

# La responsabilidad del Estado por la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)

Jairo Becerra • Lorenzo Cotino Hueso • Claudia Bibiana García Vargas  
Marco Emilio Sánchez Acevedo • Jheison Torres Ávila

# PÚBLICO 6



Jairo Becerra • Lorenzo Cotino Hueso • Claudia Bibiana García Vargas  
Marco Emilio Sánchez Acevedo • Jheison Torres Ávila

# La responsabilidad del Estado por la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)

B

## PÚBLICO 6

Tecnologías de la información  
y la comunicación (TIC)



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
de Colombia

La responsabilidad del Estado por la utilización de tecnologías de la información y la Comunicación / Jairo Becerra... [et al].—Bogotá : Universidad Católica de Colombia, 2015  
216 p.; 17 x 24 cm— (Colección Jus público)  
ISBN : 978-958-8465-67-8 (impreso)  
ISBN : 978-958-8465-68-5 (digital)

1. Informática jurídica 2. Protección de datos-aspectos jurídicos 3. Información pública  
confidencial-aspectos jurídicos  
I. Título II. Becerra, Jairo III. Sánchez Acevedo, Marco Emilio IV. Torres Ávila, Jheison V. García  
Vargas, Claudia Bibiana VI. Cotino Hueso, Lorenzo

Dewey 340.0285

### **Proceso de arbitraje**

1er concepto

Evaluación: 4 de mayo de 2015

2do concepto

Evaluación: 5 de mayo de 2015

© Universidad Católica de Colombia

© Jairo Becerra

Lorenzo Cotino Hueso

Claudia Bibiana García Vargas

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*

María del Pilar Hernández Moreno

*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

## AGRADECIMIENTOS

Queremos extender nuestro agradecimiento en general a la Universidad Católica de Colombia, quien patrocinó y dio su decidido apoyo para la elaboración de este esfuerzo investigativo. En especial al Rector, Dr. Francisco Gómez, Dr. Álvaro Echeverri Uruburu, director del CISJUC, al Decano de la Facultad de Derecho, Dr. Germán Silva y al director del área de Posgrados el Dr. Gilberto Ramírez. También a nuestra amiga y colaboradora Sara Martínez.

## CONTENIDO

<b>Prólogo</b> .....	9
<b>Introducción</b> .....	11
<b>Capítulo 1. Responsabilidad del Estado, derechos y TIC</b> .....	13
Introducción.....	13
¿Qué es un derecho y para qué sirve?.....	14
Los derechos ante las TIC: viejos derechos y nuevas tecnologías .....	17
La reinterpretación y creación de algunos derechos a la luz de las TIC.....	21
La exigibilidad y las TIC .....	24
La responsabilidad por la violación de derechos y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación .....	24
El marco general de la responsabilidad del Estado en clave del derecho internacional de los derechos humanos .....	26
El sistema de obligaciones y responsabilidades, los derechos y las TIC.....	32
Responsabilidad del Estado colombiano en materia de las TIC de cara a la ciudadanía .....	34
Las obligaciones de los Estados, los derechos y las TIC .....	42
<b>Capítulo 2. Las obligaciones del Estado: el nuevo derecho fundamental de acceso a Internet y las garantías a partir de la redefinición de las clásicas libertades informativas</b> .....	51
Conceptos, vinculación de los derechos humanos con Internet y el grado de acceso .....	51
Algunas definiciones.....	51

Las dos facetas en el nexa Internet y derechos humanos .....	54
La magnitud del acceso a Internet .....	55
La conformación jurídica del acceso a Internet y su dimensión prestacional como nuevo derecho fundamental .....	58
El acceso a Internet como dimensión positiva de otros derechos fundamentales y su potencial efecto jurídico negativo.....	58
Un derecho prestacional en estado “larvario” en su reconocimiento internacional .....	61
El evolutivo reconocimiento comparado del derecho de acceso a Internet hasta llegar a ser algo “esencial” para la vida .....	66
El reconocimiento autonómico y estatutario del acceso a Internet en España.....	69
El acceso a Internet en el ámbito laboral y su posible control total del empresario .....	74
La “vieja” libertad de expresión e información y sus garantías ante el cierre de webs, el corte de acceso o ante el filtrado de contenidos en Internet .....	76
La forja de las garantías judiciales ante el corte o restricción de Internet y los mandatos dirigidos a los prestadores de servicios de Internet .....	77
La conformación de las garantías de Internet en Europa.....	77
La conformación de las garantías ante el cierre de Internet en España.....	81
El derecho de acceso y la garantía de la neutralidad de la red .....	84
Una propuesta: la especial protección constitucional a los prestadores de servicios que permiten la comunicación pública electrónica esencial para la democracia moderna .....	89
La no discriminación en la implantación de la administración electrónica y las obligaciones de relacionarse exclusivamente por medios electrónicos .....	91

<b>Capítulo 3.</b> La responsabilidad patrimonial de la administración pública por la publicación de contenidos en Internet .....	95
Introducción al problema y su importancia .....	97
La responsabilidad patrimonial del Estado .....	99
Utilización de medios electrónicos en las administraciones públicas.....	103
La publicación de contenidos en Internet por las administraciones .....	123
La transparencia y la información pública en medios electrónicos. El derecho de acceso a la información pública, fundamento en el ordenamiento jurídico colombiano .....	123
Información que debe publicar la administración .....	125
De la información que se debe publicar en la sede electrónica y de la que cuenta con reserva constitucional y legal .....	129

Información respecto de los servicios y procedimientos que deben estar en la sede electrónica de las administraciones .....	130
Información que goza de protección constitucional y legal y que no debe publicarse .....	132
Información exceptuada por daño de derechos a personas naturales .....	132
Información exceptuada por daño a los intereses públicos .....	140
El servicio de información en páginas electrónicas de las administraciones.	
Imposibilidad de cláusulas de exención de responsabilidad .....	144
<b>Capítulo 4. El derecho a la protección de datos personales y la responsabilidad de la administración pública en el tratamiento de datos personales .....</b>	<b>149</b>
La administración pública como responsable del tratamiento de datos personales.....	151
Consideraciones básicas .....	152
Obligaciones de la administración pública como “responsable de la información” en el tratamiento de datos personales .....	160
La administración pública como autoridad de control .....	171
Conclusiones .....	174
<b>Capítulo 5. Marco general de la responsabilidad del Estado colombiano por las actuaciones de los proveedores de servicios de telecomunicaciones - PST .....</b>	<b>177</b>
El concepto de TIC y su rol en la relación entre los proveedores de servicios de telecomunicaciones y la administración pública .....	180
La administración como proveedor del servicio de telecomunicaciones y la delegación del servicio en los particulares .....	182
El cuerpo normativo .....	182
Los sujetos que intervienen .....	184
De la responsabilidad .....	187
La responsabilidad de los PST .....	189
La responsabilidad del Estado .....	193
Conclusiones .....	195
Conclusiones .....	197
Bibliografía .....	201

## PRÓLOGO

Hace ya seiscientos años, la imprenta revolucionó la difusión de la información y el acceso al conocimiento y desplazó a contracorriente el lento y romántico trabajo de los escribas. En un relámpago histórico, despojó a las élites del privilegio de la información; gracias a ella, “la democracia se convierte en una realidad práctica”, dijo el escritor inglés H.G. Wells en 1940 en un programa de radio de la *BBC*, ya que la imprenta “despertó intelectualmente a la comunidad”. Todo nuevo medio de comunicación causó turbulencia en su tiempo; el espectro radioelétrico dio cabida a la radio, un medio auditivo poderoso e inmediato que cambió la diseminación y el consumo de la información y que también se vio amenazado por la emergencia de la televisión en los años cincuenta.

Hasta el sol de 1969, cada medio de comunicación masivo se presentó en formas análogas y singulares: la imprenta con el texto, la radio con la voz y la música, el cine y la televisión con la magia audiovisual... pero fue en ese año extraordinario que Arpanet abrió la puerta a lo que hoy se conoce como la Internet y la red mundial, un espacio que acapararía no solo el poder de las pasadas formas de comunicación sino que también redefiniría la transferencia de información haciendo uso de un espacio que no respeta geografía, tiempo y construcciones sociales. La Internet es una fuerza equalizadora que permitió la creación de comunicaciones bidireccionales entre usuarios, entre productos y consumidores y entre el Estado y la ciudadanía. Hoy la gran mayoría de la información en Internet es generada, consumida, almacenada, organizada y compartida por máquinas, no



por seres humanos. Máquinas que captan el flujo explícito e implícito de nuestra humanidad en movimiento; máquinas dominadas por un algoritmo que le pertenece a la corporación y al Estado, y que, en su expresión máxima, busca servir al bien común de nuestra sociedad.

Este “bien común” es lo que se explora en este libro extraordinario creado por el grupo de investigación en Derecho Público y Tecnologías de la Información (TIC) del Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la Universidad Católica de Colombia. Estas páginas son el resultado de dos años de ardua investigación (2013-2014) que expone problemas y retos que actualmente enfrenta el Gobierno colombiano, un Estado que incursiona en el mundo digital con una mentalidad análoga.

Los hallazgos de la investigación presentan evidencia de un Estado que puede estar fallando en su intento por proveer servicios por Internet a la sociedad colombiana. Estos servicios disfuncionales en línea que presta el Estado, podrían terminar vulnerando los derechos de los ciudadanos y perpetuando una desigualdad socioeconómica de amplia y compleja naturaleza. Así mismo, el grupo de investigación revela una problemática legal que puede conllevar a pérdidas considerables de dinero causadas por indemnizaciones, recursos que, después de todo, provienen de los impuestos pagados por la misma sociedad a la que se le violan sus derechos por medio de la Internet.

Las nuevas tecnologías de la información y la comunicación estimulan constantemente las preguntas esenciales y necesarias que forjan mejores naciones; la masificación de las tecnologías de comunicación enciende debates que buscan definir las funciones del Estado, los derechos humanos, la democracia, la libertad de expresión, la responsabilidad social de las telecomunicaciones y el derecho que gobierna los medios de comunicación. Este libro es una punta de lanza, un ejercicio necesario para el avance de un país; el esfuerzo hecho por la Universidad Católica de Colombia debe ser recibido no como una queja sino como el síntoma de una enfermedad a la que se le conoce una cura.

Julián Rodríguez  
Lecturer  
Department of Communication  
The University of Texas at Arlington, USA  
24 de junio del 2015

## INTRODUCCIÓN

El marco de la responsabilidad estatal ha evolucionado con el tiempo desde la teoría de la responsabilidad indirecta, pasando por la responsabilidad directa, la teoría por la culpa, falta o falla en el servicio, hasta llegar a la culpa por el daño antijurídico, que le ha permitido a la sociedad ir adecuando la responsabilidad de las actuaciones del Estado a las nuevas realidades y circunstancias, sin dejar de lado los planteamientos clásicos, que lo dotan de un marco jurídico sólido. En estos nuevos tiempos el alcance de esta obligación debe extenderse por lógica a los medios electrónicos en los que el Estado ha comenzado a actuar y a relacionarse con los ciudadanos, bajo el mandato de ley, que así lo ordena.

El objeto central de esta publicación es crear un marco de comprensión del fenómeno de la responsabilidad estatal, por la violación de derechos relacionados con la aplicación de las Tecnologías de la información y la Comunicación (TIC). Se trata entonces de un esfuerzo analítico y dogmático por comprender desde el mundo de lo jurídico cómo la creación y utilización de innovaciones tecnológicas en el marco de la información y la comunicación crea, afecta y modifica los derroteros tradicionales de los derechos.

La presente investigación no pretende abarcar todos los derechos y escenarios de transformación relacionados con las TIC, pero ha elegido los que considera representativos y que sirven para la construcción de una metodología general de análisis. De esta manera la obra se desarrolla así: en una primera parte se definirán los contenidos mínimos sobre el concepto y su relación directa con la

construcción de responsabilidad por violación de los derechos. En este apartado se propone un esquema de análisis de la responsabilidad general. En el segundo capítulo, se presentará un ejercicio que examina el derecho al acceso a Internet como una de las propuestas más innovadoras respecto a la materia. En el tercer apartado, se sugiere un análisis al derecho a la protección de datos y la responsabilidad del Estado, asunto de enorme relevancia y dinámica en la actualidad. En el cuarto capítulo se hace un ejercicio de investigación de la responsabilidad de la administración pública por la publicación de contenidos en Internet y, en el quinto y último apartado, se elaborará el marco general de la responsabilidad entre el Estado y los proveedores de servicios de telecomunicaciones.

Como se observa, se busca plantear una serie de problemas, todos ligados a la responsabilidad del Estado, y expresar diversos niveles de esta responsabilidad, difusa cuando el modelo de aplicación se refiere a asuntos típicos de marcos regulatorios generales como los últimos, y concreta, cuando tiene que ver directamente con derechos fundamentales.

## Introducción

Uno de los temas clásicos de la literatura jurídica es la responsabilidad que implica el reconocimiento de derechos como vehículos que permiten, justamente, la construcción de relaciones recíprocas en el mundo jurídico. “Un sujeto tiene un derecho a X cuando tiene interés en X o en la libertad respecto a X y hay razones para sostener que este u otras personas están sujetos a un deber de satisfacer ese interés y que el cumplimiento de dicho deber es exigible”.<sup>1</sup> Esta aproximación al concepto de los derechos implica, como se observa, la necesidad de establecer esta responsabilidad, que hace que los derechos expresen obligaciones específicas y se conviertan en sistemas de inmunidades en la sociedad.

De esta forma es fundamental la comprensión de esta responsabilidad, que supone el reconocimiento o existencia de una obligación derivada del derecho y, desde luego, la configuración de sujetos compelidos a realizar acciones u omisiones que conducen a la eficacia del derecho. Pero aunque este tema es central en el debate contemporáneo de los derechos, el eje fundamental de este acápite es realizar un acercamiento a la teoría de la responsabilidad con respecto a los fenómenos que las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) implican en la perspectiva de configuración y comprensión de las obligaciones recíprocas

.....  
<sup>1</sup> Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz, *La razón de los derechos: perspectivas actuales sobre la fundamentación de los derechos humanos* (Madrid: Tecnos, 1995), 57.

de nuevos derechos o derechos reinterpretados en un contexto tecnológico que fuerza a su comprensión y su alcance.

Así las cosas, primero se presentará el marco de comprensión del significado de un derecho con el objeto de definir el marco general en el que se aplicará una teoría de la responsabilidad de los derechos. En segundo lugar, se hará un acercamiento no exhaustivo a algunos de los derechos que cambian o que se crean con la aplicación cotidiana de las TIC.

En una segunda parte, se recreará el esquema general de responsabilidad por violación de los derechos, en especial, desde la perspectiva del derecho internacional público y el derecho constitucional. Desde allí se definirán algunas rutas de responsabilidad que se han seguido con ocasión de la aplicación tecnológica en los últimos años y se concluirá con la aplicación de un marco de responsabilidad para el ejercicio de los derechos en el ambiente tecnológico y en especial el derecho al acceso a Internet.

### *¿Qué es un derecho y para qué sirve?*

Para construir los derroteros de la comprensión de los derechos en los sistemas constitucionales contemporáneos se seguirán las ideas de Henry Shue,<sup>2</sup> que 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 ante las amenazas comunes de otros poderes u otros parecidos a nosotros.

La concepción de Shue sigue una idea que es fundamental para establecer una línea de argumentación sobre derechos. A la pregunta qué es un derecho la respuesta es: una “demanda sobre algo, dirigida a alguien”. Este es el concepto

.....  
2 Henry Shue, *Basic Rights, Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy* (Princeton: Princeton University Press, 1980).

que Feinberg expresa en su obra clásica *Social Philosophy*<sup>3</sup> y con la que Shue<sup>4</sup> inicia su construcción argumentativa. Una vez se comprende que un derecho no es una mera petición o reclamo sino una demanda, se advierte que no es cualquier tipo de demanda sino que está dotada de cierta fuerza que, a su vez, está dada por el reconocimiento que las instituciones hacen de esas demandas y por la insistencia e importancia que los peticionarios le dan.<sup>5</sup> La fuerza que poseen las demandas llamadas derechos es la razonabilidad que se encuentra en ellos, que constituye parte de la respuesta a por qué se han constitucionalizado y convertido en el centro de la interpretación de las estructuras político-jurídicas. Una vez que los derechos se convierten en razones fundamentales de nuestro sistema político y social, las demandas que han transitado por el sistema reposan sustancialmente como derechos y las han dotado de una posición privilegiada en relación con otras peticiones que, por supuesto, en el futuro pueden convertirse en derechos una vez se pueda hacer. Más adelante, cuando se aborde el caso específico de derechos como el acceso a Internet, se podrá evidenciar que se establecen las líneas de su existencia desde dos perspectivas: como vehículos de una sociedad que sufre profundas transformaciones en sus procesos de comunicación, producción de conocimiento e interacción con sus instituciones,<sup>6</sup> tales como el Estado; y como fruto de reivindicaciones de sectores sociales que se sienten excluidos de estos procesos y observan cómo se afectan sus intereses, tanto individuales 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 permite asir la visión histórica que informa esas demandas. Esta expresión de demandas por medio 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,

3 Joel Feinberg, *Social Philosophy* (New Jersey: Prentice Hall, 1973).

4 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 t un obligado. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: CEC, 1995).

5 Sin duda la 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. *El Concepto de derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995).

6 Manuel Castells, *La era de la información: economía, sociedad y cultura*, Vol.1 (México: Siglo XXI, 2011). La obra completa presenta diversos análisis que apuntan a las transformaciones a las que se hace referencia.

político y social, favorece el predominio de unas reivindicaciones sobre otras. Esta construcción de la jerarquía de los derechos no es por ello ni mucho menos cerrada, como lo sostendría Dworkin,<sup>7</sup> sino por el contrario abierta precisamente a los debates que puedan darse en lo político y en lo jurídico.

Ahora bien, los derechos cumplen no solo una función 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, ya sean obligados o titulares. En el caso de los derechos derivados de la aplicación de las TIC como la inclusión digital o el acceso a Internet, no se trata solamente de la disponibilidad de equipos de tecnología, como tampoco de una conexión a la red, sino de contar con la capacitación necesaria para mejorar un entorno vital.<sup>8</sup> La inclusión digital no consiste en una nueva forma de expresión de la inclusión sino que es la misma exclusión de siempre, que ahora se expresa con la disponibilidad tecnológica. Este fenómeno es notorio de forma sostenida con el desarrollo del capitalismo industrial.<sup>9</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 reflejarse en derechos positivos; sino que son sustanciales desde el primer momento, ya que expresan un contenido, son “derechos a”. Un derecho no es el derecho a disfrutar de otro: es un derecho a obtener una acción o cosa determinada por la demanda inicial,<sup>10</sup> es decir, un conjunto de obligaciones entre quienes han acordado expresa o tácitamente su protección.

Esta sustancialidad involucra varios aspectos transaccionales para la práctica y la teoría jurídica. Por un lado, se inserta jurídicamente en el sistema proporcionando razones “válidas” que conducen a que los individuos y las instituciones

7 Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Madrid 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, solo debe consultar tal sistema, que se observa en la práctica de la moralidad política y en el principio del “derecho a igual consideración y respeto”.

8 Nicolás Cabezedo Rodríguez (ed.), *Inclusión Digital: perspectivas y experiencias* (Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 2011).

9 Raúl Susin Beltrán, *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.

10 “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”. Henry Shue, *Basic Rights, Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, 2a. ed. (Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1996).

actúen conforme a las reglas de canalización de demandas por medio de los derechos. En general esas reglas son las del libre juego democrático, que no es especialmente 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 por medio de los derechos no se limita a los derechos de libertad y a los políticos, sino a todas aquellas demandas (*claims*) que alcancen la relevancia de derechos en una sociedad determinada, como ocurre con los elementos en discusión de los derechos a la aplicación y goce en general de las TIC.

Otro aspecto que favorece 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 se convierte en un camino intermedio. Ver en los derechos una prestación efectiva, es darle al campo político un límite de posibilidades materiales con los derechos y alejarlo, aunque desafortunadamente sin eliminar, el amplio sesgo interpretativo que estos logran en ocasiones, porque se transforman en herramientas peligrosas de transacción política. La constitucionalización intenta generar un ámbito de aplicación diferenciado y protegido de los derechos, pero estos no se han desvinculado totalmente del regateo político. Es más, debe distinguirse 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 este regateo. Parte de esta visión de negociación de los derechos sociales es terminar diferenciándolos como si estos enmarcaran un grado mayor de sustancialidad que los de libertad. Tanto los derechos de libertad como los sociales, son derechos, y en ese sentido ambos involucran el derecho a algo.<sup>11</sup> En el caso de los derechos a la inclusión digital y al acceso en general a TIC, el derecho comporta dimensiones tanto de los de libertad como de los sociales; por ello, no puede clasificarse con precisión como uno u otro, sino más bien como uno y otro.

### *Los derechos ante las TIC: viejos derechos y nuevas tecnologías*

Un elemento importante para realizar el análisis de los derechos se encuentra en poder entender su dinámica cambiante y transformadora a la luz del modelo de

.....  
<sup>11</sup> A esto se refiere Prieto Sanchís cuando afirma que hay un déficit de fundamentación racional que impide ver los derechos sociales como obligaciones asumibles por la comunidad. Luis Prieto Sanchís, *Estudios sobre derechos fundamentales* (Madrid: Debate, 1990).



