonales.com.co/ultimas-noticias/articulo/asobancaria-sigue-apostandole-educacion-financiera-saber-mas-mas/44674)
- Asobancaria [acceso 20 de marzo de 2014]. [Http://www.asobancaria.com/portal/page/portal/Asobancaria/info\\_consumidor/programa\\_de\\_educacion\\_financiera](http://www.asobancaria.com/portal/page/portal/Asobancaria/info_consumidor/programa_de_educacion_financiera)
- Autoridades Europeas de Protección de Datos expresan su opinión sobre la futura reforma. Dictamen del Grupo del Artículo 29 de octubre de 2012 [acceso 3 de noviembre de 2012]. 2012, No. 59. acceso: [www.datospersonales.org](http://www.datospersonales.org)
- Berlin, Isahia. *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza, 1988.
- Bermúdez Muñoz, Martín. *Responsabilidad de los jueces y del estado*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1998.
- Borowski, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Bru Cuadrada, Elisenda. “La protección de datos en España y en la Unión Europea. Especial referencia a los mecanismos jurídicos de reacción frente a la vulneración del derecho a la intimidad”. *Derecho y política*. 5 (2007): 78-92.
- Cabezudo Rodríguez, Nicolás. ed. *Inclusión digital: perspectivas y experiencias*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 2011.
- Callegari, Osvaldo. “Delitos informáticos: Pharming”. *.net report* [acceso 20 de marzo de 2013]. [Http://www.rnds.com.ar/articulos/031/RNDS\\_176W.pdf](http://www.rnds.com.ar/articulos/031/RNDS_176W.pdf)
- Camargo, Pedro Pablo. *El habeas data, derecho a la intimidad*. Bogotá: Editorial Leyer, 2009.
- Carbonell, Miguel. ed. *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010.
- Cárdenas Rincón, Erick. *Contratación electrónica y la nueva forma del negocio jurídico*. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2006.
- Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico, aprobada por la IX Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado en Pucón, Chile, el 31 de mayo y 1° de junio de 2007 y adoptada por la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno en Santiago de Chile. Chile, 2007.
- Carulla.com [acceso 3 de abril de 2014]. [Http://www.carulla.com/?gclid=Cle\\_IljCor0CFU4aOgodlhEA2w](http://www.carulla.com/?gclid=Cle_IljCor0CFU4aOgodlhEA2w)
- Carvajal, Mauricio. “La ley del comercio electrónico en Colombia”. *Revista Electrónica Alfa-Redi*, 18 (2000) [acceso 31 de marzo de 2014]. [Http://alfa-redi.org/node/9828](http://alfa-redi.org/node/9828)
- Cascajo Castro, José Luis. *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

