

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

3

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 reutilización¹⁴⁵ 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”¹⁴⁶.

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 expresión¹⁴⁷.

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 jurídico¹⁴⁸.

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.