Estado en el que se justifica su existencia. De esta forma desde la perspectiva del modelo liberal clásico los derechos son inalienables, imprescriptibles y universales, dotados de una clara fundamentación iusnaturalista que los comprende en un esquema cerrado en el que se les considera verdades eternas e inmutables. Los derechos estarían definidos por su sentido esencial y de ello se deduce que no pueden modificarse, mutarse o innovarse; en este contexto los derechos se descubren, no se crean.

Esta visión no es exclusiva de los derechos, sino más bien corresponde a una estructura político-económica del liberalismo, que crea su paradigma desde la posibilidad que tienen los individuos de satisfacer sus necesidades mediante el libre albedrío. De ahí que la idea genérica de libertad y de igualdad, al menos formal, sea la manera de concretar estas libertades. Por otra parte, el modelo económico hace palmaria la necesidad de establecer los derechos para que el mercado pueda operar, como el centro de intercambios en el que se realizan las utopías utilitaristas y en el que los hombres pueden mejorar sus condiciones de vida. En el liberalismo político, los derechos se establecen como la base del contrato social, que al mismo tiempo erige las instituciones del Estado. En definitiva es un modelo abstracto tanto en las interacciones de los sujetos como en las formas de aplicación de los contenidos de los derechos.

Desde esta perspectiva clásica liberal, entender y comprender las dinámicas contemporáneas de los derechos es al menos una tarea bastante difícil, dado que este esquema no permite la innovación y la transformación tan fácilmente. Pero a la vez, es necesario comprender que muchos derechos y parte de la doctrina siguen realizando este tipo de análisis. En realidad, para una mejor comprensión de las dimensiones de transformación en la teoría de los derechos y con miras a trabajar en la perspectiva de cambios a la luz de la inclusión de tecnologías de la comunicación y la información es más adecuado pensar en un marco menos rígido y que permita un campo explicativo de los cambios de los derechos tradicionalmente liberales pero en clave de realidad tecnológica.

El Estado constitucional comprende los derechos como la razón de Estado. Pero estos derechos, a diferencia del modelo liberal, se erigen desde su explicación como elementos que son obligaciones válidamente justificadas que permiten la construcción de la legitimidad del Estado y la garantía concreta de la dignidad humana. Así las cosas, los derechos no solo pueden rebasar la individualidad

desde la perspectiva de su titularidad al aceptar la colectividad como un sujeto plausible de protección, sino que además cuentan con núcleos de protección desde la figura externa de su justificación, dado que se definen no como elementos duros, irreformables, sino que los jueces constitucionales o el constituyente los adecuan a las necesidades sociales de protección y garantía de la constitución material o, lo que es lo mismo, a los principios y valores fundantes, o fórmula política, de manera que estos derechos se interpretan como ejes de la democracia y el pluralismo. Estos elementos generan la denominada comprensión *pro homine*, que no es otra cosa que la centralidad de los derechos en los debates jurídicos contemporáneos.

Esta aproximación se origina en la visión del modelo del Estado social de derecho, que pretende morigerar o corregir los conflictos sociales, a partir de una epistemología de la comprensión del conflicto social y su realidad. El análisis de los contextos genera desde este modelo, la necesidad de recrear o reinventar principios que desarrollaría el modelo liberal pero con base en la perspectiva iusnatural racionalista. La evolución del modelo social y, sobre todo, el desarrollo del constitucionalismo de la posguerra han ido modificando este modelo social, poniendo el acento en los derechos comprendidos como ejes de la legitimidad de un Estado –principio del doble carácter de los derechos–, y haciendo esfuerzos para lograr su materialidad. Por tanto, están creando mecanismos de exigibilidad que permitan que la protección sea material y no formal. En los debates más recientes, se habla incluso de integralidad, que expresa la interdependencia de todos los derechos y la necesidad de su existencia para que realmente se pueda completar la tarea de la dignidad humana.

La teoría de los derechos contemporánea cuenta con una clara influencia analítica, lo que implica que los esfuerzos para el análisis de derechos se encuentran en la comprensión de sus usos y sus contextos de aplicación y no en el descubrimiento de su esencia. De ahí que una justificación desde el punto de vista de las necesidades pueda aclarar mejor esta dinámica. A continuación se explicará brevemente en qué consiste la fundamentación de los derechos.

Una demanda es expresión de una necesidad. Una necesidad no es aquello que es indispensable para vivir. Es aquello que se quiere hacer o tener por muchas

razones, unas más necesarias que otras. La idea de libertad burguesa<sup>12</sup> es fundamental, porque está estructurada desde las necesidades del capitalismo. Esta manera de concebir la libertad de estar en el mercado es una necesidad que ocasiona una demanda tangible que por medio de revoluciones, pactos u otros medios, que en últimas fueron legales, se convirtieron en cosas que se denominan derechos.<sup>13</sup> Eso que no se negocia más.

De esta forma los derechos son necesidades fundamentables. Esta fundamentación es fruto del reconocimiento social que debe cubrirse con esas necesidades y del grado de legalidad y legitimidad que revisten una vez admitidas en el sistema jurídico. Porque no todas las necesidades están fundamentadas, toda vez que no todas están reconocidas. Pero para el futuro toda necesidad puede estar fundamentada y por tanto convertirse en derecho. Así, las incidencias que pueden producir los cambios tecnológicos, pueden ser explicadas si se fundamentan para que el sistema jurídico les reconozca como verdaderos derechos.

En esta línea, las necesidades fundamentables no son otras que las que aceptan los escenarios políticos. Todo derecho no es más que la imagen de la discusión pública, y por ello la búsqueda de fundamentos ajenos a los lugares de debate público, no se compadece con la realidad de lo que hacen los derechos. Es la lucha política lo que hace a los derechos valiosos. El reconocimiento de un derecho no es sino una muestra de lo que puede hacer la voluntad de los grupos de presión.<sup>14</sup>

De esta manera, se encuentran coincidencias con la denominada teoría externa de los derechos o teoría de los derechos limitables, a la que se hizo referencia atrás.<sup>15</sup> Esta teoría señala que no existe un núcleo esencial determinado, pero sí determinable. Todo derecho es limitable con respecto a las consecuencias jurídicas que produce, verificando si el derecho *prima facie* ha sido limitado eficazmente en el caso concreto. Por su parte, la teoría de los derechos no limitables

.....  
12 En esta idea de libertad burguesa, se piensa que el mayor castigo para un hombre es privarle 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.

13 En efecto existen diversidad de ejemplos sobre esta materia: La Carta Magna, habeas corpus Act, Bill of Rigths, Declaración del Buen Pueblo de Virginia; la Declaración de derechos de hombre y del ciudadano, etc. Todas estas manifiestan, por medio de derechos, las luchas políticas que las produjeron.

14 Mark Tushnet, "An Essay on Rights", *Texas Law Review*, volume 62, number 8 (mayo 1984).

15 Martin Borowski, *La estructura de los derechos fundamentales* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003).

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: el político como prefiguración, como derecho *prima facie*, y luego es el juez, en el plano jurídico, el que realiza su concreción ante el 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.

Las innovaciones tecnológicas<sup>16</sup> que plantean las transformaciones de los comportamientos sociales por su uso, pueden ser más fácilmente explicadas desde este punto de vista, ya que se aceptan las reinterpretaciones de los derechos tradicionales y también la posible creación de nuevos derechos TIC.

### *La reinterpretación y creación de algunos derechos a la luz de las TIC*

En la literatura clásica del constitucionalismo se habla de la posibilidad de transformar normas mediante su mutación,<sup>17</sup> producto de nuevas interpretaciones de conceptos o ideas que han sufrido cambios debido especialmente a dos causas: la existencia de nuevos contextos de aplicación, resultado de necesidades sociales, económicas o políticas; o la creación de nuevas normas que modifican necesariamente su comprensión a la luz de un sistema jurídico que cumple los requisitos de coherencia y completitud.

La innovación tecnológica que implica el uso de tecnologías como la Web 2.0, las redes sociales, el Internet de las cosas o simplemente el uso de correo electrónico, chats y blogs implican el cambio de contexto del que ya se habló. Por tanto, la posibilidad de mutación de algunos principios y, sobre todo, de derechos de vieja data. En este entorno, desde luego, no solo se encuentran estas creaciones tecnológicas casi todas ligadas a Internet, sino también el cambio de los paradigmas sociales, económicos, jurídicos y políticos en los que transitan estas innovaciones. La globalización, el Estado posbienestar, el neoliberalismo, la perspectiva ambiental, la crisis de la democracia representativa y la insuficiencia de las estructuras mundiales para la comprensión y manejo de los conflictos y

16 Sobre este debate, José Ortega y Gasset, *Meditación de la técnica y otros ensayos sobre ciencia y tecnología* (Madrid: Alianza, 1982).

17 Karl Loewestein, *Teoría de la Constitución* (Barcelona: Ariel, 1982). El autor hace una detallada exposición del concepto de mutación constitucional.

amenazas globales son apenas algunos de los datos que se deben anotar dentro de los cambios de interpretación en los que se mueven los valores democráticos y el constitucionalismo de los derechos en general.

En este apartado, no se busca realizar un análisis exhaustivo de estos cambios de los derechos, pero sí describir algunos para comprender el fenómeno que está enfrentando la teoría tradicional de los derechos. Las transformaciones entre los derechos y las TIC se pueden caracterizar especialmente en tres ejes: la ampliación del núcleo de protección, la ampliación o creación de titulares de los derechos y el establecimiento de nuevos mecanismos de protección de los mismos.

#### La ampliación del núcleo de protección

Este es quizá el fenómeno más generalizado. Existen varios ejemplos: los derechos a la intimidad, al buen nombre, a la prensa, a la igualdad de trato, a la seguridad personal, a la libertad sexual; el derecho a la participación, a la recreación y a la propiedad, entre otros, presentan un aumento de sus potenciales marcos de exigencias u obligaciones. En efecto, se observa cómo el derecho a la intimidad que determina un ámbito de protección sobre aquello que no es de dominio público y que desarrolla una parte de la libertad de conciencia, se ve claramente afectado por el uso de las TIC. No se trata solamente del grado de amenaza, sino también de la comprensión de acciones de hacer y no hacer que implican sobre sujetos determinados mayores rangos de protección. Los operadores de bases de datos, los entes gubernamentales y las instituciones en general deben cubrir las exigencias de respeto de este fuero interno. Esto implica tanto, el deber de cuidado en el manejo de información como salud, opción sexual y opción política, entre otros, como la protección de estos datos ante las amenazas externas que pudiesen implicar un menoscabo.

Otro derecho que resulta paradigmático en relación con estas realidades tecnológicas es el derecho a la participación, ya que no solo se trata de considerar nuevos espacios para el ejercicio del derecho como los blogs o la interacción en los esquemas que plantea el *Open Government*, sino también de formas nuevas de proponer la participación y la reunión política, como el *Twitter* o el *Facebook*. En el mismo sentido se encuentra la lectura que se hace del control ciudadano y la veeduría ciudadana por medio de conceptos como *Open Data* y en general el

principio de publicidad de los datos. Aunque de forma clásica los datos que tienen que ver con los asuntos de la administración pública no deben tener restricciones, salvo el principio de reserva de ley, nunca antes se podía acceder a tal variedad, en tantas cantidades y en tiempo real, asunto que desde luego modifica los conceptos tradicionales de participación y de democracia y ciudadanía.

Igualmente, se observan fenómenos similares con el derecho al debido proceso legal, que necesita una relectura de sus garantías, en muchos casos fijadas desde la tradición escrita, como soporte de legalidad y seguridad. La adecuación de mecanismos tecnológicos que permitan las mismas protecciones de contradicción, derecho a la defensa y respeto de las formas del juicio, pero en ambientes virtuales, son tareas que ya han iniciado un interesante camino de innovación.

Además de estas ampliaciones, se pueden crear verdaderos derechos como el del acceso a Internet, que se revisará más adelante o el derecho a la inclusión digital con miras a la superación de la brecha digital.

#### Los nuevos titulares

Estas modificaciones en los núcleos de los derechos más que una redefinición de las fronteras de los derechos mismos y de sus obligaciones, también traen preguntas importantes sobre su titularidad. Por ejemplo: ¿usuario es igual a titular de un derecho?, entendiendo usuario en un rol contractual o en realidad más que un contrato de servicios, una relación amparada por la protección del Estado y que se enmarca en una teoría de los derechos. Por otra parte, está el Estado, como tradicional garante de los derechos. Pero ¿qué papel cumplen las transnacionales del Internet ante las posibles afectaciones de los derechos, dado que no está clara su competencia ni su rol de protección?<sup>18</sup> También se abre el abanico a responsabilidades con los particulares que puedan lesionar derechos como la integridad psicológica, la intimidad, el buen nombre, el derecho a la participación o incluso la igualdad, cuando se discrimina a alguien en los ambientes construidos por las TIC.

La titularidad de las personas jurídicas y su responsabilidad social corporativa en los ambientes virtuales, la creación de sujetos en el Internet mediante

.....  
18 Derecho al olvido.

experiencias exclusivas del mundo virtual e incluso la creación de recursos digitales o dinero en la red, también contribuyen a este debate.

### *La exigibilidad y las TIC*

En efecto, las TIC plantean retos y posibilidades de nuevos espacios de exigibilidad, así como herramientas para ello, tanto desde el punto de vista jurisdiccional como institucional. Por un lado, proponen mecanismos de justiciabilidad con el uso de TIC, que permiten un cambio en el concepto de derecho al acceso a la justicia, al plantear que pueden interponerse acciones judiciales sin necesidad de ir físicamente a los juzgados, lo que mejora las condiciones de acceso e incluso podría abaratar los costos del sistema de justicia. Acciones como la tutela, el derecho de petición y desde luego el *habeas data*, multiplican su potencial de protección ante el uso de las TIC. Ahora bien, estos mecanismos tradicionales de exigibilidad, también comportan dimensiones institucionales en las que los órganos de control y protección de los derechos como la Procuraduría y la Defensoría juegan un papel fundamental para la promoción y defensa de los derechos en los ambientes tecnológicos y deben plantear los retos y promover las soluciones a problemas como la seguridad ciudadana en Internet y la superación de la brecha digital, que amenazan desde ya estos derechos y mecanismos en la era digital. De igual forma, el fortalecimiento de una estructura institucional en los ámbitos penal y regulatorio, es decir, principalmente justicia penal, Fiscalía y jueces penales, así como superintendencias, también hacen parte de la construcción de estos puentes de exigibilidad ante los retos digitales. Por último, la creación de una política pública orientará de manera adecuada la asimilación de estos retos. La política pública *Gobierno en Línea* apunta a resolver algunos de estos problemas y pretende fortalecer los conceptos de accesibilidad y transparencia, que son rutas para la protección de derechos en la era TIC.

### **La responsabilidad por la violación de derechos y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación**

La estructura básica de un derecho habla de la existencia de una relación tripartita entre un obligado y un titular del derecho, unidos por un conjunto de deberes derivados de la protección del núcleo esencial del mismo. Desde cuando

se establecieron las bases de la teoría de los derechos se señalaron dos aspectos principales: quiénes están obligados a ellos y cuál es la fundamentación de estas obligaciones. Sobre el particular la teoría clásica del derecho subjetivo plantea justamente la idea de que un derecho tendría dos fases: uno objetivo, que establece las obligaciones y uno subjetivo que sirve como vehículo de reclamo y concretización de ese derecho. En la actualidad, como se vio cuando se hizo una aproximación a una definición del concepto de derecho, se pone el énfasis en las obligaciones, pues al fin y al cabo un derecho siempre es un “derecho a”, y no conduce a una especie de callejón sin salida de abstracciones, sino que tiene siempre la pretensión de validez y eficacia.

Los esfuerzos sobre una teoría de la responsabilidad, se deben comprender sobre algunos de los elementos que ya se han tratado: una teoría del Estado, una teoría de los derechos y los contextos social y político en los que se enmarcan estas teorías. De estos elementos ya tratados se puede concretizar: la teoría del Estado Constitucional, que entiende los derechos como elementos centrales de los discursos de legitimidad y pone el acento en la exigibilidad y eficacia del derecho; una teoría de los derechos que plantea una fundamentación flexible, fundada en las necesidades y no en la inmanencia del objeto de protección y un conjunto de cambios en la estructura social desde la perspectiva de la globalización en todos los ámbitos. Así las cosas, la estructura de la responsabilidad fundada, especialmente, o incluso únicamente en la responsabilidad patrimonial del Estado, resulta insuficiente para la comprensión del marco de obligaciones respecto a la protección y promoción de todos los derechos. Esto es así porque la teoría de la responsabilidad clásica o teoría de imputación, desconoce no solo la complejidad de varios derechos, sino que además no integra los desarrollos existentes sobre la titularidad diversa o colectiva de los derechos, como los diferentes niveles de protección existentes en la actualidad.

De hecho, la teoría de la responsabilidad clásica solo comprende a los derechos como elementos que requieren indemnizaciones. Ahora bien, es importante recordar que existen al menos dos ámbitos que enmarcan en nuestra opinión una mejor construcción sobre la responsabilidad y los derechos: la perspectiva del derecho internacional público y la teoría de la responsabilidad en el ámbito del derecho constitucional.



A continuación se esbozan los derroteros generales de la responsabilidad en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, ya que esta ha permeado y se ha desarrollado en el marco constitucional, generando una clara irradiación de principios hacia formas clásicas de responsabilidad estatal, generadas por la jurisprudencia administrativa. La hipótesis será que la responsabilidad de la administración pública respecto a la posible violación de los derechos derivados o modificados por el uso de tecnologías de la información y la comunicación, solo puede ser entendida como un fenómeno de los derechos constitucionales, de manera que la herramienta adecuada para su lectura y comprensión se encuentra en la teoría constitucional y en la doctrina aplicable de los derechos humanos en el ámbito internacional. Incluso, se propone que en los ámbitos tradicionales de la responsabilidad estatal eminentemente patrimonial, deben generarse puentes de comunicación que permitan la reinterpretación de los fenómenos de esta naturaleza en clave de responsabilidad por violación de derechos y no simples violaciones a la ley administrativa. En Colombia, en los últimos años la sección tercera del Consejo de Estado, especialmente, ha ido construyendo estos puentes que permiten un diálogo entre la doctrina tradicional de la responsabilidad, con los avances de la jurisdicción universal, y la americana.

*El marco general de la responsabilidad del Estado en clave del derecho internacional de los derechos humanos*

Desde la perspectiva internacional, el Estado es responsable ya que como sujeto tiene la competencia para elaborar y negociar las obligaciones inscritas en los tratados internacionales de derechos, por tanto se encuentra compelido a su observancia y cumplimiento. Por ello, el principio de *Pacta Sunt Servanda*, el principio de interpretación *Pro homine* o buena fe, y el principio de no reciprocidad son los pilares para la comprensión de dichas obligaciones.<sup>19</sup>

De esta manera los Estados serían los principales responsables por las violaciones de los derechos que se inscriben en los tratados de esta naturaleza. En este sentido el artículo 1 de la Convención Americana señala:

.....  
<sup>19</sup> Carlos Villán Durán, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos* (Madrid: Trotta, 2002), 94 y ss.

Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole; origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Igualmente el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos expresa en su artículo 2.1.:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole; origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En lo que respecta a los derechos establecidos en estas dos cartas, no cabe duda que los Estados deben realizar tareas específicas para la protección de los derechos. Los mecanismos para establecer esta responsabilidad así como para determinar los límites y comprensión de los derechos, estarían dados en los diversos espacios de protección. Aquí se tendrían tres posibilidades en el ámbito estricto del derecho internacional de los derechos humanos: los mecanismos no contenciosos, que estarían primordialmente establecidos alrededor de lo que se conoce como la doctrina internacional, especialmente desarrollada por los relatores del sistema universal alrededor de los convenios internacionales de derechos; los mecanismos cuasicontenciosos, que establecen estructuras y procedimientos similares a los tribunales internacionales, pero que no cuentan con herramientas jurisdiccionales para el fin último de sus tareas. Aquí se habla sobre todo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y por último, los mecanismos contenciosos que corresponden a los procedimientos de los tribunales internacionales, principalmente la Corte Interamericana y el Tribunal Internacional de Justicia, cuyo objeto central es determinar la responsabilidad de los Estados e imponerles sanciones por la violación de los pactos y convenios en la materia. Los dos primeros tienen funciones informativas e imponen sanciones de tipo moral o político, pero solo los últimos tienen en realidad la capacidad de sancionar y determinar responsabilidades. Al respecto la Corte Interamericana expresa:

El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales

de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención.<sup>20</sup>

Con lo anterior queda clara la responsabilidad de los Estados en relación con sus compromisos convencionales, pero ¿qué pasa con el nivel interno? Al respecto la Constitución establece en sus artículos primero y segundo la centralidad de los derechos como ejes constitucionales y ratifica este espíritu en los artículos 93 y 94 que señalan como parte integral de la Constitución estos tratados, haciéndolos parte del bloque de constitucionalidad, junto con las leyes estatutarias, las leyes orgánicas, la constitución material y el precedente constitucional. No obstante, ¿en qué consisten estas obligaciones? El Comité de Derechos Humanos señala:

[...] La obligación prevista en el Pacto no se limita al respeto de los derechos humanos, sino que los Estados Partes se han comprometido también a garantizar el goce de esos derechos por todas las personas sometidas a su jurisdicción. Este aspecto exige que los Estados Partes realicen actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos.<sup>21</sup>

En este sentido, el artículo 63 de la Convención Americana dispone:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

La Constitución nacional también establece la responsabilidad patrimonial por los daños antijurídicos, lo cual incluye desde luego la violación de derechos. El texto constitucional, en su artículo 90, expresa:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

.....  
20 Corte Interamericana, caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 164; caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, párr. 173; caso Caballero Delgado y Santana, sentencia del 8 de diciembre de 1995, párrs. 55-56.