## •Bibliografía•

- Castells, Manuel. *La era de la información: Economía, sociedad y cultura*. México: Siglo XXI, 2011.
- Cerrillo i Martínez, Agustí. “Cooperación entre administraciones públicas para el impulso de la administración electrónica”. En Gamero Casado, E. y Valero Torrijos, J. coords. *La ley de administración electrónica*. España: Aranzadi S.A., 2009. 495-521.
- Cifuentes Muñoz, Eduardo. “El habeas data en Colombia”. *Revista Ius et Praxis*.3 (2007): 81-106.
- Colombia Digital. “El cibercrimen le ha costado a Colombia más de 870 mil millones de pesos”, 2013 [acceso 20 de marzo de 2014]. [Http://www.colombiadigital.net/actualidad/nacional/item/5791-el-cibercrimen-le-ha-costado-a-colombia-mas-de-870-mil-millones-de-pesos.html](http://www.colombiadigital.net/actualidad/nacional/item/5791-el-cibercrimen-le-ha-costado-a-colombia-mas-de-870-mil-millones-de-pesos.html)
- Colombia, CONPES. *Documento 3620 de 2009, lineamientos de política para el desarrollo e impulso del comercio electrónico en Colombia*. Bogotá, 2009.
- Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio. “Superintendencia suspende temporalmente Registro Nacional de Turismo a Despegar.com por publicidad engañosa”. 21 de enero de 2014 [acceso 23 de abril de 2015]. [Http://www.sic.gov.co/drupal/node/7030](http://www.sic.gov.co/drupal/node/7030)
- Colombia. *Código Civil* [1887]. Bogotá: Legis, 2000.
- Colombia. *Código de Comercio*. Bogotá: Legis, 1971.
- Colombia. *Código General del Proceso*. Bogotá: Legis, 2012.
- Colombia. “Manual de Gobierno en línea”. acceso: <http://www.programa.gobiernoenlinea.gov.co/decreto-manual.shtml>
- Colombia. “Página del Gobierno en línea”. acceso: <http://www.programa.gobiernoenlinea.gov.co/lineamientos.shtml>
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional [acceso 29 de marzo de 2014]. [Http://www.uncitral.org/uncitral/es/about\\_us.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html)
- Comisión Europea, Grupo de Protección de Datos del Artículo 29. *Dictamen 4/2007, sobre el concepto de datos personales*. (20 de junio de 2007), [acceso 27 de marzo de 2014]. [Http://ec.europa.eu](http://ec.europa.eu)
- Comisión Europea Grupo de Protección de Datos del Artículo 29. *Dictamen 1/2010*. (16 de febrero de 2010). Los Conceptos de Responsable y de Encargado del Tratamiento.[acceso 27 de marzo de 2014]. [Http://ec.europa.eu](http://ec.europa.eu)
- Comisión Nacional de Energía Atómica de Argentina (CNEA). s. f., <http://www.cnea.gov.ar>
- Comunidad Europea. *Directiva Europea de Comercio Electrónico*. Directiva 2000/31/CE, Artículo 2 (e).
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 57 de 1985*. “Por la cual se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 37.056, 5 de julio de 1985.

- Congreso de la República de Colombia. *Ley 527 de 1999*. “Por la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 43.673, 18 de agosto de 1999.
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 594 de 2000*. “Por medio de la cual se dicta la Ley General de Archivos y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 44.084, 14 de julio de 2000.
- Congreso de la República de Colombia. *Ley Estatutaria 1266 de 2008*. “Por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en las bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 47.219, 31 de diciembre de 2008.
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 1341 de 2009*. “Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 47.426, 30 de julio de 2009.
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 1437 de 2011*. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 47.956, 18 de enero de 2011.
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 1474 de 2011*. “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.128, 12 de julio de 2011.
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 1480 de 2011*. “Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.220, 12 de octubre de 2011.
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 1563 de 2012*. “Por la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.489, 12 de julio de 2012.
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 1581 de 2012*. “Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.587, 17 de octubre de 2012.
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 1712 de 2014*. “Por la cual se crea la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 49.084, 6 de marzo de 2014.
- Consejo de Estado de Colombia. *Sentencia del 3 de febrero de 2000*. Exp.: 14.787. M. P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.
- Consejo de Estado de Colombia. *Sentencia del 6 de marzo de 2008*. Exp.: 16.075.

## •Bibliografía•

- Consejo de Europa, Convenio 108 de 1981. (28 de enero de 1981). Para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Estrasburgo.
- Constitución Política de Colombia. Bogotá: Gaceta Constitucional No. 114, 7 de julio de 1991.
- Contreras Peláez, Francisco. *Derechos sociales: teoría e ideología*. Madrid: Tecnos, 1994.
- Corporación Colombia Digital. Ha sido Víctima de algún delito informático. Colombia, 2103 [acceso 20 de marzo de 2014]. [Http://www.colombiadigital.net/actualidad/nacional/item/4388-%C2%BFha-sido-v%C3%ADctima-de-alg%C3%BAn-delito-inform%C3%A1tico?](http://www.colombiadigital.net/actualidad/nacional/item/4388-%C2%BFha-sido-v%C3%ADctima-de-alg%C3%BAn-delito-inform%C3%A1tico?)
- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-414 de 1992*. M. P. Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-340 de 1993*. M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-008 de 1995*. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia SU 082 de 1995*. M. P. Jorge Arango Mejía.
- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia SU 089 de 1995*. M. P. Jorge Arango Mejía.
- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-662 de 2000*.
- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-831 de 2001*.
- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-729 de 2002*. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. *Sentencia de Casación de 5 de mayo de 2005*, expediente 1999904421-1.
- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-491 de 2007*. M. P. Jaime Córdova Triviño.
- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-1025 de 2007*. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-1011 de 2008*. M. P. Jaime Córdova Triviño.
- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-157 de 2010*. M. P. Jorge Iván Palacio.
- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-644 de 2011*. M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-748 de 2011*. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-818 de 2011*. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-274 de 2013*. M. P. María Victoria Calle Correa.
- Cotino Hueso, Lorenzo. coord. *Libertades, democracia y gobierno electrónicos*. (Colección Sociedad de la Información, nº 9), Granada: Comares, 2006.
- Cotino Hueso, Lorenzo. coord. *Libertad en internet. La red y las libertades de expresión e información*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- Cotino Hueso, Lorenzo. coord. *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