21 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Oficina en Colombia, Interpretación de las normas internacionales sobre derechos humanos, Observación General No. 3, "La aplicación del Pacto a nivel nacional", párr. 1. 1ª. ed. (Bogotá: OACNUDH, 2002), 27.

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, aquel deberá repetir contra este.

De esta forma, se evidencian los fundamentos jurídicos con los cuales se debe interpretar la responsabilidad del Estado colombiano por la violación de derechos constitucionales. Ahora bien, para la lectura de las obligaciones derivadas de los derechos, se cuenta con un esquema general de comprensión en dos grandes grupos: obligaciones de respeto o abstención y obligaciones de garantía o de hacer. Las primeras hacen referencia especialmente al comportamiento pasivo del Estado ante el campo decisional de las personas respecto a sus derechos, es decir, consisten en que el Estado no realiza intromisiones indebidas en la esfera protegida por los derechos y permite que los sujetos decidan voluntariamente su ejercicio. El segundo grupo de obligaciones, que corresponden a las de garantía, involucran varias tareas, ellas son: no discriminación, prevención, investigación, sanción de los responsables de violaciones, reparación integral, recurso efectivo de protección y tutela judicial. Algunas normas que recrean estas obligaciones son:

1. Prevenir razonablemente las violaciones de los derechos humanos (artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y art. 1.1 de la Convención Americana). La Comisión Interamericana de Derechos (CID) se refiere así al tema:

El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. No es posible hacer una enumeración detallada de esas medidas, que varían según el derecho de que se trate y según las condiciones propias de cada Estado Parte. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado.<sup>22</sup>

2. Investigar la violación de los derechos humanos y sancionar a los autores (artículo 2.1 del PIDCP y art. 1.1 de la Convención Americana). Conforme

.....  
22 Corte Interamericana, caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, párrs. 174-175; caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, párrs. 184-185.

a esta obligación los Estados no pueden ahorrar esfuerzos en superar la impunidad y establecer un sistema de jurídico y de justicia que impulse la condena de quienes infrinjan los derechos. Estas investigaciones no solo hacen referencia al sistema penal, sino también a aquellas de carácter administrativo que involucren el esclarecimiento de la responsabilidad por parte de quienes hayan generado afectaciones a los derechos protegidos.

3. Reparar el daño realizado con la conducta violatoria (artículo 2.1 del PIDCP y art. 1.1 de la Convención Americana), si no se puede restaurar el derecho violado. Al respecto la Corte señaló:

[...] para garantizar plenamente los derechos reconocidos por la Convención, no es suficiente que el Gobierno emprenda una investigación y trate de sancionar a los culpables, sino que es necesario, además, que toda esta actividad del Gobierno culmine con la reparación a la parte lesionada [...].<sup>23</sup>

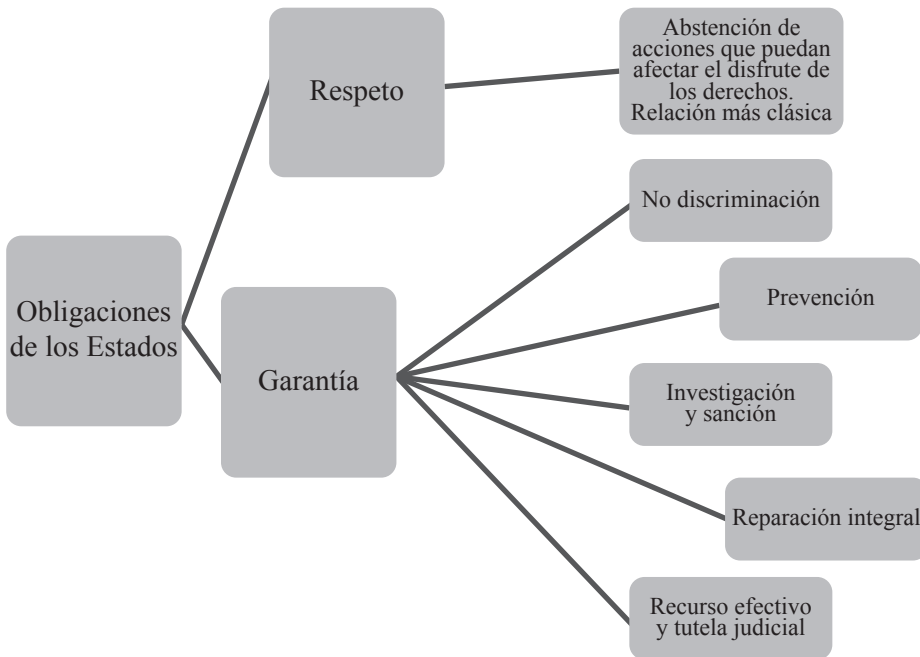
4. Establecer un recurso efectivo que sea accesible a toda persona cuyos derechos o libertades hayan sido violados, incluso cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales. Este recurso deberá sustanciarse conforme a las reglas establecidas en el debido proceso legal (artículo 2.3 del PIDCP y 25 de la Convención Americana). Sobre el particular ilustra la Corte:

Los artículos 25 y 1 (1) de la Convención se refuerzan mutuamente, en el sentido de asegurar el cumplimiento de uno y de otro en el ámbito del derecho interno. Los artículos 25 y 1 (1) requieren, conjuntamente, la aplicación directa de la Convención Americana en el derecho interno de los Estados Partes. En la hipótesis de supuestos obstáculos de derecho interno, entra en operación el artículo 2 de la Convención, que requiere la armonización con esta del derecho interno de los Estados Partes. Estos últimos se encuentran obligados, por los artículos 25 y 1 (1) de la Convención, a establecer un sistema de recursos internos sencillos y rápidos y a dar aplicación efectiva a los mismos. Si de facto no lo hacen, debido a supuestas lagunas o insuficiencias del derecho interno, incurren en violación de los artículos 25, 1(1) y 2 de la Convención.<sup>24</sup>

.....  
<sup>23</sup> Corte Interamericana, caso Caballero Delgado y Santana, sentencia del 8 de diciembre de 1995, párr. 58.

<sup>24</sup> Corte Interamericana, voto disidente del juez A. A. Cançado Trindade, caso Genie Lacayo, sentencia del 13 de septiembre de 1997, párr. 21.

Figura 1. Tipos de obligaciones de los derechos



Fuente: elaboración propia

Lo anterior deja claro que a partir de la dogmática internacional se ha estructurado una lógica de protección de los derechos que, desde luego y junto con el concepto dinámico de bloque de constitucionalidad, son aplicables más allá del estricto sentido impuesto en su marco matriz que es el derecho internacional de los derechos humanos. A partir de su puente constitucional es posible señalar que todos los derechos deberían entonces seguir esta estructura, que aunque creada para derechos desde la óptica de graves y masivas afectaciones de los mismos y en entornos particularmente violentos, ya sea con ocasión de conflictos armados o regímenes dictatoriales, han desbordado estos límites para construir la dogmática de protección contemporánea y ajustada a los cánones ya referidos del Estado constitucional. Así las cosas, también es cierto, que aunque la responsabilidad patrimonial del Estado cuenta con una dinámica particular, debe ajustarse en todo caso a los estándares constitucionales establecidos por las Cortes Interamericana y Constitucional respectivamente. La justicia administrativa es un capítulo de las formas de protección de derechos y del cumplimiento de los deberes generales

de abstención y garantía. Esto adquiere particular importancia cuando se comprende el derecho administrativo como uno de los mecanismos más significativos de realización del derecho constitucional, tal como lo señala la reciente tradición de origen alemán y en especial la de Harmunt Maurer.<sup>25</sup> Así las cosas existe una sólida construcción basada en tres escenarios conexos: el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho constitucional y la dogmática de los derechos fundamentales y el derecho administrativo en sede reparatoria. Aunque cada estadio presenta especificidades, no son más que un discurso de protección jurídica en tres tiempos.

No obstante esta clara ruta de protección y demarcación de responsabilidades quedan por esclarecer dos preguntas que resultan centrales en la discusión planteada: ¿la dogmática de la responsabilidad establecida desde el marco de la CID y asumida por la Corte Constitucional ampara los nuevos derechos y las relecturas de otros en clave de aplicación de tecnologías de la información y la comunicación? ¿Cuál puede ser la ruta adecuada para establecer responsabilidades en especial de la administración respecto a la violación de estos derechos? A continuación se plantean los lineamientos para resolver estas preguntas.

### *El sistema de obligaciones y responsabilidades, los derechos y las TIC*

La primera pregunta por responder es si la dogmática de derechos establecida por las Corte Interamericana y la Corte Constitucional es aplicable a los derechos a los que se ha hecho referencia como derechos, o bien, transformados por estas aplicaciones tecnológicas o incluso creados con ocasión de ellas. Prima facie, desde luego es posible aplicar los marcos generales de protección y responsabilidad de los derechos a derechos como participación, información, prensa, integridad, conciencia, igualdad, etc. No es necesario que exista una mención expresa de los entornos digitales en los viejos tratados internacionales como en las constituciones para que se entienda su aplicación extensiva a estas nuevas realidades. Los principios de dignidad humana, solidaridad, trabajo e igualdad como valores fundantes sirven como parámetros de interpretación en cada una de estos escenarios que propone la tecnología. De manera que los estándares de protección se deben aplicar con todo rigor a estos derechos reinterpretados.

.....  
<sup>25</sup> Hartmut Maurer, *Derecho administrativo general* (Madrid: Marcial Pons, 2011).

Un asunto más complejo se presenta con derechos que, aunque comportan elementos valorativos tradicionales y comparten la matriz de protección de la dignidad humana, sí pueden ser considerados nuevos derechos. Estos pueden ser el acceso a Internet o la inclusión digital<sup>26</sup> y la vida digital o virtual. El primero entendido como un derecho cuya pretensión es la generación de igualdad por medio de las innovaciones de las TIC planteando la necesidad de protección como elemento de la denominada ciudadanía digital;<sup>27</sup> el segundo plantea la existencia más allá de la vida física, en donde se considera una extensión de esta existencia en los ámbitos virtuales, pudiendo generar obligaciones y derechos más allá de los que en la vida “real” pudiese tener una persona. Sobre el primero de estos nuevos derechos, se advierte que son de fácil recibo por la dogmática de los derechos, dado que no solo cuentan con una fuerte fundamentación, sino que además los criterios de mínimo vital, igualdad material y libre desarrollo de la personalidad, acompaña la justificación dogmática de su existencia. El segundo derecho es más problemático y conlleva una reflexión sobre los parámetros en los que se considera la vida y sus posibilidades de desarrollo en los ambientes virtuales. A propósito del primero, se hará referencia más adelante en capítulo completo; el segundo debe ser materia de otro ejercicio académico específico.

Respecto a los temas de nuestra investigación se plantea el siguiente cuadro que pretende ilustrar, no solo los niveles genéricos de responsabilidad sino el rol en el cual el Estado los realiza.

Tabla 1. Las obligaciones de los derechos con respecto al Estado

<b>Estado como: Obligaciones</b>	<b>Garante</b>	<b>Regulado</b>	<b>Regulador</b>
<b>Respeto</b>	Inclusión digital Protección de datos	Publicación de contenidos en Internet	Operadores de Internet
<b>Garantía</b>	Inclusión digital Protección de datos		

Fuente: elaboración propia

26 Nicolás Cabezedo Rodríguez (ed.), *Inclusión digital: perspectivas y experiencias* (Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 2011).

27 José Manuel Robles Morales, *La ciudadanía digital: una introducción a un nuevo concepto de ciudadano* (Barcelona: UOC, 2011).



De acuerdo con la tabla anterior, se advierten los diversos roles del Estado, así como las obligaciones genéricas que se desprenden tanto de la teoría constitucional como del derecho internacional público. Según la moderna teoría, el Estado aparece como facilitador de la disponibilidad de los servicios, Estado-regulador, con énfasis por tanto en tareas destinadas a obligaciones negativas o de respeto. Esto es así porque el desarrollo de las tareas de garantía pasaría de forma preponderante a los privados o empresas de economía mixta que se apropian de estos espacios, que antes eran comprendidos dentro del marco de responsabilidades estatales. En el campo de la inclusión digital y la protección de datos se observa una mirada preponderante hacia las tareas tradicionales del Estado: respeto y garantía, esto significa tanto la abstención de comportamientos que resulten lesivos al derecho, como de acciones concretas y positivas de protección. La generación de legislación, la creación de entidades que sirvan a los fines de protección y la construcción de una política pública de inclusión digital y de protección de datos van en este sentido. Por último, la publicación de contenidos en Internet por parte de la administración, se enfoca sobre todo en el papel del Estado como regulado, dado que se somete a juicio de constitucionalidad y legalidad las actuaciones que se desprenden por la publicación de tales informaciones en medios Tic. Así las cosas, se desglosa una visión que imbrica los diversos roles del Estado y las obligaciones que se desprende del uso de estos.

A continuación se definirán en detalle algunos elementos adicionales de la comprensión de la responsabilidad del Estado con respecto algunos derechos y las TIC en especial aquellos que estructuran hoy el concepto de ciudadanía. Enseguida de esto se planteará una estructura general de responsabilidad con el objeto que se aplicada a los desarrollos de los derechos y las TIC en la actualidad.

### *Responsabilidad del Estado colombiano en materia de las TIC de cara a la ciudadanía*

Las obligaciones del Estado colombiano con respecto a los derechos fundamentales hacen referencia a buscar, recibir y difundir, cualquier tipo de idea, opinión, información, por cualquier medio a su alcance, en cualquier idioma, sin ninguna restricción, a menos que previamente no se encuentre en la ley (ley del Congreso); sean claras, taxativas y tengan como únicas justificaciones: 1) la protección de

•Responsabilidad del Estado, derechos y TIC•

los derechos de los niños y niñas; 2) el derecho al buen nombre y honra; 3) la seguridad estatal.<sup>28</sup>

Esta regulación se encuentra prevista en los artículos 20 y 75 constitucionales así como en los artículos 13 y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>29</sup>

Desde los eventos revolucionarios de los siglos XVII y XVIII la libertad de expresión, concretada en las libertades a buscar y difundir información y

.....  
28 Esta sería la regla jurisprudencial surgida de la aplicación de los artículos 13 y 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y por ejemplo el artículo 20 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

29 Artículo 20 CP: "Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura". Tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que este artículo contiene al menos ocho derechos fundamentales. Vale la pena simplemente señalar que existe un derecho fundamental a fundar medios de comunicación: escritos, satelitales, virtuales, etc.

Artículo 75: "El espectro electromagnético es un bien público inajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley. Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético". Por su parte la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé en sus artículos 13 y 14:

Artículo 13. Libertad de pensamiento y de expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.
3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.
4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.
5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Artículo 14. Derecho de rectificación o respuesta.

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.
2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.
3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

opiniones ha estado presente en todas las declaraciones de derechos civiles. Ello muestra la importancia de este derecho en la consolidación de los proyectos políticos y jurídicos que se erigieron con la crisis de la sociedad medieval.

Debido a esta importancia fundante de la libertad de expresión para la democracia occidental contemporánea, se hará una breve caracterización de la libertad de expresión, como condición y obligación estatal ante el desarrollo de las nuevas tecnologías, tal como ha sido consagrada y desarrollada, tanto en la Corte Constitucional, como en los órganos del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos. Esta caracterización permitirá darle dimensiones al debate que podrían ser omitidas y relevar la importancia de este derecho como fundamento y condición de una sociedad democrática. Se debe empezar por mencionar que la Corte Constitucional y la CIDH han señalado un doble estándar del que goza el derecho a la libertad de expresión en sentido amplio. Primero como condición sine qua non para cualquier sociedad democrática o “estándar democrático”,<sup>30</sup> y como derecho de doble vía o “estándar de dos dimensiones”.

El primero se refiere a que la libertad de expresión, además de ser un derecho individual, es una condición para el ejercicio de otros derechos políticos, ya que solo con su ejercicio se materializa el debate público, la confrontación de ideas y el derecho al disenso. La Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó:

[...] la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también condición sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.<sup>31</sup>

Al restringirse la libertad de expresión, se está limitando o incluso suspendiendo el debate público y la confrontación política, propias de las sociedades

30 Eduardo Andrés Bertoni, “La libertad de expresión en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” [www.adc.org.ar/download.php?fileId=344](http://www.adc.org.ar/download.php?fileId=344) (acceso octubre 14, 2014).

31 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Herrera Ulloa, supra nota 15, párr. 112; y La Colegiación Obligatoria de Periodistas, supra nota 114, párr. 70.

•Responsabilidad del Estado, derechos y TIC•

pluralistas y diversas, además del derecho de todas y todos a criticar, cuestionar o apoyar las decisiones que les afectan.

Debido a esta característica como “condición de la democracia”, la Corte Constitucional colombiana le ha otorgado un lugar especial y preferente dentro del sistema jurídico colombiano:

La libertad de expresión ocupa un lugar preferente en el ordenamiento constitucional colombiano, no solo por cuanto juega un papel esencial en el desarrollo de la autonomía y la libertad de las personas (CP, art. 16) y en el desarrollo del conocimiento y la cultura (CP, art. 71) sino, **además, porque constituye un elemento estructural básico para la existencia de una verdadera democracia participativa** (CP, artículos 1, 3 y 40). Por ello, en numerosas decisiones, esta Corporación ha destacado la importancia y trascendencia de esta libertad, que protege no solo la facultad de difundir y expresar opiniones e ideas o libertad de expresión en sentido estricto, sino también la posibilidad de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole o derecho y libertad de informar y ser informado.<sup>32</sup> (Negrillas fuera del texto)

La segunda característica se refiere a que el derecho fundamental a la libertad de expresión es de “doble vía” o dos dimensiones. Esto quiere decir, que una restricción a este derecho no solo afecta a la persona a quien se le ha impedido difundir, buscar o recibir información, opiniones o ideas, sino que implica, también, una vulneración al derecho de las personas destinatarias.<sup>33</sup> La Corte Constitucional ha explicado esto:

Esta facultad abarca, en su aspecto individual, no solamente el derecho formal a expresarse como tal sin interferencias arbitrarias, sino el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el propio pensamiento: la libertad en comento no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende inseparablemente el derecho a utilizar cualquier medio adecuado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. **Por otra parte, la libertad de expresión stricto sensu –entendida como un medio para el intercam-**

.....  
32 Corte Constitucional, *Sentencia C-010 del 2000*, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

33 La CIDH ha dicho: “Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no solo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a “recibir” informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, esta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”. OC-05/85 Parágrafo 30. En igual sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Eduardo Kimel contra Argentina sentencia del 2 de mayo del 2008 Serie C No. 177, párr. 53, entre otras.

**bio de pensamientos, ideas, opiniones e informaciones entre las personas— tiene una dimensión colectiva, consistente en el derecho de todas las personas a recibir tales pensamientos, ideas, opiniones e informaciones de parte de quien las expresa. Esta dimensión colectiva es igual de importante que la individual, por lo cual ambas han de ser protegidas en forma simultánea.**<sup>34</sup> (Negrillas fuera del texto)

El acceso a la información, entonces, facilita la participación en la gestión de asuntos que tocan a la sociedad en general, la economía o el gobierno. Tener la capacidad de compartir información elimina los límites y obstáculos en el intercambio de información. Desde esta perspectiva el acceso a la información e igualmente el derecho a difundirla libremente, tiene una importancia radical en la participación activa, y radicalmente nueva, y el ejercicio de la ciudadanía, ya sea de forma individual u organizada.

Las tecnologías de la comunicación y de la información también tienen la potencialidad de acercar a la ciudadanía al Estado y al Gobierno mismo. En esta medida pueden maximizar la transparencia, horizontalidad e interactividad entre administradores y administrados. En conclusión, la revolución tecnológica abre un nuevo escenario para el ejercicio de los clásicos derechos individuales, pero igualmente crea un espacio para nuevas vulneraciones a los derechos humanos.

Por supuesto, el acceso a la información, también plantea su uso. ¿Qué derechos y qué obligaciones asisten a quienes participan de las redes virtuales de comunicación?

La cuarta generación de derechos: los derechos al y en el ciberespacio

Una primera aproximación permite relevar la relación entre los nuevos espacios virtuales y sus herramientas técnicas y el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, tanto en su dimensión individual (recibir y difundir información), como en su dimensión colectiva: en la forma de un mercado libre y plural de ideas.

En atención a la importancia de las TIC, como condición y vehículo para el ejercicio de otros derechos fundamentales (civiles, políticos, económicos y culturales), se ha dado un paso más. Muchos documentos internacionales<sup>35</sup> así como

34 Corte Constitucional, *Sentencia T-391 del 2007*, M. P. Manuel José Cepeda.

35 Jean D'Arcy, *Les droits de l'homme à communiquer*, 1978; en igual sentido Organización de las Naciones Unidas, *Declaración del milenio* (Nueva York: Naciones Unidas, 2003) y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Notas prácticas: el acceso a la información* (Oslo: PNUD, 2005).

literatura especializada<sup>36</sup> defienden la idea de una cuarta generación de derechos, entendida como el reconocimiento explícito que determinadas prestaciones y accesos mínimos a las redes de la comunicación, especialmente a Internet, como espacio público global, bajo dos premisas: 1) en una sociedad mundializada y conectada virtualmente es imposible ejercer determinados derechos, sin tener derecho a priori, a la red mundial de la información; 2) además de que en muchos casos el acceso a las tecnologías de la información es un elemento que agudiza la desigualdad entre sociedades o, por el contrario, se puede convertir en un elemento transformador y agenciador de cambios y desarrollo colectivo.

En su documento sobre los “Objetivos de desarrollo del milenio”, concretamente el octavo,<sup>37</sup> la Organización de las Naciones Unidas señala que el desarrollo global, especialmente de sociedades pobres y excluidas se materializa por medio de la inclusión en las redes descentralizadas de información. Se parte de la idea de que la pobreza no es solo material, sino que en buena medida está asociada al desconocimiento de los derechos y, en general, a la ignorancia. Una red como Internet, con la tecnología que ella requiere, es un derecho humano, en la medida en que democratiza el acceso a la información.

Igualmente, desde la década de los setenta, se acusaba a los medios de comunicación, generalmente dependientes de monopolios estatales, de difundir un determinado contenido de información. No solo en términos de noticiosos o de derecho a la información, sino en un solo modelo de proyecto de vida, sociedad y futuro. Así, expertos como Jean d’Arcy, señalaban que debía reconocerse un derecho humano a comunicar, como herramienta para resistir la concentración de medios y el “imperialismo cultural”. Este derecho implicaba los medios técnicos y de infraestructura para la creación de un mercado libre de ideas.

Los derechos de cuarta generación pueden concretarse en: 1) acceso a las tecnologías que permitan el intercambio libre de ideas; 2) el derecho a acceder a

.....  
36 Javier Bustamante Donas, “La sociedad de la información. Hacia la cuarta generación de derechos humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica”, *Revista iberoamericana de Ciencia y Tecnología*, 1 (septiembre-diciembre, 2007). En igual sentido Cees Hamelink, *The right to communicate*, Informe presentado en Preppcomm1, Serie de documentos informativos de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (CMSI), 2002.

37 “Velar porque todos puedan aprovechar los beneficios de las nuevas tecnologías, en particular de las tecnologías de la información y de la comunicación, conforme a las recomendaciones formuladas en la Declaración ministerial del 2000, del Consejo Económico y Social”.

las infraestructuras sin importar el Estado donde se vivía; 3) el derecho a tener los conocimientos para usar Internet y adaptar el ciberespacio a necesidades particulares; 4) derecho igualitario entre hombres y mujeres, adultos y niños, espacios rurales y urbanos; 5) el derecho a acceder y crear contenidos culturales y lingüísticamente diversos; 6) derecho a la protección de datos; 7) derecho a no estar bajo vigilancia; 8) derecho a contar con un ciberespacio descentralizado, colaborativo e interoperable, con una arquitectura abierta, transparente y accesible.<sup>38</sup> Así, la literatura especializada reconoce que los Estados contemporáneos, tanto del hemisferio norte como los del sur, deben garantizar a sus ciudadanos, la tecnología, las redes, la infraestructura, el *software*, etc. Siempre una red descentrada, transparente, horizontal y en la que los derechos de los ciudadanos no sean solo acceder, sino también proteger su propia información.

Una conclusión breve puede ser la siguiente: en un mundo globalizado y conectado mediante el ciberespacio, las redes virtuales se convierten en un nuevo espacio para el ejercicio de derechos individuales. La libertad de expresión, pero también el derecho a la información, como necesidad para ejercer el derecho a elegir. Es decir, el derecho a acceder al ciberespacio es condición para la democratización de sociedades autoritarias o con déficit de participación. En la misma línea, es posible satisfacer derechos sociales y culturales como la educación o el consumo libre y plural de cultura en la red. En conclusión, el dinamismo y la flexibilidad técnica de las tecnologías de las comunicaciones han llevado a que se plantee la aparición de una cuarta generación de derechos fundamentales: los derechos de las telecomunicaciones.

Así las cosas, una vez establecido el campo de obligaciones y la justificación de los derechos en el sistema jurídico, se hará un ejercicio de sistematización de las diversas expresiones de derechos y obligaciones relacionadas con las TIC. Se pueden determinar algunos campos productores de obligaciones genéricas que de manera específica giran en torno a las dinámicas de los derechos y de las TIC. Estos son:

1. Las TIC como mecanismos de protección de otros derechos. Es una de las áreas más dinámicas en la que se destaca la creación de mecanismos institucionales y técnicos para garantizar que los datos de diferente

38 Olga del Río Sánchez, "TIC, derechos humanos y desarrollo: nuevos escenarios de la comunicación social", *Revista Análisis* 38 (2009), 55-69.

naturaleza, puedan ser integralmente protegidos. Esto significa tanto la publicidad del dato público, como la veracidad y adecuada utilización de los datos privados. En Colombia la Ley 1581 del 2012 regula esta materia.

2. Las TIC como herramienta para desarrollar otros derechos y valores constitucionales. Se reconoce que derechos como el *habeas data*, la intimidad y el buen nombre, se relacionan con frecuencia con el acceso y uso de tecnologías de la información y de la comunicación. Sin embargo, derechos como la seguridad social, la salud, el trabajo, la libertad de cátedra, la libertad de expresión, la petición, la propiedad, entre otros, se encuentran cada vez más estrechamente relacionados con el empleo de estas tecnologías. Este uso no solo es un asunto perimetral del derecho, sino que en ocasiones afecta de forma directa su desarrollo y protección. Es el caso por ejemplo del derecho de petición o el de expresión, la utilización de las TIC representa la disponibilidad de uso y garantía del derecho.
3. Las TIC 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 digital. La participación política, el derecho de asociación e incluso de reunión tienen en los ambientes virtuales un espacio cada vez más importantes. 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 manera la ausencia de disponibilidad de las TIC y el acceso a Internet, representan una clara talanquera para la existencia de la democracia material.
4. Las TIC como mecanismo para el alcance de la igualdad material. La inclusión digital. Como consecuencia de lo anterior, el acceso mismo a las TIC representa un importante reto de los gobiernos globales, pues la existencia de la brecha digital, que representa una elongación de la brecha socioeconómica existente en el mundo, debe adjuntar a sus “Objetivos de desarrollo del Milenio, no solo metas respecto al agua potable o la lucha contra ciertas enfermedades, pues las herramientas que brindan las TIC e Internet, sirven como medidas eficaces en contra de esta exclusión.



En una última parte de este primer apartado se describirán los parámetros generales de obligaciones que orientan la reflexión general de los derechos y los marcos de responsabilidades.

### Las obligaciones de los Estados, los derechos y las TIC

Una vez establecida la teoría de las obligaciones, se propondrá un marco aplicable y específico a los derechos y a las TIC, que en realidad plantean una ruta de acciones de respeto y garantía con el objeto de promover una creciente protección y desarrollo de los derechos y las TIC. Este marco fue elaborado en principio con el objeto de promover los derechos sociales en los años ochenta, pero su uso se ha ido extendiendo como estrategia de exigibilidad de los derechos en general. Esto sucede porque la literatura contemporánea en buena medida plantea la superación de la división entre derechos individuales y derechos sociales y expone la necesidad de una comprensión integral e interrelacional de los derechos como fenómenos complejos en sociedades en donde los individuos y colectivos requieren de todos los derechos, unidos por las amenazas a su dignidad y no por una creación seudohistórica, claramente artificial de sus necesidades. Desde esta perspectiva se evidencia:

Tabla 2. Tipos de Obligaciones para garantizar la eficacia de los derechos y las TIC

<b>Obligaciones de carácter inmediato</b>	<b>Obligaciones para garantizar niveles esenciales del derecho</b>	<b>Obligación de progresividad y no regresividad</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Garantía de no discriminación</li> <li>• Adoptar medidas en un plazo razonable para alcanzar protección lo más rápido posible.</li> <li>• Adecuación del marco legal.</li> <li>• Información y vigilancia del plan de cumplimiento.</li> <li>• Provisión de recursos judiciales efectivos.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Consiste en la construcción de indicadores que establecen los niveles esenciales del derecho. Es decir, aquellos que no pueden ser violados en ningún momento.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Establece que los niveles alcanzados no pueden afectarse o disminuirse, dado que la protección debe siempre mejorar, no empeorar</li> </ul>

A partir de esta configuración, las obligaciones de los Estados se pueden comprender en tres niveles, conforme a su urgencia y grado de exigibilidad. El primer nivel de obligaciones es de carácter inmediato u obligaciones de adoptar medidas inmediatas. Dentro de este primer nivel se entienden perentorias: 1) garantizar que los derechos se ejerzan sin discriminación; 2) adoptar medidas en un plazo razonable para alcanzar protección lo más rápido posible. Estas medidas deben sustentarse en una justificación clara y expresa del retraso, evitando así vaguedades que entorpezcan continuamente el desarrollo de los derechos. La necesidad de explicar detalladamente las medidas tiene un componente importante como la carga argumentativa, puesto que los avances y retrocesos en materia de derechos, que implican acciones positivas, se pueden fiscalizar de mejor forma. Desde el análisis constitucional esta argumentación de las medidas podría garantizar la intervención judicial, a fin de que el juez constitucional, en este supuesto, realice una labor de control a los otros poderes sobre la materia, examinando su coordinación con los demás principios y valores de la Carta Política. En conclusión, se evita un exagerado control en abstracto, que ponga en peligro el principio de las mayorías y la división de poderes.

Ahora bien, estas medidas se pueden singularizar en tres campos concretos: 1) adecuación del marco legal, lo que significa, proferir normas para promover recursos judiciales para la protección de derechos sociales y favorecer a grupos vulnerables (minorías aisladas e insulares), así como derogar aquellas normas que sean contrarias a las obligaciones de los Estados y que contengan discriminaciones no positivas; 2) información y vigilancia del plan que tienen los Estados para hacer efectivos los derechos. Así, los Estados deben supervisar el grado de efectividad de todos los derechos. Las campañas preventivas son una pieza clave dentro de la actividad de los Estados para hacer efectivos los derechos en especial los sociales, ya que alertan sobre los posibles daños a la población vulnerable. Además, tales campañas son más económicas que la atención directa de ciertos problemas; 3) provisión de recursos efectivos, que se traduce en que las personas impongan acciones judiciales que puedan atender las violaciones más apremiantes de sus derechos de forma efectiva y pronta. Los medios en general responden a la premisa de crear la infraestructura del Estado que pueda dar cauce a los derechos en perspectiva de integralidad, impidiendo que se sitúen en el nivel de meros derechos morales. En este sentido el derecho constitucional es una herramienta

clave de los Estados para garantizar el menor número de violaciones, así como para fortalecer el control de todos los poderes públicos para salvaguardar tales derechos. Sin esta infraestructura técnica, política y jurídica, los derechos y en especial los sociales y colectivos están condenados a ser siempre un juego de la política.

En el segundo grado de obligaciones para los Estados, se encuentra garantizar niveles esenciales de realización de los derechos. Esto es, deben asegurar al menos un nivel básico a cada derecho para garantizar su efectividad. De esta forma,<sup>39</sup> se debe superar tener solo el derecho a su disfrute,<sup>40</sup> entendiendo que se trata de un todo y que un derecho sin efectividad, aunque esta sea mínima, no tiene mucho sentido. En palabras de Ferrajoli, las obligaciones primarias son aquellas que se refieren a las medidas inmediatas, que consisten en garantizar el andamiaje legal que reconozca los derechos en un plano normativo. Las garantías secundarias se relacionan con las obligaciones inmediatas a solicitar la existencia de un mecanismo legal de reclamo, pero para que este mecanismo opere se requiere definir los niveles esenciales de los derechos para construir un objeto determinado y determinable que permita su tutela. Este tipo de obligaciones apunta a la eliminación de la incertidumbre que causa el no saber a qué tipo de prestaciones tienen derecho los titulares. Si se poseen niveles mínimos, no solo se garantiza su vigilancia, el poder evaluar avances y retrocesos, sino que además se tiene un núcleo del derecho que facilita su exigibilidad y evita que los jueces tengan que fijar mínimos que se encuentren por fuera del principio democrático y de las posibilidades económicas del Estado. En todo caso, los mínimos de los derechos no pueden ser establecidos por fuera de los principios básicos constitucionales, es decir, que en vez de servir de garantías, solo sean útiles para legitimar estados de indigencia y pobreza extrema. El legislador en este caso posee los límites habituales de su gestión, permitiendo un margen discrecional, dentro de los principios de dignidad humana y solidaridad (artículo 1º).<sup>41</sup>

39 Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid: Trotta, 2002), 26.

40 Esta distinción analítica, que es provechosa para realizar avances doctrinales en lo material, no puede quedarse en el tener el derecho, sin su posibilidad de reclamo. El objetivo de todo trabajo dogmático en los derechos sociales debe ser su exigibilidad. Sobre la distinción, Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001), 178.

41 Luis Aguiar de Luque, "Los límites de los derechos fundamentales" *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 14 (1993), 19.

Con esta delimitación del objeto de los derechos, se pone en funcionamiento el juego democrático, puesto que de acuerdo con el primer nivel de acción inmediata de los Estados, estos deben probar su incapacidad para no cumplir sus obligaciones. En el Estado constitucional democrático<sup>42</sup> la presión política sobre la necesidad de cubrir determinados servicios mínimos debe conducir a su determinación. Sin una democracia que permita articular las necesidades de las personas en políticas públicas concretas, por más que el Estado ponga de manifiesto el contenido mínimo de los derechos, fácilmente puede violarlos, ya que no cuenta con un sistema que fiscalice su gestión y sancione su incumplimiento.<sup>43</sup>

En tercer lugar, se encuentran las obligaciones de progresividad y prohibición de regresividad. Esto significa que los Estados se comprometen por todos los medios a lograr progresivamente los derechos y en especial los sociales. Así las cosas, se pretende impulsar el programa de desarrollo de los derechos desde un punto de vista gradual, acorde con las limitaciones financieras de los Estados. Gomes Canotilho critica la progresividad porque considera que es un principio de abierto contenido ideológico, que puede torpedear el desarrollo de los derechos. El problema de la regresividad se sitúa en el nivel de cobertura de la población: una cosa es hablar de la progresividad en los mínimos de subsistencia de países con un bajo desarrollo de los derechos y otra muy distinta en países cuya cobertura tiene el carácter universal, en cuanto al número de personas que reciben atención. Desde la tesis de la ciudadanía social de T.H. Marshall,<sup>44</sup> la progresividad, –además de ser de alguna manera intolerable, puesto que se aspira a que todos tengan todo sin gradualidad–, también reviste de gran importancia con respecto al problema de la crisis del Estado bienestar, que entiende que el crecimiento indiscriminado de *derechos*, así como su gran expansión a todos los sectores de

42 Se resalta el papel de la democracia como instancia fiscalizadora, que propicia el desarrollo de los derechos y de la información veraz para su tratamiento como necesidades o intereses tutelados. La democracia es el espacio en el que se desarrollan las oportunidades de los individuos. Con autoritarismo no se puede garantizar el desarrollo de los derechos sociales. Amartya Sen, *Desarrollo y libertad*, (Bogotá: Planeta, 2001), 183 y 194.

43 En este sentido los jueces no solo realizan una labor jurídica, sino también política, puesto que fuerzan la argumentación a los poderes públicos. Sin embargo, la función judicial, no puede so pretexto de esta cercanía, cuyos procedimientos juegan bajo las reglas del derecho y no de la política, intervenir en espacios que le son vedados. Sobre las dificultades del control judicial, Roberto Gargarella, "La dificultad de defender el control judicial de las leyes", *Interpretación jurídica y decisión judicial* (México: Fontamara, 1998), 215 y ss.

44 Thomas Marshall y Tom Bottomore, *Ciudadanía y clase social* (Madrid: Alianza, 2001), 20 y ss.; Ralph Dahrendorf, *El conflicto social moderno. Ensayo sobre la política de la libertad* (Madrid: Mondadori, 1990).

la población crean una situación insostenible para cualquier economía.<sup>45</sup> Por otra parte, y como observa Gomes, la reversibilidad de los derechos es necesaria para garantizar su núcleo esencial, puesto que no puede asegurarse en todos los casos y en todo tiempo un alto nivel de derechos sociales. Estos límites de los que habla Gomes, corresponden a la gradualidad de los derechos en general dentro del Estado constitucional.

Sin duda alguna la objeción de la reserva de lo posible, puede ser desmontada pero no eliminada. No obstante, lo que debe quedar claro es que esto ocurre para cualquier derecho, puesto que, prima facie, todos requieren de una estructura que necesita de erogaciones para su funcionamiento real. De este modo, la gradualidad y la objeción de la reserva de lo posible, no significan que los jueces no deban proteger los derechos y que siempre deban esperar al desarrollo de las leyes, al entender de antemano que todo derecho es un derecho operativo. Los jueces deben proteger a todos los individuos de aquellos obstáculos reales para la participación en la vida pública (visión procedimental), o proteger a todos los individuos de cualquier afrenta contra su dignidad humana y de aquellos valores que conforman la fórmula política (visión valorativa). En uno u otro marco, se justifica la actuación de los jueces. Esto no se pone en duda.<sup>46</sup> El problema respecto a la exigibilidad se presenta cuando el juez actúa pero encuentra que no existen recursos para ello. En tal situación los jueces deben hacer una valoración de las consecuencias de su fallo, y si tal fallo no puede ejecutarse por carencia de recursos, buscará medidas no económicas tendientes a morigerar el daño y a asegurar que si en un futuro tales recursos existen, los poderes públicos deben cubrir tal deficiencia. Siguiendo el criterio de Griffin cuando relaciona la capacidad como límite del deber. Esto parece obvio, puesto que no puede exigirse ninguna obligación imposible, pero cobra relevancia en la discusión de los derechos sociales y colectivos y, en especial, de estos derechos en países del Tercer Mundo, donde las constituciones tienden a expresar diversos derechos como contenido

.....  
45 Además, la progresividad no garantiza la ciudadanía social a todos, debido al denominado "efecto mateo" según el cual "el gasto social pierde capacidad redistributiva debido, en parte, al efecto de la universalización de los programas públicos. Este permite que las clases medias (no pobres) se beneficien del gasto público, mientras que los grupos sociales más desfavorecidos, en parte por un problema de información, quedan excluidos del sistema de protección". Carlos Ochando Claramunt, *El estado del bienestar* (Barcelona: Ariel, 1999), 64.

46 El problema de los límites de esa actuación es diferente porque se debe ponderar, tal como se ha afirmado, el principio democrático con los demás derechos y principios.

programático, que en muchos casos son derechos sin contenido alguno. Por ello el estudio de los objetos posibles, es decir, del contenido de las obligaciones de los Estados e incluso de los particulares, resulta de trascendental importancia porque abre un abanico de posibilidades y de acciones que contribuyen a la consecución de los derechos sin tener una mediación de todo o nada cuando se enfrenta al problema de la escasez de recursos económicos. De tal forma, existe un deber, mientras se sepa que el Estado es capaz. Esta capacidad no es una medida discrecional, sino un hecho objetivo que puede colegirse de datos empíricos<sup>47</sup> sobre recursos para otorgar una prestación que cubra algún derecho.<sup>48</sup> Es aquí donde los jueces pueden ejercer un control efectivo de las acciones de los otros poderes, puesto que deben revisar, una vez se constata la existencia del derecho, si el Estado puede proteger ese derecho. Los jueces tienen entonces una importante labor pedagógica que cumplir. Por tanto, nunca deberán guardar silencio aunque las condiciones económicas sean adversas.<sup>49</sup> Por tanto, son diversos objetos de obligación que van desde las medidas legislativas, hasta las prestaciones concretas.

Por otra parte, la determinación de las obligaciones hasta ahora recopiladas sugiere un ente obligado que en general es el Estado. Pero ¿por qué el Estado? Las fundamentaciones de esta respuesta dan lugar a efectuar una amplia revisión de la teoría del Estado, que no es pertinente. Pero dentro de la óptica adoptada,

.....  
47 Barreto ha criticado que la Corte Constitucional colombiana no hace un análisis de fondo en los casos de derechos sociales sobre las reales posibilidades del Estado, amparando derechos sin saber a ciencia cierta si este puede hacer tal gasto. Antonio Barreto, "Amparo constitucional de los derechos sociales: a propósito del carácter social de la acción de tutela", *Observatorio de Justicia Constitucional* (Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1998). La objeción de Barreto es acertada, pero un análisis de consecuencias no puede solo medir el problema del gasto, sino de las acciones que resultan intolerables para cualquier ordenamiento. En este sentido, la Corte hace mal al ignorar cualquier dato sobre la reserva de lo posible, pero tampoco puede supeditar sus acciones a este hecho, ya que ante el caso concreto es una razón relevante, pero no suficiente, toda vez que, como se ha advertido, los jueces están instituidos para tomar decisiones fuera de la política, que pueden resultar gravosos para el poder político. Además, deben proteger los derechos que el constituyente ha determinado.

48 Desde luego, esta constatación de recursos no se puede interpretar como una revisión del presupuesto: consiste en estudiar si el Estado cuenta con la infraestructura para hacerlo y no lo hizo; si pudiendo ofrecer ese servicio no lo ofreció o si una política determinada esta tiene evidentes fisuras que vulneran otros derechos, al crear una desigualdad insostenible.

49 No se puede olvidar que una de las características del control de los jueces es tomar fallos que incluso sean gravosos para el erario público, ya que lo que están garantizando son los mínimos que toda la comunidad política se ha impuesto para poder coexistir. Los derechos sociales, como mínimos del Estado constitucional contemporáneo, requieren de esa intervención, incluso aunque pueda representar medidas radicales cuando este ha vulnerado intencionalmente tales derechos. Tal es el objeto de la jurisdicción laboral, por ejemplo, que sanciona tanto a particulares como a entes públicos, cuando estos han incurrido en la violación de estos derechos, aunque signifique la quiebra del establecimiento comercial.