- Cotino Hueso, Lorenzo. “Datos personales y libertades informativas. Medios de comunicación social como fuentes accesibles al público (Art. 3 de la LOPD)”. En: Troncoso Rejjada, Antonio (dir.). *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*. Madrid: Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2010. 289-315.
- Cotino Hueso, Lorenzo y Julián Valero Torrijos. coord. Administración electrónica. *La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y los retos jurídicos del e-gobierno en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, Col. Derecho y TIC, 2010.
- Cotino Hueso, Lorenzo y Ana Montesinos García. “Derechos de los ciudadanos y de los profesionales en las relaciones electrónicas con la Administración de Justicia”. En Gamero Casado, E. y Valero Torrijos, J. coords. *Las tecnologías de la información y la comunicación en la administración de justicia. La Ley 18/2011 y la administración electrónica en el sistema judicial*. España: Aranzadi, Cizur Menor, 2011. 47.
- Cotino Hueso, Lorenzo. “Deber de publicidad de Brandeis al Open Government de Obama. Regulación y control de la información pública a través de las nuevas tecnologías”. En Escobar Roca, Guillermo (ed.). *La protección de los derechos humanos por las defensorías del pueblo*. Madrid: Dykinson, 2013.
- Cotino Hueso, Lorenzo. Derecho y “Gobierno Abierto”. La regulación de la transparencia y la participación y de su ejercicio a través del uso de las nuevas tecnologías y las redes sociales por las Administraciones públicas. Propuestas concretas. En Bermejo Latre, José Luis y Castel Gayán, Sergio. eds. *Transparencia, participación ciudadana y administración pública en el siglo XXI*, monografía XIV de la Revista Aragonesa de Administración Pública. Zaragoza: IAAP, 2013. 51-96.
- Cotino Hueso, Lorenzo. “La nueva ley de transparencia y acceso a la información en España”. En *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, No. 7, 2014.
- Cotino Hueso, Lorenzo. “Posibilidades de impulso normativo de la transparencia, especialmente a través de nuevas tecnologías”. En Sahuquillo Orozco, J. L. y Martín Cubas, J. coords. *La era de la política 2.0*. Valencia, Asociación Valenciana de Politólogos (AVAPOL), 2014. 138-153.
- Cotino Hueso, Lorenzo, Jairo Becerra, Jheison Torres Ávila, Marco Emilio Sánchez Acevedo, Claudia García Vargas. *Proyecto de investigación: la responsabilidad del Estado por la utilización de las administraciones públicas de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC)*. Documento de trabajo. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2013.
- Cremades, Javier y Xaime Rodríguez-Arana Muñoz. coords. *Comentarios a la Ley general de telecomunicaciones*. Barcelona: La Ley, 2004.
- Criado, J. Ignacio. “Las Instituciones Europeas ante la configuración de la E-administración una aproximación preliminar”. En: Cotino Hueso, L. y Valero Torrijos, J. coords. *Administración Electrónica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. 67-86.