—el Estado social de derecho y el Estado constitucional democrático—, el Estado se hace responsable de diferentes áreas debido a que se le exige actuar de acuerdo con un marco valorativo que debe tener en cuenta. Está claro que hoy por hoy, las personas no pueden cubrir todas sus necesidades por sí solas y requieren de estructuras institucionales para alcanzar esa satisfacción.<sup>50</sup> Asimismo, si por medio de la democracia se dota al Estado de enormes poderes, —manejo de la economía, administración de justicia, relaciones internacionales, etc.—, también se le exige que cumpla una importante función acorde con su poder. Ahora bien, el principio de bienestar que vertebra los Estados sociales de posguerra, no puede convertirse, como lo sugieren sus críticos, en una instancia única de reclamos sociales. Por ello, debe abandonarse una visión paternalista, para asumir una que se enfoque en la responsabilidad de todos con respecto a todos.<sup>51</sup> Los derechos no son solo obligaciones o créditos para cobrar a alguien, sino que crean un sistema de obligaciones en diferentes instancias de la vida social y política.<sup>52</sup> De esta forma el primer núcleo de obligados para garantizar el cubrimiento de necesidades básicas lo constituye la familia: las necesidades de techo, alimentación, salud, educación le corresponden en primera instancia a ella. Sin embargo, el rol de la responsabilidad se determina acorde con los condicionamientos y actividades de la persona. Si por ejemplo, es un trabajador, todo lo referente con su derecho a un trabajo digno le compete en primera instancia a su empleador. Cada derecho tiene un entorno de desarrollo que determina su exigibilidad. Este entorno mostrará el grado de autonomía del cual goza el individuo para hacer lo que quiera de su existencia. El derecho cuida de que se mantenga su libertad. Ahora bien, como es apenas obvio, en nuestro enfoque social esta asignación de responsabilidades es insuficiente, puesto que el Estado social reconoce precisamente que las

50 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 487. Forsthoﬀ tiene en cuenta este aspecto pese a su teoría restrictiva del Estado social de derecho y a su posición respecto del espacio que ya no pueden manejar los individuos —espacio vital dominado—. Ernst Forsthoﬀ, “Problemas constitucionales del Estado social y concepto y esencia del Estado social de Derecho”, *El Estado social* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986).

51 James Griﬃn, “Derechos de bienestar”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. Buenos Aires: Universidad Torcuato Di Tella 1 (1999), 44.

52 Uno de los problemas más acuciantes en la gestión de recursos y la elección de políticas sociales en los países en vías de desarrollo, consiste en la carencia de una conciencia con el Estado y con la sociedad. Por tanto, se concibe al Estado como una institución dadora de todo, un mal padre que debe responder por todos. Este componente cultural (que se expresa en las relaciones coloniales del siglo XVIII en adelante), diﬃculta aún más la articulación de redes para cubrir las necesidades básicas, porque la concepción de lo público se asienta en el autoritarismo y elimina las posibilidades emancipadores en la autogestión de los ciudadanos.

personas no gozan de total autonomía<sup>53</sup> y que por ello debe intervenir. Esta visión de la responsabilidad según los ámbitos del derecho, se acompaña del principio de posibilidad de actuación, o lo que es lo mismo, se entabla una relación entre deber y poder. Solo pueden existir deberes si se pueden exigir. El Estado como máximo poder de la sociedad, tiene, en principio, el deber de subsidiaridad, que significa que cuando alguno de los responsables de esos deberes no pueda atenderlos, el Estado debe actuar según los principios y valores del Estado social y democrático de derecho. Esta responsabilidad no solo se sitúa en el nivel de prestación. También tiene un nivel coactivo que implica la utilización de su poder –justicia, policía, etc.– para que en caso de que los obligados a responder por los derechos de otros se nieguen a hacerlo injustificadamente, sean conminados a realizar las acciones que conduzcan a reparar el daño ocasionado y a satisfacer las necesidades legítimamente exigidas. Este es el caso del empleador que no paga el salario a la seguridad social a sus empleados o el del padre que se niega a sostener a sus hijos pudiendo hacerlo.

En este sentido:

[...] cuando el Estado tiene la posibilidad jurídica y material de hacer algo, pero deja de hacerlo y con ello amenaza o daña a una persona dadas sus circunstancias concretas, entonces la persona respectiva tiene derecho a una prestación positiva del Estado.

De este resumen de las condiciones de exigibilidad de los derechos, debe agregarse que en cuanto a la posibilidad jurídica, no puede negarse, dentro del marco del Estado social de derecho, a cierto tipo de prestaciones, o lo que es lo mismo, a aquellas en que el Estado es la última instancia de la cadena de obligados de los derechos. Una norma que niegue esta obligación es inconstitucional puesto que viola los principios básicos de este tipo de Estado. En este caso, si una norma prohibiera la asistencia del mínimo vital, la Corte Constitucional debería sacarla del ordenamiento por contradecir el principio social del Estado, de cuya configuración se derivan sus obligaciones.

.....  
53 Este presupuesto del goce de la libertad se construye sobre la base de un mercado ideal que funciona con la inercia de una máquina. En este marco, el derecho se separa de la titularidad y de su ejercicio. Aquí el ejercicio y la protección pasan a un segundo plano. En cambio, en una relación real entre derecho y mercado existe la conexión entre titularidad y ejercicio, basada en las diferentes capacidades y aptitudes de los individuos. Esto es así, porque el mercado aquí se concibe como una institución no natural sujeta a decisiones políticas que originan responsabilidades. Rodolfo Arango, "La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales", *Revista de Derecho Público* 12 (2001), 185-212.



Ahora bien, ¿qué pasa cuando el Estado no es en principio el obligado, pero los responsables no realizan sus prestaciones y ocasionan un daño inminente al individuo? En este caso el Estado debe dotar a las personas de mecanismos eficaces para que el daño no se produzca o se configure en menor grado. Si estos mecanismos no existen, está obligado a responder por el daño de terceros. Esto se desprende de las obligaciones inmediatas de los Estados de proveer este tipo de estructuras de reclamación. La *Drittwirkung*, o eficacia horizontal de los derechos ante terceros, establece justamente la idea de responsabilidad de protección de los derechos no solo con respecto al Estado, sino también a aquellos particulares que generen afectaciones. En el campo de los derechos en el ambiente tecnológico, este elemento adquiere especial importancia si se reflexiona sobre el papel de empresas y particulares que afectan derechos como buen nombre, intimidad, acceso, etc., y en donde el Estado en muchas ocasiones llega tarde a la protección y tiene poco margen de acción.

A continuación se analizará, respecto al derecho al acceso a Internet, una de las más importantes novedades de esta relación responsabilidad, derechos y TIC.

## LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO: EL NUEVO DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A INTERNET Y LAS GARANTÍAS A PARTIR DE LA REDEFINICIÓN DE LAS CLÁSICAS LIBERTADES INFORMATIVAS

### Conceptos, vinculación de los derechos humanos con Internet y el grado de acceso

#### *Algunas definiciones*

La terminología<sup>54</sup> que se emplea para hacer referencia a la idea de la sociedad de la información difiere así: sociedad del conocimiento, sociedad informacional, sociedad posindustrial, sociedad digital, ciberespacio, sociedad red, las TIC, las nuevas tecnologías. Aunque no de forma exclusiva, lo cierto es que cuando se hacen estas referencias permanece en el núcleo del pensamiento lo que es su exponente básico: la red de redes, Internet.

El concepto de TIC nace a finales de los años setenta y se consolida en los ochenta adelantando el proceso de convergencia tecnológica de los tres ámbitos: la electrónica, la informática y las telecomunicaciones en las TIC, que se produce en la década de los noventa. Con la noción se hace referencia a aquellas

.....  
54 Sobre estos conceptos puede seguirse de forma sencilla la Fundación Telefónica. "Informe sobre la Sociedad de la Información en España", <http://www.telefonica.es/sociedaddeinformacion/espana2000/pdfs/parte1.pdf> (acceso febrero 2, 2005).

tecnologías que permiten la adquisición, almacenamiento, procesamiento y comunicación de datos en informaciones –textos, voz, imágenes, etc.– contenidos en señales de naturaleza acústica, electromagnética u óptica.<sup>55</sup> Las TIC engloban las tecnologías nacidas de la convergencia de las telecomunicaciones, la informática (o sistemas de información) y el audiovisual que permiten la adquisición, producción, almacenamiento, tratamiento, comunicación, registro y representación de datos e informaciones contenidos en señales de naturaleza acústica, óptica o electromagnética. Esta convergencia tiene un origen tecnológico (digitalización, microelectrónica, etc.) que ha provocado importantes efectos inducidos en el mercado, en la generación de nuevos servicios, en la regulación, entre otros.

Las fuerzas combinadas de la globalización de la economía, el cambio de paradigma socioeconómico, la introducción de la liberalización y la competencia en la prestación de servicios de telecomunicaciones y el poder de penetración de las TIC sitúan al hombre en una nueva sociedad en la que la producción, el tratamiento y la distribución de la información ocupa el lugar central.<sup>56</sup> De ahí que el concepto de sociedad de la información esté muy vinculado a las TIC. El término cuenta con el precedente de Daniel Bell de “Sociedad postindustrial”<sup>57</sup> aunque se considera que uno de sus padres es Yoneji Masuda.<sup>58</sup>

En *La era de la información* Manuel Castells define “sociedad de la información” como:

Un nuevo sistema tecnológico, económico y social. Una economía en la que el incremento de la productividad no depende del incremento cuantitativo de los factores de producción (capital, trabajo, recursos naturales), sino de la aplicación de conocimientos e información a la gestión, producción y distribución, tanto en los procesos como en los productos.

Como también se ha dicho, “sociedad de la información es una fase de desarrollo social caracterizada por la capacidad de sus miembros (ciudadanos,

55 Jorge Pérez Martínez, Claudio Feijóo González y Luis Castejón Martín, “Las tecnologías de la información y las comunicaciones y la sociedad global de la información” <http://www.gobernabilidad.cl/modules.php?name=News&file=article&sid=297> (acceso febrero 2, 2005).

56 Jorge Pérez Martínez y otros, *Las tecnologías de la información*, 14.

57 Daniel Bell, *El advenimiento de la sociedad post-industrial* (Madrid: Alianza Editorial, 2001).

58 En 1968 publicó *Una introducción a la sociedad de la información* (Tokio: Perikan-Sha, 1968), precursor de su libro más conocido, *La sociedad de la información como sociedad post-industrial* (Tokio: Institute for the Information Society, 1980).

•Las obligaciones del Estado: el nuevo derecho fundamental de acceso a Internet.

empresas y administración pública) para obtener y compartir cualquier información, instantáneamente, desde cualquier lugar y en la forma que se prefiera”.<sup>59</sup> Y como superación a esta noción, se hace referencia a la “sociedad del conocimiento”, fase que se alcanza cuando los datos y la información se integren en un marco que permite hacer un uso eficiente y eficaz de su gran caudal y generar conocimiento “ex novo”, lo cual requiere el proceso, análisis, clasificación, reflexión y asimilación de la información, para convertirla en acción, mediante la toma de decisiones.

En todo caso, y como se decía al inicio, cuanto menos subconscientemente, detrás de estos conceptos hay una idea, que es la realidad de la red, Internet. Sin ser la única tecnología de la información y de la comunicación, ni ser tan “nueva” (con más de 40 años de historia), Internet ha activado el movimiento tecnológico, cultural, social y económico. Para la Real Academia Internet es “red informática mundial, descentralizada, formada por la conexión directa entre computadoras u ordenadores mediante un protocolo especial de comunicación”.

Pese a que sus orígenes datan de 1969, su verdadera e incesante eclosión se da desde los años noventa con la World Wide Web (www o la web) que hizo sencillo el acceso a recursos de texto y multimedia. Desde el 2004 y en especial en los últimos tiempos, la red gira en torno a la noción de la llamada “web 2.0”<sup>60</sup> “o web social participativa”. Más que las diferentes tecnologías o mecanismos (*Wiki, Youtube, Facebook, Twitter, blogs, posts, etc.*) se trata de un fenómeno social, basado en diferentes ideas fuerza<sup>61</sup> y actitudes: compartir, comunicar, participar; la web como plataforma, conversaciones, simplicidad, contenido generado por el usuario, periodismo ciudadano, filtrado colaborativo, reputación/confianza, redes sociales, remezclar, *software* social, movilidad, *creative commons*, computación

.....  
59 Jorge Pérez Martínez y otros, *Las tecnologías de la información*.

60 Definición en Wikipedia (2014): “El término Web 2.0 (2004–actualidad) está comúnmente asociado con un fenómeno social, basado en la interacción que se logra a partir de diferentes aplicaciones en la web, que facilitan el compartir información, la interoperabilidad, el diseño centrado en el usuario (DCU) y la colaboración en la World Wide Web. Ejemplos de la Web 2.0 son las comunidades, los servicios y las aplicaciones web; los servicios de red social, los servicios de alojamiento de videos, las wikis, los blogs, los mashups y las folcsonomías. Un sitio Web 2.0 permite a sus usuarios interactuar con otros o cambiar contenido del sitio web, en contraste con sitios web no interactivos en los que los usuarios se limitan a la visualización pasiva de la información que se les proporciona. [http://es.wikipedia.org/wiki/Web\\_2.0](http://es.wikipedia.org/wiki/Web_2.0) (acceso noviembre 28, 2014).

61 Resulta muy recomendable seguir estas ideas fuerza en Fundación Orange “Mapa visual de la Web 2.0” <http://internality.com/web20/> (acceso noviembre 28, 2014)

social, recomendaciones, transparencia, inteligencia colectiva, etc. En comparación con la web 1.0 en la que los usuarios se limitaban a la visualización pasiva de información que se les proporcionaba. Un sitio Web se 2.0 destaca por la interacción del usuario con otros, por aportar o modificar contenidos. Más que consumidores los usuarios activos son *prosumers*<sup>62</sup> de la información.<sup>63</sup>

### *Las dos facetas en el nexo Internet y derechos humanos*

El acceso mismo a la red se perfila como contenido de uno o varios derechos humanos. En muy buena medida, las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC) son un medio espléndido para el ejercicio de las libertades públicas, esencialmente a partir de la libertad de expresión e información. El Tribunal Supremo federal de Estados Unidos en el asunto Unión Americana por las Libertades Civiles (ACLU, por sus siglas en inglés) contra Reno de 1997,<sup>64</sup> en una antológica sentencia se aplicó a internet la protección de la libertad de expresión en su estándar más elevado, similar a la prensa escrita. El ejercicio en la red de estas libertades informativas queda en muchas ocasiones conectado con el de otras libertades como la religiosa, de asociación y partidos políticos, sindicación, libertad de empresa, etc. Conocer los países que censuran Internet en el mundo,<sup>65</sup> es un buen termómetro para determinar el grado de democracia de los Estados. Así, se consideran “enemigos” de Internet a Arabia Saudita, Birmania, China, Corea del Norte, Cuba, Egipto, Irán, Uzbekistán, Siria, Túnez, Turkmenistán y Vietnam. Se sitúan bajo observación Bahrein, Bielorrusia, Corea del Sur, Emiratos Árabes Unidos, Eritrea, Malasia, Sri Lanka, Tailandia o

62 Definición en Wikipedia (2014): “La palabra prosumidor, o también conocida como prosumer, es un acrónimo formado por la fusión original de las palabras en inglés producer (productor) y consumer (consumidor). Igualmente, se le asocia a la fusión de las palabras en inglés professional (profesional) y consumer (consumidor)”. <http://es.wikipedia.org/wiki/Prosumidor> (acceso noviembre 28, 2014)

63 Bowman y Willis, *We Media. How audiences are shaping the future of news and information* (Reston, Va: Thinking Paper of The Media Center, 2005). Antonio Fumero, Genis Roca y Fernando Sáez Vacas, *Web 2.0* (Madrid: Fundación Orange, 2007).

64 Texto e información en [http://en.wikipedia.org/wiki/Reno\\_v.\\_American\\_Civil\\_Liberties\\_Union](http://en.wikipedia.org/wiki/Reno_v._American_Civil_Liberties_Union) (acceso, noviembre 28, 2014)

65 Reporteros Sin Fronteras, “Enemigos de Internet 2014, Informe anual” <http://www.rsf-es.org/grandes-citas/dia-contra-censura-en-internet/> (acceso, noviembre 28, 2014)

Zimbabue. No obstante, países indudablemente democráticos como Australia o España han sido criticados en alguno de estos informes.

Como lo señalan altas instituciones internacionales de libertad de expresión incluyendo la ONU y la OEA<sup>66</sup> (Nº 6) en la interesante “Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet del 2011”:<sup>1</sup> “El acceso a internet también es necesario para asegurar el respeto de otros derechos, como el derecho a la educación, la atención de la salud y el trabajo, el derecho de reunión y asociación, y el derecho a elecciones libres”. En especial con la web 2.0 también los derechos de participación o políticos así como los de los administrados (transparencia, buena gestión), quedan potenciados por las TIC hacia continuas vías dentro de lo que generalmente se denomina *e-Government*, democracia electrónica o, últimamente, *open government*. En cuanto a los diversos derechos sociales prestacionales, las TIC tienen un enorme potencial para el derecho a la educación y de acceso a la cultura, por ejemplo. Asimismo, las TIC son instrumentos indispensable para la prestación de servicios públicos electrónicos por parte de la administración electrónica. En razón de lo dicho, a los poderes públicos en general les corresponde no poner trabas al ejercicio de las libertades y derechos de participación política en la red y potenciar la prestación de servicios electrónicos por las administraciones. Es más, como más tarde se aprecia, esta conexidad del acceso a Internet con derechos fundamentales es base para el reconocimiento del nuevo derecho sustancial de acceso a la red y para la necesaria acción prestacional o bien para afirmar su esencialidad y la garantía de acceso.

Del lado contrario, en el ciberespacio se vulneran de manera, muchas veces masiva, otros derechos y libertades, especialmente los derechos de la personalidad (vida, integridad, honor y, en particular, la privacidad, la intimidad y la protección de datos, etc.), así como la propiedad intelectual.

### *La magnitud del acceso a Internet*

A finales del 2012, alrededor de 2.500 millones de personas estaban en línea (incremento del 10 % anual), 241 millones más que el año anterior.<sup>67</sup> La media

66 Organización de los Estados Americanos “Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet” <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849&IID=2> (acceso, noviembre 28, 2014).

67 Telefónica, Informe anual 2013, con referencias a Eurostat; Observatorio Nacional de las Telecomunicaciones y la Sociedad de la Información (ONTSI), Indicadores destacados de la Sociedad de la Información (Madrid: ONTSI, 2013), 34 y ss.

de acceso en Europa, según esos datos es de 63 % y de Norte América 78 %. Se estima que en el 2013 casi el 40 % de la población mundial estaba conectada a Internet. El porcentaje de personas que utilizan la red de redes en los países desarrollados alcanzó a finales del 2012 el 73,4 %. En términos absolutos, casi la mitad de los conectados a Internet en el mundo están Asia Pacífico, es decir, 1.133 millones de personas, en el 2012.<sup>68</sup>

Tabla 1. Uso de Internet en el mundo y estadísticas de población a 30 de junio del 2012

Regiones del mundo	Población (2012 Est.)	Usuarios internet Dic. 31, 2000	Usuarios internet Últimos datos	Penetración (% población)	Crecimiento 2000 - 2012	% Usuarios de tabletas
África	1 073 380 925	4 514 400	167 335 676	15,6	3 606,7	7,0
Asia	3 922 066 987	114 304 000	1 076 681 059	27,5	841,9	44,8
Europa	820 918 446	105 096 093	518 512 109	63,2	393,4	21,5
Medio Este	223 608 203	3 284 800	90 000 455	40,2	2 639,9	3,7
Norte América	348 280 154	108 096 800	273 785 413	78,6	153,3	11,4
América Latina y el Caribe	593 688 638	18 068 919	254 915 745	42,9	1 310,8	10,6
Oceanía / Australia	35 903 569	7 620 480	24 287 919	67,6	218,7	1,0
Total mundo	7 017 846 922	360 985 492	2 405 518 376	34,3	566,4	100,0

Fuente: Internet World Stats

En España, en general el acceso ronda el 70 %: en el 2013<sup>69</sup> unos 19 millones de españoles “viven conectados” a Internet y consultan el móvil unas 150 veces al día. El 53,8 % de la población se conecta a diario: el 86 % de ellos son jóvenes entre los 16 y los 24 años. Veinticinco millones de españoles acceden a Internet y las redes sociales forman parte de la vida del 64,1 % de los usuarios (del 95 % de los jóvenes que tienen entre 16 y 24 años). En relación con los usos administrativos, el 45 % de la ciudadanía interactuó con las administraciones públicas por medio de Internet.

En términos comparativos relativos al 2012, los conectados a la red en España son el 67,2 % (38,7 % en el 2006<sup>70</sup>), con 17,5 millones de usuarios de *Facebook*.

68 Datos de ITU Statistics 2012 <http://www.itu.int/ict/statistics> (acceso, noviembre 28, 2014).

69 Telefónica: Informe anual 2013. La Sociedad de la Información en España, (14ª edición) [http://www.fundacion.telefonica.com/es/artes\\_cultura/publicaciones/sie/sie2013.htm](http://www.fundacion.telefonica.com/es/artes_cultura/publicaciones/sie/sie2013.htm) (acceso, noviembre 28, 2014).

70 Datos de junio del 2012, <http://www.internetworldstats.com/stats.htm> (acceso noviembre 28, 2014).

•Las obligaciones del Estado: el nuevo derecho fundamental de acceso a Internet.

Esto quiere decir que ocupa un lugar medio en la Unión Europea con respecto a países como Holanda (93 %) o Noruega (96,9 %).

Para América Latina,<sup>71</sup> los datos más recientes (junio del 2012) señalan que un 48 % (32,1 % en el 2009 y 14,4 % en el 2006) de la población de América Latina (sin el Caribe) están ya conectados a Internet.

La siguiente tabla, que incluye Estados Unidos como referencia, muestra datos de América Latina: Argentina, Chile, Uruguay y Colombia se destacan entre los países de mayor penetración.

Tabla 2. Uso de Internet en América y estadísticas de población a 30 de junio del 2012

<b>Las Américas</b>	<b>Población (2012 Est.)</b>	<b>Uso de internet 30 junio 2012</b>	<b>% Población (Penetración)</b>	<b>Facebook 30 Sept. 2012</b>
Argentina	42 192 494	28 000 000	66,4	20 048 100
Bolivia	10 290 003	3 087 000	30,0	1 753 060
Brazil	193 946 886	88 494 756	45,6	58 565 700
Chile	17 067 369	10 000 000	58,6	9 687 720
Colombia	45 239 079	26 936 343	59,5	17 322 000
Costa Rica	4 636 348	2 000 000	43,1	1 889 620
Cuba	11 075 244	2 572 779	23,2	n/a
República Dominicana	10 190 453	4 643 393	45,6	2 793 220
Ecuador	15 223 680	6 663 558	43,8	4 970 680
El Salvador	6 090 646	1 491 480	24,5	1 491 480
Guatemala	14 099 032	2 280 000	16,2	2 104 160
Honduras	8 296 693	1 319 174	15,9	1 213 800
México	114 975 406	42 000 000	36,5	38 463 860
Nicaragua	5 727 707	783 800	13,7	783 800
Panamá	3 510 045	1 503 441	42,8	1 014 160
Paraguay	6 541 591	1 563 440	23,9	1 214 080
Perú	29 549 517	10 785 573	36,5	9 351 460
Puerto Rico	3 690 923	1 771 643	48,0	1 291 160
Uruguay	3 316 328	1 855 000	55,9	1 646 740

.....  
71 "Internet Usage and Population Statistics for the America" <http://www.internetworldstats.com/stats2.htm> (acceso, noviembre 28, 20014).



<b>Las Américas</b>	<b>Población (2012 Est.)</b>	<b>Uso de internet 30 junio 2012</b>	<b>% Población (Penetración)</b>	<b>Facebook 30 Sept. 2012</b>
Venezuela	29 497 483	12 097 156	41,0	9 766 540
Estados Unidos	313 847 465	245 203 319	78,1	166 029 240

Fuente: Internet World Stats

Sin perjuicio de que los datos de Latinoamérica puedan llevar a relativizar la cuestión que aquí se afronta, debe tenerse en cuenta un significativo crecimiento. Así, para Latinoamérica es especialmente llamativo el índice de crecimiento de 2000-2005, el segundo en el mundo al multiplicarse el uso de la red en 3,42 veces. En el periodo 2000-2008, el crecimiento de la zona ha sido de 8,2 veces.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que se trata de datos de acceso a Internet, sin que pueda considerarse que los usuarios conectados sean capaces de hacer un uso funcional y eficaz de la red.

Como puede apreciarse, no todas las personas quieren o pueden conectarse a Internet y hoy por hoy la red reproduce, incluso intensifica, las pautas de marginalidad social no virtuales. Es necesario mostrar atención jurídica a la “informarginalidad”, “muro”, “telón” o, el término más reconocido, “brecha digital” tanto social o territorial y su obvia conexión con la implantación de la democracia y la participación electrónicas. Los sectores más marginados son precisamente los más necesitados de representación y de que el interés general se conforme sobre la base de sus necesidades. Y, sin embargo, estos sectores son los que menos acceden a la red o lo hacen con menor eficacia. De ahí que, al igual que en la implantación de servicios públicos por medio de Internet, ha de tenerse especial cautela con la no discriminación.

### **La conformación jurídica del acceso Internet y su dimensión prestacional como nuevo derecho fundamental**

*El acceso a Internet como dimensión positiva de otros derechos fundamentales y su potencial efecto jurídico negativo*

El derecho de acceso a las TIC en su particular contenido prestacional, esto es, de obligación de acciones positivas de los poderes públicos va tomando cuerpo en

•Las obligaciones del Estado: el nuevo derecho fundamental de acceso a Internet.

el contexto internacional de manera autónoma como derecho fundamental, aún en fase de larva. Asimismo, puede considerarse el acceso a Internet en el marco de los mandatos genéricos de promoción de la igualdad o en el de la dimensión objetiva de un derecho fundamental, como recibir información.

En todos los sistemas constitucionales no faltan anclajes jurídico-constitucionales para apoyar jurídicamente todas las políticas conducentes a facilitar el ingreso a la sociedad de la información y del conocimiento, la alfabetización digital y el acceso de la ciudadanía a Internet. El reconocimiento jurídico constitucional de estos intereses vendría de la mano de las típicas afirmaciones de igualdad material habituales en casi todos los países (artículo 9. 2 de la Constitución Española). Del mismo modo, la apoyatura iusfundamental del acceso a la red sería bajo la noción de la dimensión objetiva<sup>72</sup> y prestacional de los derechos fundamentales, en especial, como dimensión positiva de los derechos de información y comunicación. El reconocimiento de un derecho subjetivo fundamental puede conllevar a una “dimensión institucional” que constituyen los institutos o entes de garantía de este derecho –en palabras del Tribunal Constitucional–.<sup>73</sup> De este modo, entramados organizacionales pueden colaborar a hacer efectivo el derecho. Asimismo, en razón de la dimensión objetiva el derecho en cuestión

72 Cabe recordar que, en general, de esta dimensión se deriva: un deber de actuación a favor de la eficacia del derecho se traduce en la creación de instituciones o institutos específicos de protección de derechos fundamentales (dimensión “institucional” en palabras del Tribunal Constitucional).

1. Una proyección en el resto del ordenamiento jurídico (dimensión referida en ocasiones como de carácter “axiológico”, en otras, con mayor imprecisión, como dimensión “positiva”; en otros casos se describe como “efecto irradiante” o por medio de la consideración de los derechos como “principios” del ordenamiento jurídico).

2. De igual modo –y bajo la advertencia de que ni la jurisprudencia ni la doctrina han discernido con precisión dentro de esta dimensión objetiva– este deber de los poderes públicos de adoptar medidas y acciones positivas eficaces para la mejor defensa y remoción de obstáculos respecto de ese derecho se traduce en una dimensión “prestacional” del derecho fundamental en cuestión.

Sobre la dimensión objetiva de los derechos, tema sorprendentemente descuidado en España, por todos, María Salvador Martínez, “Sobre el contenido objetivo de los derechos fundamentales”, Miguel Ángel Aparicio coord., *Derechos Constitucionales y Formas Políticas. Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y Estado autonómico* (Barcelona: Cedec, 2001), 199-219. También, más recientemente, hay que destacar las referencias sobre la dimensión objetiva en Francisco J. Bastida y otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978* (Madrid: Tecnos, 2004). En particular me remito al Capítulo 2, (M. A. Presno), 50-56; Capítulo 5 (I. Villaverde), 112-115 y Capítulo 8 (B. Aláez Corral), 182 y ss.

73 Para el mismo, la existencia de este tipo de instituciones de garantía generadas por la legislación en aras de la mayor efectividad del derecho es un ejemplo de la “dimensión institucional” de un derecho fundamental (Sentencia 292/2000, FFJJ 12º a 14º). Ya lo consideró así en la Sentencia 154/1988, del 21 de julio, FJ 3, respecto a la Oficina del Censo Electoral y en la Sentencia 160/1987, del 27 de octubre, FJ 5, respecto del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia”.

tiene un efecto irradiante, de principio inspirador en el ordenamiento. También, para la mejor garantía y eficacia de todo derecho, cabe una acción positiva de los poderes públicos que en muchos casos puede identificarse como “prestacional”.<sup>74</sup> Las declaraciones internacionales mencionadas y especialmente la sentencia de Costa Rica que se comenta a continuación suponen un claro impulso a la consideración de una dimensión prestacional del acceso a Internet bajo el apoyo de su conexidad a otros derechos indiscutiblemente fundamentales.

También cabe tener en cuenta que el alcance jurídico constitucional del acceso a Internet puede desprender un efecto jurídico negativo, esto es, una especial incidencia para los derechos fundamentales desde el ángulo inverso, como posible fundamentación de restricciones al contenido de otros derechos que queden afectados o limitados. El derecho de las telecomunicaciones, por ejemplo, estaría plagado de tales efectos negativos. Es necesario pensar en el derecho de propiedad o la libre empresa ante las exigencias e imposiciones en la prestación de servicios de telecomunicaciones, condiciones de autorización de servicios, imposición de exigencias sobre propietarios, empresas, etc. Todo ello, en favor de la implantación de políticas de universalización del acceso a Internet, de extensión territorial o social de servicios, etc. También, esto puede suceder en cuanto posibles restricciones a algunos derechos vinculados a la vida privada, limitados por un mayor y mejor acceso a la información.

Por otra parte, el derecho de acceso a la red de redes puede radicarse en el marco del derecho fundamental a la educación, si bien, falta aún intensificar esta relación. En esta dirección, cabe mencionar la Sentencia 140/2002, del 3 junio en la que el Tribunal Constitucional afirmó que “desde luego, no puede desconocerse la relevancia que la utilización de medios informáticos tiene hoy en el ámbito educativo”. En todo caso una restricción de su uso era un límite, pero no se privaba la posibilidad de usarlo, lo cual se entiende como una “modulación del derecho a la educación”.<sup>75</sup>

74 Sobre esta dimensión prestacional de un derecho fundamental, aspecto usualmente descuidado en la doctrina, y en conexión con las Comunidades Autónomas, cabe remitirse específicamente a Miguel Ángel Cabellos Espiérrez, *Distribución competencial...* (201 y ss.) y César Aguado Renedo, *El estatuto de autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico* (Madrid: CEC, 1996), 360 y ss.

75 La Sentencia 140/2002 del 3 de junio del Tribunal Constitucional afirmó que “desde luego, no puede desconocerse la relevancia que la utilización de medios informáticos tiene hoy en el ámbito educativo, pero esto no autoriza a alterar las reglas de la “vida del establecimiento” y que tienen por finalidad mantener el buen orden y adecuado desarrollo de aquella, en lo que ahora importa, en materia de ordenadores –artículo 129.2 RP–, para los que las

•Las obligaciones del Estado: el nuevo derecho fundamental de acceso a Internet.

### *Un derecho prestacional en estado "larvario" en su reconocimiento internacional*

Cada vez tiene más acogida la afirmación de un derecho a la comunicación (*ius communicationis*, los *Communication Rights*)<sup>76</sup> de naturaleza constitucional o casi-constitucional. Desde el 2000 se fijaron los llamados "Objetivos de desarrollo del milenio". Dentro de los ocho propósitos de desarrollo para el 2015, el octavo, en el marco de "Fomentar una asociación mundial para el desarrollo" incluía "en cooperación con el sector privado, dar acceso a los beneficios de las nuevas tecnologías, especialmente las de la información y la comunicación".

Desde hace más de una década la tendencia a favor de un derecho de acceso a las comunicaciones se observa en muchos documentos –no jurídicos– de la construcción mundial de la sociedad de la información (Estados Unidos, G-8, Unión Europea, Consejo de Europa, etc.).<sup>77</sup>

Resulta de especial interés partir del artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que afirma:

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Y este derecho no solo puede, sino que debe interpretarse en clave de la sociedad de la información y en documentos más recientes del ámbito de las Naciones Unidas,<sup>78</sup> como la Declaración de Ginebra de la ONU. En ellos se vincula con

---

normas de régimen interior, ciertamente de un alcance territorial general, establecen la necesidad de depositarlos en la Sala de Informática o en los lugares habilitados al efecto.

Y, en último término, será de indicar que no se ha privado al demandante de amparo de la posibilidad de utilizar el ordenador, sino que meramente se le ha limitado, puesto que, si no en su celda, puede usarlo en el local señalado para tal fin, lo que constituye una modulación del derecho a la educación establecida con la mencionada finalidad de «garantizar y velar por la seguridad y el buen orden regimental del centro (SSTC 57/1994 [RTC 1994, 57], 129/1995, 35/1996) (STC 119/1996, del 8 de julio, F. 4)".

76 Al respecto, Alonso Loreto Corredoira, "Lectura de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en el paradigma de la nueva Sociedad de la Información. Estudio específico del artículo 19", en Lorenzo Cotino Hueso, *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2007).

77 Al respecto, por todos y accesible en la red a texto completo, mi estudio "La administración y el gobierno electrónicos en los documentos institucionales básicos de la sociedad de la información", en *Actas del XVII Congreso de Derecho e informática* (Madrid: Universidad de Comillas, U. Comillas-Instituto de Informática Jurídica, 2003), 257-289.

78 Declaración de Ginebra, 2003, Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información; Declaración de Principios de la Segunda Fase de esta Cumbre, celebrada en Túnez en noviembre del 2005, conocida como Compromiso de Túnez, que incluye un "Plan de Acción sobre la Sociedad de la Información".

claridad este derecho con el acceso<sup>79</sup> a la sociedad de la información y se afirma el “derecho de acceso como acceso universal”<sup>80</sup>.

79 Así, los países miembros proclaman: “Reafirmamos como fundamento esencial de la Sociedad de la Información, según se estipula en el Artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos el derecho a la libertad de opinión y de expresión [...]”.

También en el texto titulado Nuestra visión común de la Sociedad de la Información, se afirma:

“Declaramos nuestro deseo y compromiso comunes de construir una Sociedad de la Información centrada en la persona, integradora y orientada al desarrollo, en la que todos puedan crear, consultar, utilizar y compartir la información y el conocimiento, para que las personas, las comunidades y los pueblos puedan emplear plenamente sus posibilidades en la promoción de su desarrollo sostenible y en la mejora de su calidad de vida, sobre la base de los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y respetando plenamente y defendiendo la Declaración Universal de Derechos Humanos”.

Y en su Apartado 2) dedicado a “Infraestructura de la información y las comunicaciones: fundamento básico de una Sociedad de la Información integradora”:

21° La conectividad es un factor habilitador indispensable en la creación de la Sociedad de la Información. El acceso universal, ubicuo, equitativo y asequible a la infraestructura y los servicios de las TIC constituye uno de los retos de la Sociedad de la Información y debe ser un objetivo de todas las partes interesadas que participan en su creación. La conectividad también abarca el acceso a la energía y a los servicios postales, que debe garantizarse de conformidad con la legislación nacional de cada país. [...]

23° Se deberían desarrollar y aplicar políticas que creen un clima favorable para la estabilidad, previsibilidad y competencia leal a todos los niveles, de tal forma que se atraiga más inversión privada para el desarrollo de la infraestructura de las TIC y que al mismo tiempo permita atender al cumplimiento de las obligaciones del servicio universal en regiones en que las condiciones tradicionales del mercado no funcionen correctamente. En las zonas desfavorecidas, el establecimiento de puntos de acceso público a las TIC en lugares como oficinas de correos, escuelas, bibliotecas y archivos, puede ser el medio eficaz de garantizar el acceso universal a la infraestructura y a los servicios de la Sociedad de la Información.

80 “Apartado 3) Acceso a la información y al conocimiento:

24° La capacidad universal de acceder y contribuir a la información, las ideas y el conocimiento es un elemento indispensable en una Sociedad de la Información integradora.

25° Es posible promover el intercambio y el fortalecimiento de los conocimientos mundiales en favor del desarrollo si se eliminan los obstáculos que impiden un acceso equitativo a la información para actividades económicas, sociales, políticas, sanitarias, culturales, educativas y científicas y si se facilita el acceso a la información que está en el dominio público, lo que incluye el diseño universal y la utilización de tecnologías auxiliares.

26° Un dominio público rico es un factor esencial del crecimiento de la Sociedad de la Información, ya que genera ventajas múltiples tales como un público instruido, nuevos empleos, innovación, oportunidades comerciales y el avance de las ciencias. La información del dominio público debe ser fácilmente accesible en apoyo de la Sociedad de la Información, y debe estar protegida de toda apropiación indebida. Habría que fortalecer las instituciones públicas tales como bibliotecas y archivos, museos, colecciones culturales y otros puntos de acceso comunitario, para promover la preservación de las constancias documentales y el acceso libre y equitativo a la información.

27° Se puede fomentar el acceso a la información y al conocimiento sensibilizando a todas las partes interesadas de las posibilidades que brindan los diferentes modelos de software, lo que incluye *software* protegido, de fuente abierta, y *software* libre, para acrecentar la competencia, el acceso de los usuarios y la diversidad de opciones y permitir que todos los usuarios desarrollen las soluciones que mejor se ajusten a sus necesidades. El acceso asequible al *software* debe considerarse como un componente importante de una Sociedad de la Información verdaderamente integradora.

28° Nos esforzamos en promover el acceso universal, con las mismas oportunidades para todos, al conocimiento científico y la creación y divulgación de información científica y técnica, con inclusión de las iniciativas de acceso abierto para las publicaciones científicas.”

Más recientemente destacan dos importantes documentos y declaraciones internacionales. Por un lado, la ya citada “Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet”, del 2011, constituye el claro germen de un derecho de estructura prestacional de acceso a la red. De hecho, lo esencialmente novedoso del derecho de acceso es esta vertiente prestacional, ante los contenidos negativos o de libertad que con claridad se albergan en derechos clásicos como la libertad de información. Pues bien, esta dimensión prestacional se observa especialmente en el apartado 6 “acceso a Internet”. El punto de partida es que se afirma la “obligación positiva de facilitar el acceso universal a Internet” (letra a).<sup>81</sup>

A partir de esta obligación general dimanan una serie de obligaciones más determinadas, unos mínimos de acción que son concretados en la letra e): “establecer mecanismos regulatorios”, crear “puntos de acceso público”, asegurar “el acceso equitativo a Internet para personas con discapacidad y los sectores menos favorecidos” y para todo ello, “adoptar planes de acción detallados”.<sup>82</sup> En modo alguno es difícil reconducir todas estas obligaciones al marco del Derecho internacional de los derechos sociales, especialmente bajo las pautas del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) de Naciones Unidas y sus observaciones generales.

También del mismo año cabe mencionar el Informe de Frank La Rue – quien también fuera uno de los autores de la anterior declaración– y hoy Relator Especial a la Asamblea de Naciones Unidas del 16 de mayo del 2011 sobre la

81 “a. Los Estados tienen la obligación de promover el acceso universal a Internet para garantizar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de expresión. El acceso a Internet también es necesario para asegurar el respeto de otros derechos, como el derecho a la educación, la atención de la salud y el trabajo, el derecho de reunión y asociación y el derecho a elecciones libres”.

82 “e. Los Estados tienen la obligación positiva de facilitar el acceso universal a Internet. Como mínimo, los Estados deberían:

- i. Establecer mecanismos regulatorios –que contemplen regímenes de precios, requisitos de servicio universal y acuerdos de licencia– para fomentar un acceso más amplio a Internet, incluso de los sectores pobres y las zonas rurales más alejadas.
- ii. Brindar apoyo directo para facilitar el acceso, incluida la creación de centros comunitarios de tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y otros puntos de acceso público.
- iii. Generar conciencia sobre el uso adecuado de Internet y de los beneficios que puede reportar, especialmente entre sectores pobres, niños y ancianos, y en las poblaciones rurales aisladas.
- iv. Adoptar medidas especiales que aseguren el acceso equitativo a Internet para personas con discapacidad y los sectores menos favorecidos.

promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión.<sup>83</sup> Uno de los apartados del informe (V) versa sobre el acceso a Internet y la necesaria infraestructura.<sup>84</sup> En ese Informe se afirma: el “derecho de todas las personas a buscar, recibir y difundir información e ideas de todo tipo por Internet”; se formula la obligación (nº 85) de:

Elaborar una política eficaz y concreta en consulta con personas de todos los sectores de la sociedad, entre ellos el sector privado y con los ministerios gubernamentales competentes, a fin de que Internet resulte ampliamente disponible, accesible y asequible para todos los sectores de la población.

Con el reconocimiento de este nuevo derecho se fundamentaría un nuevo derecho prestacional que seguiría el esquema, la estructura y el tratamiento de los derechos sociales en el ámbito internacional. Así, del derecho de acceso a Internet se deriva el correlato de la obligación estatal<sup>85</sup> a una “acción positiva fáctica”<sup>86</sup> para lograr tal efectividad exigible por el titular del derecho. Esta acción fáctica

83 Organización de las Naciones Unidas. “Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos 17º periodo de sesiones. Tema 3 de la agenda Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, 16 de mayo de 2011, A/HRC/17/27” [http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/HRC/17/27&Lang=S](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/17/27&Lang=S) (acceso noviembre 28, 2014).