## •Bibliografía•

- Chile, Ministerio de la Economía, Fomento y Turismo. Inclusión financiera y medios de pago electrónicos, 2013 [acceso 20 de marzo de 2014]. [Http://www.impulsocompetitivo.gob.cl/wp-content/uploads/2013/04/Informe-Inclusi%C3%B3n-Financiera-y-Medios-de-Pago-Electr%C3%B3nicos.pdf](http://www.impulsocompetitivo.gob.cl/wp-content/uploads/2013/04/Informe-Inclusi%C3%B3n-Financiera-y-Medios-de-Pago-Electr%C3%B3nicos.pdf)
- D'Ágostini, Franca. *Analíticos y continentales*. Madrid: Cátedra, 1997.
- Dabin, Jean. *Doctrina general del estado: elementos de filosofía política*. México: UNAM, 2003. 91 y ss.
- De La Calle Restrepo, José Miguel. *Autodeterminación informativa y habeas data en Colombia, análisis de la Ley 1266 de 2008. Jurisprudencia y Derecho Comparado*. Bogotá: Temis, 2009.
- Delpiazzo, Carlos E. “Las nuevas telecomunicaciones y el tránsito de la administración prestacional a la administración electrónica”. *Anuario da Facultad e de Dereito da Universidad e da Coruña*. 2007, No. 11, 177-200.
- Delpiazzo, Carlos E. “Telecomunicaciones y administración”. En: *Gobierno, derecho y tecnología: las actividades de los poderes públicos*. Fernando Galindo Ayuda, coord. Bogotá: Civitas, 2006. 449-476.
- Devis Granados, Alfonso. *Aspectos constitucionales de las telecomunicaciones en Colombia. Análisis Doctrinal Jurisprudencias*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2005.
- Directrices de las Naciones Unidas [acceso 31 de marzo de 2014]. [Http://www.consumersinternational.org/media/33875/consumption\\_sp.pdf](http://www.consumersinternational.org/media/33875/consumption_sp.pdf)
- Dorado Porras, Javier. *La lucha por la constitución: Las teorías del Fundamental Law en la Inglaterra del siglo XVII*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- Dworkin, Ronald. *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa, 1992.
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1995.
- Dworkin, Ronald. “Rights as trumps”. En *Theories of rights*. Nueva York: Oxford University Press, 1984.
- Eguiagaray Ucelay, José Manuel. Las políticas socialdemócratas en un mundo globalizado. En *Estado de bienestar y socialdemocracia*. Madrid: Alianza, 2001.
- Equipo Pymez. “¿Qué formas de pago electrónico existen?” 2009 [acceso 20 de marzo de 2014]. [Http://pymex.pe/emprendedores/comercio-electronico/ique-formas-de-pago-electronico-existen#](http://pymex.pe/emprendedores/comercio-electronico/ique-formas-de-pago-electronico-existen#)
- Éxito.com [acceso 19 de marzo de 2014]. [Http://www.exito.com/products/0001439271244178/Tv+Plasma+127cms+hd](http://www.exito.com/products/0001439271244178/Tv+Plasma+127cms+hd)
- Éxito.com [acceso 3 de abril de 2014]. [Http://www.exito.com/puntosexito/terminos\\_y\\_condiciones.html](http://www.exito.com/puntosexito/terminos_y_condiciones.html)
- Feinberg, Joel. *Social philosophy*. Nueva Jersey: Prentice Hall, 1973.

- Fernández Fernández, Rodolfo. *El contrato electrónico formación y cumplimiento*. Barcelona: Editorial Boch, 2006.
- Fernández Novoa, Carlos. *Figura del consumidor medio: Manual de la propiedad industrial*. Madrid: Editorial Marcial Pons, Manuales profesionales Mercantil, 2009.
- Fernández, Javier. “Las implicaciones penales de la LSSICE para los proveedores de servicios de internet”. En: Cotino Hueso, Lorenzo. coord. *Libertad en internet. La red y las libertades de expresión e información*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. 387-411.
- Fioravanti, Mauricio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Trotta, 2003.
- Galindo, Jairo Alberto. “Ciudadanía digital”. *Signo y Pensamiento*. 54 (2009): 164-173
- Gamboa Benavides, Javier Humberto. *Derecho de las telecomunicaciones*. Bogotá: Editorial Temis, 2008.
- Gamero Casado, Eduardo. “Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la administración electrónica; su posición en el tema de fuentes”. En: Gamero Casado, Eduardo y Valero Torrijos, Julián. coords. *La ley de administración electrónica*. España: Aranzadi S.A., 2009. 57-115.
- Gecti. *Internet, Comercio electrónico y telecomunicaciones*. Bogotá: Editorial Legis y Universidad de los Andes, 2002.
- Giménez Cervantes, José. “Alcance de las potestades de intervención de la CMT en los contratos de acceso a la Red”. En *Noticias de la Unión Europea*. 313 (2011): 47-61.
- Giraldo López, Alejandro. *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor Ley 1480 de 2011*. Bogotá: Editorial Legis, 2012.
- Gobierno de Canadá, Ministerio de Justicia. *Act. S.C. 1993* (última modificación 29 de junio de 2012). ACT, Telecommunication, c. 38.
- Gobierno de España. *Ley Orgánica 15 de 1999 de Protección de Datos*. Madrid, *BOE*, No. 298 de 14 de Diciembre de 1999.
- Gobierno de Japón. *Act No. 137* (30 de noviembre de 2001). ACT on the Limitation of Liability for Damages of Specified Telecommunications Service Providers and the Right to Demand Disclosure of Identification Information of the Senders. [Texto original en japonés].
- Gomes Canotilho, José Joaquim. “Tomemos en serio los derechos sociales y culturales”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. (1988): 139-160.
- Gómez Sánchez, Yolanda. ed. *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2004.
- González De La Garza, Luis Miguel. *El nuevo marco jurídico de las telecomunicaciones en Europa: redes sociales especializadas, neutralidad de la red y dividendo digital*. Barcelona: La Ley, 2011.