84 Apartado V, párrafos 60-66, págs. 16 y ss.

85 Sobre el correlato de derechos subjetivos y las obligaciones del Estado, Roberto Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales* (Bogotá: Legis-Universidad Nacional de Colombia, 2005), 23. Pese a la superación de tal correlato, en razón del sistema jurídico administrativo español basado en la existencia de un interés legítimo y no en el derecho subjetivo, sí que puede afirmarse tal correlato obligación del Estado. Se sigue también, Abramovich y Courtis (2002) y Abramovich (2004). Este trabajo supone las conclusiones de Abramovich y Courtis (2002). Pisarello (2007).

86 Roberto Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales* (con prólogo de Robert Alexy), 2005, 55 y ss. y respecto de la estructura derechos sociales, 110 y ss.). Sobre este tema, Abramovich efectúa una inteligente maniobra, puesto que describe la estructura de los derechos civiles clásicos, para equipararla a la de los derechos prestacionales. Se trata de derechos a acciones positivas normativas, esto es, obligaciones de establecer algún tipo de regulación que conceda relevancia a una situación determinada u organice una estructura para la prestación (los “derechos a actos estatales de imposición de norma”. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: CEC, 1993), 194-195. También, la acción normativa puede ser que el Estado limite o restrinja las facultades de las personas privadas o les imponga obligaciones.

La obligación que implica el derecho también puede ir más allá de lo propiamente normativo, e incluir la transferencia de fondos o la acción de provisión de servicios a la población en forma exclusiva o con formas de cobertura mixta. Ello deriva en la organización de un servicio público, provisión de cargos, oferta de programas, fórmulas de cobertura, gestión de créditos, entrega de subsidios, realización de obras públicas, otorgamiento de beneficios o exenciones impositivas.

En especial, Guillermo Escobar Roca, dir., *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria* (Navarra, España: Thomson-Aranzadi); Victor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Trotta: Madrid, 2002).

estatal puede consistir en actos de naturaleza normativa, normas de organización, de procedimientos, que permitan programar, crear, ordenar, controlar y financiar un sistema que garantice el acceso a Internet. Como todo derecho fundamental implica la obligación de respetar –evitar las medidas que obstaculicen o impidan el disfrute del acceso a internet–, proteger –impedir que el acceso a Internet sea obstruido por terceros– y cumplir, esta última implica facilitar –cada vez que un individuo o grupo no puede, por razones ajenas a su voluntad, poner en práctica el derecho por sí mismo– y proveer –que se adopten medidas positivas que permitan a individuos y comunidades disfrutar del derecho–.<sup>87</sup>

Siguiendo el claro esquema internacional del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc), las obligaciones básicas se circunscriben al compromiso de satisfacer, al “adoptar medidas [...] por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas” (legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales y de otra índole para promover el pleno ejercicio de estos derechos); “para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos” “hasta el máximo de los recursos de que disponga”. De igual modo, las obligaciones se traducen en respetar (abstenerse de injerirse en el goce del derecho), proteger y garantizar, cumplir. Las obligaciones del tratado “contiene[n] elementos de la obligación de comportamiento y de la obligación de resultado. La primera exige la adopción de medidas razonables concebidas para hacer efectivo el goce de un derecho concreto. [...] La segunda obliga a los Estados a que consigan objetivos concretos en armonía con una norma sustantiva detallada”.<sup>88</sup>

Obviamente, se reconoce un margen de discreción –como con todos los derechos fundamentales– para seleccionar los medios que les permitirán cumplir con sus obligaciones respectivas, si bien, “incumbe al Estado demostrar que está realizando progresos apreciables hacia la plena efectividad de los derechos

87 Son de tres tipos o niveles: respetar, proteger y cumplir (facilitar y proveer). Así, Naciones Unidas-Comité DESC Observación General n.º 13. *El derecho a la educación* (artículo 13 del Pidesc). Doc. E/C.12/1999/10, del 8 de diciembre de 1999, n.º 46-47).

88 Directrices de Maastricht sobre violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales, n.º 7. Pueden seguirse en Naciones Unidas, *Los derechos económicos, sociales y culturales, Manual de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Serie de Capacitación Profesional n.º 12*, (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2004).



mencionados”.<sup>89</sup> Cabe advertir que la referencia la “progresividad” del Pidesc, según su interpretación autorizada<sup>90</sup> “no significa ni implica que los Estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas”, lo cual “sería incompatible con el derecho internacional”.<sup>91</sup> La obligación de “lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos” exige que los Estados Partes actúen tan rápidamente como les sea posible en esa dirección”.<sup>92</sup> Y estos parámetros son fiscalizables jurídicamente.

*El evolutivo reconocimiento comparado del derecho de acceso a Internet hasta llegar a ser algo “esencial” para la vida*

En los diferentes países pueden encontrarse diversos hitos en el reconocimiento del derecho de acceso a Internet como derecho subjetivo. Como punto de partida, en España es preciso remontarse a 1998 para una proclamación de este derecho de acceso, sin valor jurídico. Así sucedió en la Conclusión nº 1 de las *Conclusiones de la Comisión Especial de Redes Informáticas del Senado de España*.<sup>93</sup> “I.- Todas las personas tienen el derecho fundamental de acceder libremente a la red, sin discriminación de sexo, condición, características físico-psíquicas, edad o lugar de residencia”.

En Estonia el Riigikogu (Parlamento) aprobó en febrero del 2000 la Ley de Telecomunicaciones que en su artículo 5 declaró el derecho de acceso a Internet.<sup>94</sup> En el 2001 la Constitución griega introdujo su artículo 5 A que reconoce que:

.....  
89 Naciones Unidas, Los derechos económicos..., nº 8.

90 A este respecto, cabe recordar lo que señala el propio Comité en sus documentos “La referencia al logro progresivo que figura en el Pacto se entiende a menudo de manera equivocada”. Cabe seguir lo afirmado en Naciones Unidas-Comité DESC, Observación general nº 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), 14 de diciembre de 1990. Doc. E/1991/23.párrafos 9-11.

Véase Naciones Unidas, Los derechos económicos, sociales y culturales, 10-11.

91 Principios de Limburgo, nº 16.

92 Principios de Limburgo, nº 21.

93 Aprobadas por unanimidad por el Pleno el 17 de diciembre de 1999. “Declaración de Derechos de Internet del Senado Español, Aprobado el 9 de Diciembre de 1999 por la Comisión Especial de Redes Informáticas del Senado” [http://www.internautas.org/documentos/decla\\_dere.htm](http://www.internautas.org/documentos/decla_dere.htm) (acceso noviembre 28, 2014)

94 Así en su artículo 5 dispone que: “el conjunto de servicios de telecomunicaciones que se especifica en el inciso (1) de esta sección comprende: 2) servicio de Internet universalmente disponible para todos los suscriptores, independientemente de su ubicación geográfica, a un precio uniforme”. Texto actual de la norma en <http://www.legaltext.ee/en/andmebaas/ava.asp?m=022>

•Las obligaciones del Estado: el nuevo derecho fundamental de acceso a Internet.

2. Todas las personas tienen el derecho de participar en la sociedad de la información. Constituye una obligación del Estado la facilitación del acceso a la información transmitida vía electrónica, así como de la producción, el intercambio y la difusión de la misma, siempre en observancia de las garantías de los artículos 9, 9A y 19.

En la Unión Europea el acceso a Internet se garantizó especialmente merced al artículo 3. 1º de la Directiva 2002/22/CE que exige la garantía a un acceso de calidad y a un precio asequible, lo cual se ha ido recogiendo en las diversas normas nacionales de comunicaciones. Y en noviembre del 2009 entró en vigor la modificación del artículo 4 por la Directiva 2009/136/CE que amplía el alcance de la obligación de facilitación de acceso.<sup>95</sup> En Finlandia, la reforma de la Ley del Mercado de las Comunicaciones del 2009 reconoció el “derecho básico” al acceso a Internet de una banda ancha de 1 MB como mínimo y de 100 Mb en el 2015. El objetivo se cumplió en el 2010.

También como especial hito mencionable, el 30 de julio del 2010 un fallo de la Corte Suprema de Costa Rica<sup>96</sup> declaró que Internet es:

La herramienta básica para facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales y la participación democrática y el control ciudadano, la educación, la libertad de pensamiento y de expresión, el acceso a la información y los servicios públicos en línea, el derecho a comunicarse con el gobierno electrónico y transparencia administrativa, entre otros. Esto incluye el derecho fundamental de acceso a estas tecnologías, en particular, el derecho de acceso a la Internet o la World Wide Web.

De este modo, por medio de un recurso de amparo se obligó al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) a que proveyera del servicio de acceso a la Internet. Se afirmó que “todos los servicios públicos prestados por las administraciones públicas” deben ser suministrados “en condiciones de eficiencia, igualdad,

.....  
95 “Artículo 4. Suministro de acceso desde una ubicación fija y prestación de servicios telefónicos.

1. Los Estados miembros velarán porque al menos una empresa satisfaga todas las solicitudes razonables de conexión desde una ubicación fija a la red pública de comunicaciones.

2. La conexión proporcionada deberá permitir realizar comunicaciones de datos, fax y voz a velocidades suficientes para acceder de forma funcional a Internet, teniendo en cuenta las tecnologías dominantes utilizadas por la mayoría de los abonados y la viabilidad tecnológica.

3. Los Estados miembros velarán porque al menos una empresa satisfaga todas las solicitudes razonables de prestación de un servicio telefónico disponible al público a través de la conexión a red a que se refiere el apartado 1 que permita efectuar y recibir llamadas nacionales e internacionales.”

96 Decisión del 18-6-2010 (Expediente 10-003560-0007-CO) de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. El texto completo en <http://goo.gl/DpHCxY> (acceso noviembre 28, 2014).

continuidad y adaptabilidad” y suministrarse “de forma continua, regular, celeridad, eficaz y eficiente”. La decisión añadió que “el ICE está obligado a prestar el servicio de Internet solicitado pese a las limitaciones técnicas” y que:

[...] no debe entenderse que porque una zona está alejada, sea poco rentable la construcción de la infraestructura necesaria o existe una limitante técnica que no permite la instalación del servicio, entonces existe una justificación válida para no prestar el servicio solicitado, pues la expansión de esta red es responsabilidad de la institución recurrida.

Además se afirmó que la obligación de suministro de Internet vincula también al sector privado. Si un ente público o privado:

[...] ha sido encargado de la misión de prestación de un servicio público tiene la obligación de prestarlo de forma continua, adaptable, eficiente y por igual a todos los habitantes, máxime cuando dicho servicio público está asociado a otros derechos fundamentales, como sería en este caso, a la comunicación y la información.

El 24 de enero del 2013<sup>97</sup> el Tribunal Supremo (TS) alemán afirmó que Internet se ha convertido en algo “esencial para la vida”. Tras esta lapidaria afirmación se sustentaba un caso de indemnización por cesación del servicio de Internet, más allá de la indemnización por otro tipo de suministros. El TS de ese país subrayaba el papel esencial de la red para el acceso a la información y para la culminación de contratos y negocios.

Por su relevancia mundial es menester hacer referencia a la Declaración del Presidente de los Estados Unidos, Barack Obama, de 10 de noviembre del 2014.<sup>98</sup>

Un Internet abierto es esencial para la economía estadounidense y cada vez más en nuestro modo de vida. Reduciendo el costo de lanzar una nueva idea, encendiendo nuevos movimientos políticos y uniendo cada vez más a las comunidades, Internet ha sido una de las influencias más democratizadoras que el mundo nunca ha conocido.<sup>99</sup>

97 Se trata de la Sentencia de la Sala Civil del 24 de enero del 2013 - III ZR 98/12, a los efectos de determinar la compensación que corresponde por la interrupción del servicio de Internet, que es “esencial para la vida”. Noticia en <http://j.mp/VboqBZ>. Acceso al texto completo en <http://goo.gl/EJCCmo> (acceso noviembre 28, 2014).

98 El texto completo de la misma puede accederse en <http://www.whitehouse.gov/net-neutrality>, “The President's Statement” (acceso noviembre 28, 2014).

99 “An open internet is essential to the American economy, and increasingly to our very way of life. By lowering the cost of launching a new idea, igniting new political movements, and bringing communities closer together, it has been one of the most significant democratizing influences the world has ever known”.

•Las obligaciones del Estado: el nuevo derecho fundamental de acceso a Internet.

Como se ha dicho, la fundamentación del significado que tiene Internet para la sociedad se apunala en la esencialidad de su acceso.

### *El reconocimiento autonómico y estatutario del acceso a Internet en España*

Antes se ha hecho referencia a que el acceso a Internet puede encajar jurídico-constitucionalmente en el marco de las dimensiones objetiva, positiva, institucional del derecho fundamental de acceso a la información. Y en el ámbito de la dimensión objetiva la concurrencia estatal-autonómica es bastante más factible –también con límites–. Todo ello, hay que subrayar, en términos de gradación de los márgenes de actuación autonómica según el tipo de derecho del que se trate.<sup>100</sup> Así, ahí tiene sentido el reconocimiento estatutario de algunos “derechos”.

En el 2006 en España un Estatuto de Autonomía, norma básica regional, destacó en el reconocimiento del derecho de acceso a las nuevas tecnologías.<sup>101</sup> Así fue pionero en el Estatuto de la Comunidad Valenciana, que en su artículo 19. 2º dispone: “2. Queda garantizado el derecho de acceso de los valencianos a las nuevas tecnologías y a que La Generalitat desarrolle políticas activas que impulsen la formación, las infraestructuras y su utilización”.

Este reconocimiento viene de la mano de un llamamiento a la acción de los poderes públicos para hacer efectivo el ejercicio igual, de calidad y no discriminatorio del reconocimiento, eliminando todos los obstáculos o barreras (brecha digital) que impidan o dificulten su realización plena y efectiva a los ciudadanos y organizaciones en que se integra.<sup>102</sup> El Estatuto andaluz copió del valenciano

100 Así, el criterio adecuado es discernir entre las dimensiones subjetiva y la objetiva en tanto gradualmente cabe más margen de actuación normativa y de adopción de políticas públicas a las Comunidades Autónomas en el ámbito de la dimensión objetiva y también en el ámbito prestacional concreto del derecho. Asimismo, se ha observado que cuando se trata de un derecho fundamental (arts. 15-38), y más fundamental sea este (arts. 15-30) las condiciones básicas reservadas al Estado (artículo 149. 1. 1ª CE) son más expansivas a su favor y, por tanto, más se restringe el margen permitido de actuación a la Comunidad Autónoma. Miguel Ángel Cabellos Espírez, *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del Derecho comunitario* (Madrid: CEPC, 2001), 202 y 206.

101 El tema con profundidad en varios de mis estudios, primero en “El derecho de acceso a las nuevas tecnologías y su recepción constitucional y en el Estatuto de la Comunidad Valenciana”, en Francisca Ramón Fernández, coord., *La influencia del Derecho valenciano en las disciplinas tecnológicas* (Valencia: Universidad Politécnica de Valencia-Tirant lo Blanch: 2009), 181-198. Con mayor amplitud en mis trabajos “Artículo 19. Desarrollo equitativo, territorialmente equilibrado y sostenible y derecho de acceso a las nuevas tecnologías”, pp.375-393 y “Artículo 49. 3. 16. La competencia autonómica en el régimen de las nuevas tecnologías relacionadas con la sociedad de la información y del conocimiento”, pp. 1713-1719, en Vicente Garrido Mayol, dir., *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013). Accesibles en la red.

102 Artículo 9 de la Constitución Española y 8.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana.

tanto el “derecho” de acceso a las nuevas tecnologías cuanto la competencia en la materia.<sup>103</sup> El acceso a las TIC se regula como mandato de promoción en los estatutos catalán,<sup>104</sup> balear o aragonés.<sup>105</sup> No obstante, en Cataluña se destaca la importante asunción de competencias en materia de comunicaciones electrónicas que ha sido admitida por el Tribunal Constitucional, como se comenta más tarde. El Estatuto de Extremadura, que también copia la competencia valenciana en sociedad de la información, destaca por vincular el principio de acceso a las TIC con los movimientos de cultura y *software* libres.<sup>106</sup>

Este derecho de acceso a la sociedad de la información y del conocimiento no solo es la libertad de emitir y recibir información (que sí que es un derecho fundamental), sino que queda vinculado a elementos materiales y prestacionales como la consideración de Internet como servicio universal, la garantía de puntos de acceso a Internet por todos los sectores de la población, la garantía de la no discriminación en la implantación del Gobierno y administración electrónicos (principio de igualdad) y la necesidad de adopción de políticas de alfabetización digital, etc. Este derecho –difuso– lo sería a una plena integración en la sociedad de la información; al acceso a las nuevas tecnologías y a que la administración competente desarrolle políticas activas en formación, en infraestructuras y en la utilización de las nuevas tecnologías.<sup>107</sup>

103 En el Estatuto de Andalucía, un objetivo básico de los poderes públicos es la incorporación del pueblo andaluz a la sociedad del conocimiento (artículos 10. 3. 12º) y como “principio rector” en el artículo 34 “se reconoce el derecho a acceder y usar las nuevas tecnologías y a participar activamente en la sociedad del conocimiento, la información y la comunicación, mediante los medios y recursos que la ley establezca”. En el Estatuto andaluz también se copia del texto valenciano el título competencial en nuevas tecnologías (artículo 58. 2º).

104 En el Estatuto de Cataluña, el artículo 53 sobre “acceso a las tecnologías de la información y de la comunicación” no formula un derecho, sino un deber de los poderes públicos.

105 El artículo 29 del Estatuto balear regula el impulso del acceso a las nuevas tecnologías y el artículo 28. 2º del Estatuto de Aragón incluye la promoción del acceso sin discriminación a las TIC.

106 Se destaca el más reciente Estatuto de Extremadura por cuanto vincula el acceso a las TIC con los movimientos de cultura libre. Así, se recoge entre los principios rectores del artículo 7. 6º el acceso a las TIC “y los mecanismos legales y técnicos que faciliten el libre acceso de todos al conocimiento y la cultura.” Además, para el “objetivo irrenunciable de la masiva difusión de la cultura” el artículo 7. 10º considera “particularmente útil el manejo de las tecnologías de la información y la comunicación, la extensión de los sistemas operativos de código abierto y el uso de las licencias de libre copia y distribución”. Por otra parte, al igual que el andaluz, se copia la competencia en nuevas tecnologías del artículo 49. 1º. 16ª el Estatuto valenciano en su artículo 9. 1. 23ª.

107 Al respecto se hace referencia a un borrador –no desarrollado– de proyecto de ley valenciano, regulador del derecho de acceso y régimen de las nuevas tecnologías y de impulso de la sociedad del conocimiento en la Comunitat valenciana, al que ha tenido acceso el autor.

En cualquier caso, su inclusión en un Estatuto de Autonomía juega un claro papel simbólico e impulsor de políticas en estas materias así como de formación de una cultura jurídica. Por otro lado, la regulación estatutaria de estos derechos emergentes sería una buena oportunidad para la innovación jurídica, para la determinación de elementos estructurales y de contenido y garantías más precisos. Sin embargo y por lo general, cuando los estatutos reconocen estos nuevos derechos tampoco colaboran para asentar su normatividad y exigibilidad, sino que abundan las fórmulas genéricas y las mismas remisiones laxas a la ley desdibujan toda condición de derechos subjetivos.

Y, a todo lo anterior, que no es poco, hay que añadir la conocida doctrina sobre los derechos estatutarios establecida en la STC 247/2007, del 12 de diciembre. Ahí se afirma la posibilidad de incluir “derechos” emergentes en los estatutos<sup>108</sup> si se cuenta con competencia y además se afirma que pese a ser mandatos vinculantes para el legislador y los poderes públicos autonómicos, no son derechos justiciables<sup>109</sup> ni subjetivos.<sup>110</sup> Y lo que el Tribunal Constitucional dijo para admitir la constitucionalidad del también emergente derecho al agua bien vale para el derecho de acceso de los valencianos a las nuevas tecnologías (FJ 20°):

1. Se relaciona con diversas atribuciones competenciales recogidas en el propio Estatuto.
2. No colisiona con ningún derecho o principio rector contenido en la Constitución.
3. No establece ningún derecho subjetivo dado que, en razón del artículo 10.2 del Estatuto, queda condicionado a su desarrollo. “Mediante una Ley de Les Corts se elaborará la Carta de Derechos Sociales de la Comunitat

.....  
108 Cabe recordar que ahí se afirma “la posibilidad de que los Estatutos contengan enunciados de verdaderos derechos públicos subjetivos dotados de eficacia jurídica directa en los ámbitos concretos en los que la propia Constitución abre tal posibilidad en algunos de sus preceptos” ( FJ 15°).

109 En todo caso, lo relevante es que dichos mandatos deberán estar conectados con una materia atribuida como competencia por el Estatuto y que, aunque vinculen efectivamente a los poderes públicos de la Comunidad Autónoma, necesitarán para adquirir plena eficacia del ejercicio por el legislador autonómico de la competencia normativa que le es propia, de manera que el principio o derecho enunciado carecerá de justiciabilidad directa hasta que se concrete, efectivamente, su régimen jurídico, pues solo entonces se configurarán los consiguientes derechos subjetivos de los ciudadanos, al integrarse el legislador las prescripciones constitucionales que han de ser necesariamente salvaguardadas (artículos 81.1 y 149.1 CE) (FJ 15°).

110 FJ 15°: Por ello, “no se trata de derechos subjetivos, directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos [...] cualquiera que sea la literalidad con la que se expresen en los estatutos”.

Valenciana”. Así, “no vincula la función legislativa del Estado, que podrá ejercerla sin condicionamiento alguno”.