## •Bibliografía•

- González Moreno, Beatriz. *El estado social: Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Madrid: Civitas, 2002.
- Griffin, James. “Derechos de bienestar”. *Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella*. 1 (1999): 1-16
- Grupo Éxito. *Revista al Detalle*. Marzo, 133 (2014).
- Guichot, Emilio. *Datos personales y administración pública*. Navarra: Thomsom-Civitas, Editorial Aranzadi S.A., 2005.
- Gutiérrez Gómez, María. “Consideraciones sobre el tratamiento jurídico del comercio electrónico”. En *Internet, Comercio Electrónico y Telecomunicaciones*. Bogotá, Universidad de los Andes, 2002.
- Haberle, Peter. *La libertad fundamental en el estado constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.
- Hart, Herbert. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.
- Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO). *Estudio sobre el grado de adaptación de las Pequeñas y Medianas Empresas españolas a la Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD) y el nuevo Reglamento de Desarrollo (RDLOPD)*. Madrid: 2008.
- Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO). *Estudio sobre la protección de datos en las empresas españolas*. Madrid: 2012.
- International Telecommunication Union (ITU). “The World in 2013: ICT Facts and Figures. Estados Unidos”, 2013 [acceso 23 de abril de 2013]. [Http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/facts/ICTFactsFigures2013.pdf](http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/facts/ICTFactsFigures2013.pdf)
- Kennedy, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial: el debate con la teoría crítica del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre, 1999.
- La CE, dispuesta a flexibilizar sus propuestas sobre la protección de datos. En: ABC.es (26 de octubre de 2012, 18:10), [acceso 28 de octubre de 2012]. [Http://goo.gl/wjfKO4](http://goo.gl/wjfKO4)
- Lasarte, Carlos. *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*. Barcelona: Dikynson, 2015.
- Lessig, Lawrence. *Code: and other laws of cyberspace, Version 2.0*. Nueva York: Basic Books, 2006.
- López-Murcia, Julián Daniel. “El régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios y la cláusula de progresividad de los DESC en Colombia”. *Revista de la Maestría en Derecho Económico*. 5 (2009): 201-240.
- Maldonado, Juan. “Medidas antipiratería y lo que no resolvió la sentencia Grokster de 2005. La situación jurídica de los Estados Unidos de los prestadores de servicios que pueden ser utilizados para infringir derechos de autor”. En Cotino Hueso, L. coord. *Libertad en internet. La red y las libertades de expresión e información*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. 413- 422.

- Marketing Directo. “El e-commerce crecerá un 18,3% a nivel mundial este 2013”, 5 de febrero de 2013 [acceso 16 de marzo de 2014]. [Http://www.marketingdirecto.com/actualidad/digital/el-e-commerce-crecera-un-183-a-nivel-mundial-este-2013/#sthash.UDVikfoO.dpuf](http://www.marketingdirecto.com/actualidad/digital/el-e-commerce-crecera-un-183-a-nivel-mundial-este-2013/#sthash.UDVikfoO.dpuf)
- Marshall, Geoffrey. *Teoría de la constitución*. Madrid: Espasa, 1982.
- Martin-Retortillo Baquer, Luis. “Régimen constitucional de los derechos fundamentales”. En *Derechos Fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas, 1988. 103 y ss.
- Mateu Vilaseca, Marcel. “Constitución, derecho e internet”. En Peguera Poch, Miquel (Coordinador). *Derecho y nuevas tecnologías*. Barcelona: Editorial UOC, 2005. 125-148.
- Mesa Cuadros, Gregorio. *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias actuales hacia el Estado ambiental de derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2010.
- Ministerio de Comercio de Colombia. *Tratado de Libre Comercio entre Colombia y los Estados Unidos*. Washington, 2006.
- Ministerio de Educación de Colombia. [Http://www.mineduccion.gov.co/1621/article-233008.html](http://www.mineduccion.gov.co/1621/article-233008.html)
- Molina, María de Miguel. “Análisis del derecho a la calidad de los servicios públicos prestados por la administración electrónica desde el paradigma ‘renovado’ de la nueva gestión pública (NGP)”. En Cotino Hueso, L. y Valero Torrijos, J. coords. *Administración electrónica*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. 119-137.
- Montero Pascual, Juan José. *Derecho de las telecomunicaciones*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007.
- Montoya Naranjo, Claudia. “Reflexiones sobre las ventas a distancia y el comercio electrónico”. En *Perspectivas de derecho del consumo*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 2013. 437.
- Mossberger, Karen, et al. *Digital citizenship the internet, society, and participation*. Cambridge: MIT Press, 2008.
- OCLACC-SignisALC. “Crece acceso de Internet en América Latina”, 21 de enero de 2013 [acceso 16 de marzo de 2014]. [Http://www.celam.org/Images/img\\_noticias/docu510842dd35ab8\\_29012013\\_445pm.pdf](http://www.celam.org/Images/img_noticias/docu510842dd35ab8_29012013_445pm.pdf)
- Ortega y Gasset, José. *Meditación de la técnica y otros ensayos sobre ciencia y tecnología*. Madrid: Alianza, 1982.
- Palma Fernández, José Luis. “Telecomunicaciones y responsabilidad patrimonial en la doctrina del Consejo de Estado”. *Cuadernos de derecho judicial*. 2 (2002): 29-90.
- Pardo Gato, José. “El estatuto del consumidor” [acceso 3 de abril de 2014]. [Http://www.acaderc.org.ar/academias-iberoamericas/congreso-de-academias-iberoamericanas/congreso-de-academias-a-coruna-2010/ConclusionesVIIcongresoacadiberoam.pdf](http://www.acaderc.org.ar/academias-iberoamericas/congreso-de-academias-iberoamericanas/congreso-de-academias-a-coruna-2010/ConclusionesVIIcongresoacadiberoam.pdf)

## •Bibliografía•

- Peces-Barba Martínez, Gregorio. “Los derechos económicos, sociales y culturales: apuntes para su formación histórica”. En *Historia de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2007. Cap. 27, vol. II.
- Pelleroles Vallés, Josep. “Sistemas de pago electrónicos”, 2002 [acceso 20 de marzo de 2014]. [Http://upcommons.upc.edu/revistes/bitstream/2099/9763/1/Article008.pdf](http://upcommons.upc.edu/revistes/bitstream/2099/9763/1/Article008.pdf)
- Perdomo Castaño, Carlos Alberto. *Derechos fundamentales a medias e integralidad de derechos*. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2011.
- Piedecasas, Miguel y Jorge Mosset Iturraspe. “Apariencia, seguridad e información”. En *Responsabilidad precontractual*. Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni, 2006. 49-77.
- Pintore, Anna. “Los derechos insaciables”. En *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.
- Posner, Richard. “Análisis económico del derecho en el Common Law, en el sistema romano germánico y en las naciones en desarrollo”. *Revista Derecho y Economía*. 2 (2005): 7-10.
- Presidencia de la República de Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. “Decreto 2364 (22 de noviembre de 2012). Por el cual se reglamenta la ley 527 de 1999 sobre la firma electrónica y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.622, 2012.
- Presidencia de la República de Colombia. *Decreto 410 de 1971*. Por el cual se expide el Código de Comercio. Bogotá: *Diario Oficial* No. 33.339, 27 de marzo de 1971.
- Prieto Sanchís, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990.
- Prieto Sanchís, Luis. *Ley, principio, derechos*. Instituto de derechos Humanos “Bartolome de las Casas”. Madrid: Dykinson, 1998. 75.
- Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo, Tomás de, y José Vida Fernández. *Aspectos jurídicos de las telecomunicaciones*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009.
- Quintanilla Navarro, Ignacio. “El cambio tecnológico: cuatro apuntes desde la filosofía”. *Revista Empresa y Humanismo*. 9 (2011): 141-166.
- Rego, María Dolores. “Registro, comunicaciones y notificaciones electrónicas”. En Gamero Casado, E. y Valero Torrijos, J. coords. *La ley de administración electrónica*. España: Aranzadi, 2009. 369-408.
- Remolina Angarita, Nelson. “Conceptos Fundamentales de la Ley 527 de 1999”. En *El peritaje informático y la evidencia digital en Colombia. Concepto, retos y propuestas*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2011.
- Remolina Angarita, Nelson. “Desmaterialización, documento electrónico y centrales de registro”. En *Internet, Comercio Electrónico y Telecomunicaciones*. Bogotá: Universidad de los Andes, Legis, 2002.

- Remolina Angarita, Nelson. *Tratamiento de datos personales, aproximación internacional y comentarios a la ley 1581 de 2012*. Bogotá: Legis, 2013.
- Ribagorda Garnacho, Arturo. “La protección de datos en España. De la LORTAD a la propuesta de Reglamento europeo” (31 de octubre de 2012) No. 59 [acceso 5 de enero de 2014]. Disponible en internet: [www.datospersonales.org](http://www.datospersonales.org).
- Riefa, Christine y Julia Horne. “The changing face of electronic consumer contracts”. *Lex Electrónica*. 14 (2009): 94-96.
- Rincón, Erick e Isaac Devis. *Derecho de los usuarios de las telecomunicaciones*. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2008.
- Rodríguez, Libardo. *Derecho Administrativo. General y colombiano*. 17 ed. Bogotá: Temis, 2011.
- Rorty, Richard. “Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad”. En Shute, S.; Hurley, S. eds. *De los derechos humanos*. Madrid: Trota, 1998. 117-138
- Rorty, Richard. *El pragmatismo, una versión*. Madrid: Ariel, 2000.
- Roselló Mallol, Víctor. “Artículos doctrinales: Marketing y protección de datos (VII): El procedimiento sancionador de la AEPD”. En Noticias Jurídicas. 20 de febrero de 2010, [acceso 20 de octubre de 2012]. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4520-marketing-y-proteccion-de-datos-vii-el-procedimiento-sancionador-de-la-aepd/>
- Rueda Plazas, Andrea y Jeimy Cano. “Valoración de la evidencia digital”. En *El peritaje informático y la evidencia digital en Colombia. Concepto, retos y propuestas*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2011.
- Sánchez, Manuel. “Acceso a la información pública, transparencia e internet”. En Corredoira Y. Alfonso, L. y Cotino Hueso, L. dirs. *Libertad de expresión e información en internet*. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2013. 285-323.
- Schmitt, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 1982.
- Schneider, Hans Peter. “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional democrático”. *Revista de Estudios Políticos*. 7 (1979): 7-36.
- Senado de la República de Colombia. Proyecto de Ley 156 de 2011 Senado, 228 de 2012 de la Cámara por medio del cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones. Bogotá, 2012.
- Shue, Henry. *Basic rights, subsistence, affluence, and U.S. Foreign Policy*. Princeton: Princeton University Press, 1980.
- Sierra Caballero, Francisco. “Ciudadanía digital y sociedad de la información en la Unión Europea. Un análisis crítico”. *Andamios*. 9 (2012): 259-282
- Smink, Veronica. “Los pequeños milagros económicos de América Latina, 10 de febrero de 2014” [acceso 16 de marzo de 2014]. [http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2014/02/140204\\_crecimiento\\_paraguay\\_bolivia\\_vs.shtml](http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2014/02/140204_crecimiento_paraguay_bolivia_vs.shtml)

## •Bibliografía•

- Souvirón Morenilla, José María. “La regulación de las telecomunicaciones y la administración”. *Revista de estudios de la administración local y autonómica*. 303 (2007): 9-64.
- Souvirón Morenilla, José María. “Organización y papel de la Administración pública en la nueva ley general de Telecomunicaciones”. *Revista de derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red (REDETI)*. 7 (2004): 75-108.
- Susin Betran, Raúl. *La regulación de la pobreza: El tratamiento jurídico-político de la pobreza, los ingresos mínimos de inserción*. Logroño: Universidad de la Rioja, 2000.
- Torres Ávila, Jheison. *El mandato del estado social de derecho en la constitución colombiana: Los derechos sociales y el mínimo vital*. Bogotá: USTA, 2013.
- Tribunal Constitucional. Sentencia 292 de 2000, de 30 de noviembre de 2000. Recurso de inconstitucionalidad respecto de los arts. 21.1 y 24.1 y 2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. España.
- Truyol y Serra, Antonio. “Historia de la filosofía del derecho y del Estado”. En *Del Renacimiento a Kant*. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1995. Tomo II.
- Tushnet, Mark. “An essay on rights”. En *Texas Law Review*. 62 (1984): 1364-1403
- Upegüi Mejía, Juan Carlos. *Habeas data, fundamentos, naturaleza, régimen*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.
- Ureña, Alberto, *et al.* “Estudio sobre Comercio Electrónico B2C 2012” [acceso 16 de marzo de 2014]. Madrid: Gobierno de España, Red.es, ONTI, 2013. Disponible en internet: [http://www.ontsi.red.es/ontsi/sites/default/files/informe\\_ecomm\\_2013.pdf](http://www.ontsi.red.es/ontsi/sites/default/files/informe_ecomm_2013.pdf).
- Valero Torrijos, Julián. *Régimen Jurídico de la e-administración*. Granada: Ed. Comares, 2004.
- Vilasau Solana, Mónica y María Ángeles Vila Muntal. “Intimidación y datos personales en internet”. En Peguera Poch, Miguel (Coordinador). *Derecho y nuevas tecnologías*. Barcelona: Editorial UOC, 2005. 152-215.
- Villalba, Juan Carlos. “La noción del consumidor en el derecho comparado y el derecho colombiano”. *Revista Universitas*. 119 (2009): 305-340.
- Waldron, Jeremy. “Rights and needs: The myth of disjunction”. En *Legal rights, historical and philosophical perspectives*. Ann Arbor: Universidad de Michigan, 1996. 87-115
- Zubieta Uribe, Hernán. “Los mensajes de datos y las entidades de certificación”. En *Internet, comercio electrónico y telecomunicaciones*. Bogotá: Universidad de los Andes, Legis, 2002. 50-79.



**UNIVERSIDAD CATÓLICA**  
de Colombia

Editado por la Universidad Católica de Colombia en julio de 2015, en papel propalibros de 75 g., en tipografía Times New Roman, tamaño 11 pts., en los talleres de impresión de Digiprint editores e. u.

Sapientia aedificavit sibi domum

Bogotá, D. C., Colombia

EL DERECHO Y LAS  
TECNOLOGÍAS DE LA  
INFORMACIÓN Y LA  
COMUNICACIÓN (TIC)

## 3

La normativa sobre las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) ha tenido un acelerado crecimiento en los últimos 15 años en Colombia y este ha permitido consolidar el derecho TIC como una fuente jurídica de relevancia. En efecto, leyes como la 527 de 1999 sobre comercio electrónico, la 1437 de 2011 que expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que incluye medios electrónicos de comunicación entre la administración y los ciudadanos o la 1581 de 2012 sobre la protección de datos personales, presentan un panorama en plena evolución que amerita ser analizado en detalle.

La presente obra ofrece los resultados de la investigación de algunas de las principales problemáticas que se están desarrollando en el Derecho TIC en la actualidad, como son, los paradigmas del comercio electrónico en torno al derecho del consumo, el régimen de responsabilidad de la administración pública colombiana por la publicación de contenidos, el marco teórico asociado a la responsabilidad de los proveedores de servicios de telecomunicaciones (PST), la incidencia del modelo español en el registro nacional de bases de datos colombiano o la fundamentación de los derechos, en el caso concreto de la inclusión digital; dichos estudios buscan aportar un análisis profundo de cada temática que permita entender y plantear caminos a seguir frente a los retos que se presentan en el área.