4. Constituye un objetivo marcado a los poderes públicos valencianos, lo que sitúa al precepto estatutario recurrido en el ámbito del Estado social y democrático de derecho previsto en la Constitución (artículo 1.1).
5. De dicho precepto, “no se desprende que haya de producirse ningún privilegio económico o social para la Comunidad Valenciana”.

No cabe afirmar que el apoyo de la normativa internacional del artículo 10.2º CE ni su reconocimiento estatutario suponen compromiso internacional alguno.<sup>111</sup> Sin embargo, no cabe duda de que el reconocimiento estatutario y el posterior desarrollo normativo quedan vinculados por el conjunto normativo supranacional que debe tenerse obligatoriamente en cuenta en razón del artículo 96 CE y, en su caso, 10.2 CE en la medida en la que se den conexiones con derechos fundamentales, que las hay.

En todo caso, pese a la tenue, sutil y vaporosa condición de los “derechos” de los estatutos (en general), su reconocimiento no solo tiene una función identitaria, simbólica y política (no desdeñable), sino una función y contenidos jurídicos propios, por relativos que estos sean.

En este punto cabe apuntar que el reconocimiento del derecho debe venir de la mano de un examen de las competencias del ente territorial en materia de medios de comunicación, telecomunicaciones e Internet. Es preciso señalar que las posibilidades de actuación autonómicas deben encuadrarse en la competencia estatal de medios de comunicación del artículo 149.1º 27ª y no en la de comunicaciones del artículo 149.1º 21ª CE. A este respecto, y sin ánimo de extender la cuestión, se destaca la STC 31/2010, del 28 junio, que en su FJ 84º afirma que la determinación de la existencia de un conjunto mínimo de servicios de acceso universal forma parte del ámbito del artículo 20 CE. Esta afirmación sirve para permitir la competencia de ejecución en la materia en el Estatuto de Cataluña, al

.....  
111 FJ 20º: “el mandato del artículo 10.2 CE se refiere a los derechos constitucionales”, y porque los principios rectores del Capítulo III “no pueden entenderse comprendidos entre “los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”, a que nos remite el artículo 10.2 CE”.

Y ello es así, “aun admitiendo que podamos estar ante un derecho emergente de tercera generación, es claro que en el momento actual su incipiente gestación se refleja en instrumentos internacionales que no requieren de manifestación expresa de la voluntad de los Estados, por lo que no puede hablarse de la asunción de compromisos concretos al respecto por parte de España”.

no enmarcarse en el ámbito del artículo 149.1º 21ª CE, sino del título de medios de comunicación del artículo 27ª. Y es que el polémico Estatuto de Cataluña asumió la competencia exclusiva en “la ordenación administrativa del comercio electrónico” (artículo 121.1 a), o “la competencia sobre las condiciones de los edificios para la instalación de infraestructuras comunes de telecomunicaciones” (artículo 137. 2º). El Estatuto catalán también asume competencia ejecutiva “en materia de comunicaciones electrónicas” (artículo 140. 7º), lo cual incluye la promoción de un conjunto mínimo de servicios de acceso universal; la inspección de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones y el ejercicio de la potestad sancionadora correspondiente y la gestión del registro de instaladores de infraestructuras comunes de telecomunicaciones. El Tribunal Constitucional no consideró inconstitucionales ni el artículo 121. 1º a) ni el 140. 7º, al tiempo que no fue impugnado el artículo 137. 2º de ese mismo Estatuto. Se admitió (FJ 68º) porque pese a ser por medio de Internet, lo asumido por la Autonomía solo alcanzaría la competencia dentro del territorio catalán, mientras que esta modalidad comercial interterritorial sería competencia estatal del artículo 149.1.13 CE.<sup>112</sup>

Respecto de la competencia ejecutiva en comunicaciones electrónicas (artículo 140. 7º del Estatuto catalán) el Tribunal Constitucional señala que la competencia en “medios de comunicación social” (artículo 149.1.27 CE) se vincula a los aspectos del artículo 20 CE, mientras que la competencia exclusiva estatal en “telecomunicaciones” del artículo 149.1.21 CE se conecta con los aspectos técnicos de la emisión relativos al uso de las ondas radioeléctricas o electromagnéticas. La competencia estatal en el “régimen general de comunicaciones” de este mismo precepto incluye todas las competencias legislativas e incluso ejecutivas para el Estado, las competencias ejecutivas “necesarias para configurar un sistema materialmente unitario”. Ahora bien, sobre estas bases, se considera que la competencia autonómica ejecutiva en la “determinación de la existencia de un conjunto mínimo de servicios de acceso universal atiende a estos servicios de acceso universal en cuanto medios de comunicación social, lo que remite al artículo

.....  
112 FJ 68º: “sin que el hecho de que el comercio electrónico pueda extenderse más allá del territorio de Cataluña y reclame la inconstitucionalidad del precepto estatutario, toda vez que el Estado, ex artículo 149.1.13 CE, es competente para regular los puntos de conexión interterritoriales respecto de esta modalidad comercial, que deberán respetarse por la Generalitat”.



20 CE”. Así, al no ser el artículo 149. 1º. 21ª sino el 27ª y no ser competencia legislativa, se admite su asunción autonómica y no es inconstitucional.

*El acceso a Internet en el ámbito laboral y su posible control total del empresario*

El acceso a Internet cobra una dimensión especial, un régimen jurídico constitucional diferente en el ámbito laboral. Como punto de partida cabe tener en cuenta la Sentencia 281/2005, del 7 de noviembre del Tribunal Constitucional sobre el uso sindical de los medios electrónicos y tecnológicos de la empresa. En la misma se discierne entre el contenido esencial del derecho, los derechos y facultades adicionales fijados por regulación del desarrollo<sup>113</sup> y los derechos de concesión unilateral del empresario.<sup>114</sup> El acceso a la red en el trabajo queda como contenido adicional a derechos fundamentales. Es más, imponer las barreras al correo electrónico a los trabajadores –con motivación antisindical– puede llegar a suponer una lesión de la libertad sindical.

No es que haya un derecho del empleado a acceder a Internet en el trabajo. De hecho, las empresas “no están obligadas a dotarse de esa infraestructura informática para uso sindical”.<sup>115</sup> Ahora bien, si la tecnología está implantada en la

113 “[L]os sindicatos pueden ostentar derechos o facultades adicionales, atribuidos por normas legales o por convenios colectivos, que se añaden a aquel núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical [...] de creación infraconstitucional y deben ser ejercitados en el marco de su regulación, pudiendo ser alterados o suprimidos por la norma legal o convencional que los establece”. (FJ 3º)

114 “[P]ueden también existir derechos sindicalmente caracterizados que tengan su fuente de asignación en una concesión unilateral del empresario (SSTC 132 del 16 de mayo y 269/2000, de 13 de noviembre). En estos casos, [...] el empresario [...] podrá suprimir las mejoras o derechos de esa naturaleza que previamente haya concedido. Pero, no exento de control, puesto que voluntad empresarial [...] en que no se verifique la supresión con una motivación antisindical (STC 269/2000, del 13 de noviembre, FJ 5).” (FJ 3º).

115 FJ 5º: “que la obligación del empresario de permitir la comunicación entre el sindicato y los trabajadores mediante la utilización de su sistema interno de correo electrónico no nace de una lectura actualizada de la norma legal del artículo 8.2 LOLS”.

“Resulta claro que el derecho a contar para uso sindical con un sistema de correo electrónico a costa del empleador no encaja dentro de los límites de dicho precepto, pues solo podría fundarse en una interpretación extensiva del derecho a un tablón de anuncios, que pasaría a considerarse como un tablón virtual. Una lectura extensiva de ese estilo no encuentra acomodo en nuestra doctrina sobre el contenido adicional de la libertad sindical, según la cual “no corresponde a este Tribunal determinar cuál es la interpretación más correcta de tal cuerpo normativo (STC 61/1989), ni resultaría constitucionalmente obligado que estando en juego una garantía legal del derecho fundamental se incline a priori por la interpretación aparentemente más beneficiosa para el titular de aquel, sino que basta con constatar si la interpretación llevada a cabo salvaguarda o no suficientemente el contenido del derecho fundamental” (STC 18/2001, del 29 de enero, FJ 2).”

“No cabe entender, consecuentemente, que exista una obligación legal de facilitar la transmisión de información sindical a los trabajadores, afiliados o no, a través de un sistema de correo electrónico con cargo al empleador.

empresa –hecho constatable–, el debate se centrará en “la facultad del empleador de impedir un uso sindical útil para la función representativa en la empresa una vez que el sistema está creado y en funcionamiento” (FJ 6º). Sobre estos términos, el Tribunal señala que la resistencia al uso de las TIC del empresario para la información sindical, necesita “justificación en razones productivas o en la legítima oposición a asumir obligaciones específicas y gravosas no impuestas al empresario” (FJ 7º).

Cuestión diferente al acceso sindical al correo electrónico es el control laboral absoluto del uso de medios informáticos en el trabajo. En los últimos años destacan la doctrina fijada en la STC 241/2012, del 17 de diciembre y en la STC 170/2013, de 7 de octubre del 2013. De ellas resulta especialmente llamativo el concepto de “expectativa razonable de confidencialidad” que tenga el usuario de las comunicaciones en razón de los contextos tecnológico y jurídico. Si se cuenta con tal perspectiva de confidencialidad, sí que se predica el secreto de las comunicaciones y, por tanto, las garantías que lleva aparejadas. Por una parte, este concepto permite la proyección a muy variables contextos de comunicación posibles. Así, no podrá predicarse razonablemente el secreto de las comunicaciones respecto de las que se realizan en un foro de Internet abierto o en una red social en la que se cuentan por cientos los “amigos” o “seguidores” o cuando se remite un correo electrónico o un *WhatsApp* a decenas o centenas de contactos (receptores). Pero sí que habría tal razonable expectativa de confidencialidad a propósito de un sistema de mensajería privada integrado en una red social (por ejemplo, el correo o mensajes privados de *Facebook* o en un foro o chat privado), una conversación en *Skype* o en un *WhatsApp* dirigido a un contacto.

El concepto de “expectativa razonable de confidencialidad” permite además una importante contextualización jurídica, esto es, la confidencialidad ya no depende de la tecnología utilizada, sino del marco jurídico en la que se produce. Así, para la STC 241/2012, del 17 de diciembre, aunque se utilice un sistema cerrado de mensajería, el usuario no puede esperar razonable confidencialidad si el programa (como el antiguo *Messenger*, o por ejemplo el *WhatsApp*) ha sido instalado en un ordenador en contra de las normas del empresario que vedaban al trabajador la instalación de programas. En consecuencia, la prueba obtenida al

---

Las empresas, dicho en otras palabras, no están obligadas a dotarse de esa infraestructura informática para uso sindical”.

controlar el uso del sistema de mensajería sí que se consideró admisible constitucionalmente. De igual modo, para la STC 170/2013, del 7 de octubre del 2013, decae la expectativa de confidencialidad del correo electrónico de la empresa cuando el trabajador lo utiliza para fines personales siendo que las normas aplicables prohibían el uso privado del correo. Así las cosas, se confirma y complementa la doctrina unificada por el TS en su Sentencia del 26 de septiembre del 2007. En razón de la jurisprudencia, la prueba obtenida por medio del control empresarial respecto del uso laboral de medios informáticos será válida siempre que el trabajador haya conocido la posibilidad de dicho control o, en su caso, existan normas –también conocidas– que establezcan prohibiciones de usos o previsiones del referido control empresarial. Ciertamente, esta doctrina lleva a permitir un control o monitoreo absoluto del empresario de corte anglosajón, simplemente al mínimo precio de haber informado previamente al trabajador del posible control. El legislador bien podría intervenir y establecer algunos límites y garantías con respecto a un control total que despoje de un mínimo de intimidad y secreto las comunicaciones en el ámbito laboral.

Y lo que es más criticable es que esta situación contrasta y se hace casi incoherente con soluciones como la de la STC 29/2013, del 11 de febrero. En este caso, se estima contraria al derecho de protección de datos personales y, por tanto nula, la prueba obtenida por una cámara de videovigilancia cuya finalidad era la seguridad y que cumplía con los requisitos legales, entre otros, quedar debidamente anunciada y ser conocida por el trabajador. Las imágenes captadas se usaron en contra de un trabajador que incumplía sus deberes, si bien se consideró que la finalidad de seguridad era incompatible con la del control laboral. Estas corrientes jurisprudenciales chirrían y deben ser moduladas y matizadas merced a la fuerza democrática del legislador.

### **La “vieja” libertad de expresión e información y sus garantías ante el cierre de webs, el corte de acceso o ante el filtrado de contenidos en Internet**

Según se ha visto, el componente prestacional, de obligación de actuar, del derecho de acceso a las TIC va tomando cuerpo en el contexto internacional de manera autónoma como nuevo derecho. Asimismo, cabe ubicarlo en el marco de la dimensión objetiva de un derecho fundamental preexistente, como el derecho

a recibir información. También, cabría afirmarlo por conexidad a derechos fundamentales afines.

El naciente derecho fundamental de acceso a Internet incluye también garantías con respecto al corte de suministro o de acceso a la información. Así, las varias veces citada Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet del 2011, aun sin valor jurídico, dispone en su apartado 6:

- a. La interrupción del acceso a Internet, o a parte de este, aplicada a poblaciones enteras o a determinados segmentos del público (cancelación de Internet) no puede estar justificada en ningún caso, ni siquiera por razones de orden público o seguridad nacional. Lo mismo se aplica a las medidas de reducción de la velocidad de navegación de Internet o de partes de este.
- b. La negación del derecho de acceso a Internet, a modo de sanción, constituye una medida extrema que solo podría estar justificada cuando no existan otras medidas menos restrictivas y siempre que haya sido ordenada por la justicia, teniendo en cuenta su impacto para el ejercicio de los derechos humanos.

El acceso a Internet tiene un contenido negativo o de libertad ante el Estado e incluso ante agentes privados que debe considerarse ya protegido por garantías de un derecho fundamental clásico como la libertad de expresión e información. Así se explica que la restricción del acceso a las TIC deba ser considerada como limitación a un derecho fundamental que, entre otras garantías, requiere de autorización judicial. No hace falta acudir a un nuevo derecho fundamental, pero sí a una mayor claridad normativa y jurisprudencial.

## **La forja de las garantías judiciales ante el corte o restricción de Internet y los mandatos dirigidos a los prestadores de servicios de Internet**

### *La conformación de las garantías de Internet en Europa*

Como primer paso en Europa, cabe destacar la Decisión nº 2009-580 del 10 de junio del 2009 del Consejo Constitucional francés<sup>116</sup> respecto de la ley que favorece

.....  
116 El texto completo en francés en <http://goo.gl/eOEjSV>. Véase sobre el tema un resumen y un comentario breve del 2009, en <http://goo.gl/xOHQLG>

la difusión y la protección de la creación en Internet (Ley Hadopi I). El máximo intérprete de la Constitución gala señala las posibilidades de atribuir facultades sancionadoras a autoridades administrativas con el fin de preservar intereses protegibles como lo hace la ley. No obstante, considera que la libertad de expresión incluye el derecho de acceder a los servicios de Internet, dado “su desarrollo generalizado” y “la importancia de estos servicios para la participación en la vida democrática y la expresión de ideas y opiniones” (nº 12). Asimismo se tiene en cuenta que:

La competencia de la autoridad administrativa no se limita a una categoría particular de personas, sino que se extiende a toda la población y que sus competencias pueden llevar a restringir el ejercicio por cualquier persona, su derecho a expresarse y comunicarse libremente, sobre todo desde su casa. (nº 16)

Sobre esta base, una autoridad administrativa y no judicial no puede aplicar sanciones que supongan una restricción de la libertad de expresión, esto solo lo puede hacer un juez (nº 16). De igual modo, se considera inconstitucional la ley por establecer el principio de presunción de culpabilidad y no de presunción de inocencia. Ello es así porque la ley somete al abonado de la línea de conexión de Internet la obligación de probar que él no ha vulnerado los derechos de autor (nº 18).

Al mismo tiempo en la Unión Europea en el 2009 se debatió si la desconexión a la red requiere de una autorización judicial. En ese momento se generó un importante conflicto entre el Parlamento y el Consejo,<sup>117</sup> que se resolvió con la llamada “previsión de libertad” del artículo 1.3 bis de la Directiva 2002/21/CE<sup>118</sup>.

117 En mayo del 2009, contra todo pronóstico, in extremis, la Eurocámara no aprobó la enmienda que preveía la desconexión de los navegantes de la red sin esperar a que un juez lo ordenara cuando “la seguridad pública se vea amenazada”. Esta enmienda, sin embargo, prohibía “restricción alguna a los derechos y libertades fundamentales sin una resolución previa de las autoridades judiciales”. Esta modificación no estaba incluida en el acuerdo con el Consejo, por lo que la totalidad del paquete sobre las telecomunicaciones tuvo que ir a conciliación. La cuestión se resolvió en noviembre del 2009.

118 “3 bis. Las medidas adoptadas por los Estados miembros relativas al acceso o al uso por parte de los usuarios finales de los servicios y las aplicaciones a través de redes de comunicaciones electrónicas respetarán los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas, como queda garantizado en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en los principios generales del derecho comunitario. Cualquiera de esas medidas relativas al acceso o al uso por parte de los usuarios finales de los servicios y las aplicaciones a través de redes de comunicaciones electrónicas, que sea susceptible de restringir esos derechos y libertades fundamentales solo podrá imponerse si es adecuada, proporcionada y necesaria en una sociedad democrática y su aplicación estará sujeta a las salvaguardias de procedimiento apropiadas de conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y con los principios generales del derecho comunitario, que incluyen una protección judicial efectiva y un procedimiento con las debidas garantías. Por tanto, dichas medidas solo podrán ser adoptadas respetando debidamente

•Las obligaciones del Estado: el nuevo derecho fundamental de acceso a Internet.

El arreglo vino a afirmar la protección judicial efectiva, sin perjuicio de casos de urgencia justificados y siempre con tutela judicial efectiva.

Resulta un referente indiscutible la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 18 de diciembre del 2012 en el asunto Ahmet Yıldırım c. Turquía. Ha sido la primera de este alto tribunal que aborda centralmente la libertad de expresión en Internet.<sup>119</sup> A partir de ella se puede inferir, en esencia, que:

No puede ordenarse a los prestadores que bloqueen contenidos sin discriminar entre los que son lícitos y los ilícitos y para que se adopten medidas de bloqueo es necesaria una regulación legal que dé previsibilidad, certeza y garantías suficientes en la materia.

El TEDH entiende que viola la libertad de expresión con la imposición –judicial– de medidas de bloqueo de acceso a contenidos en Internet que no discriminan contenidos del sitio implicado en un proceso penal y los de otros sitios del servicio *Google Sites* con contenidos al margen de dicho proceso. El Tribunal aprovecha la ocasión para fijar algunos parámetros de la regulación del bloqueo de contenidos en la web (aps. 64 y ss.):

Es necesario un marco legal para garantizar tanto un control estricto sobre el alcance de las prohibiciones y con la garantía de la tutela judicial efectiva para prevenir cualquier abuso de poder. [...] La revisión judicial de la medida sobre la base de una ponderación de los intereses contrapuestos ha de estar diseñada para lograr un equilibrio entre estos intereses (ap. 64).

El TEDH admite el bloqueo judicial de contenidos, pero siempre que se cuente con un marco legal concreto, previsible por los intermediarios y afectados y diseñado para lograr un equilibrio de intereses, que regule el control judicial de las

---

el principio de presunción de inocencia y el derecho a la vida privada. Se garantizará un procedimiento previo, justo e imparcial, que incluirá el derecho de los interesados a ser oídos, sin perjuicio de que concurren las condiciones y los arreglos procesales adecuados en los casos de urgencia debidamente justificados, de conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Se garantizará el derecho a la tutela judicial efectiva y en tiempo oportuno”.

119 El demandante tenía una web alojada en el servicio Google Sites para difundir trabajos académicos y opiniones personales. Se trataba de contenidos totalmente ajenos a un proceso penal por temas lesivos para la memoria de Atatürk otra página de ese servicio (Google Sites). A instancias de la autoridad turca de telecomunicaciones un tribunal resolvió el bloqueo preventivo de la web, pero para poder hacerlo efectivo se ordenó el bloqueo del servicio de Google Sites en su conjunto, como única vía para impedir el acceso a la página web con el contenido supuestamente delictivo.

medidas. Asimismo, es preciso que la legislación imponga al juez que se adopte la medida menos restrictiva, de modo que bloquee el mínimo de contenidos posibles y, en principio, solo se impida el acceso a la web concreta.<sup>120</sup>

En clara vulneración de esta jurisprudencia del TEDH precisamente para Turquía, ha sido llamativo que en marzo del 2014 el presidente turco Recep Tayyip Erdoğan ordenara a la Autoridad de Telecomunicaciones de Turquía bloquear *Twitter* y días después *Youtube*. Se argumentó que estos prestadores no habían filtrado unos contenidos concretos que consideraba ilegales. Así pues, se censuró el todo por la ilegalidad de una parte. Esta carrera bloqueadora fue detenida primero por la justicia ordinaria que simplemente la consideró “contraria a los fundamentos del Estado de Derecho”.<sup>121</sup> El bloqueo fue luego considerado inconstitucional por el Tribunal Constitucional turco.<sup>122</sup>

Un tema de interés especialmente abordado en el ámbito de la Unión Europea es la posibilidad de imponer controles y filtros generales o específicos a los proveedores de acceso o intermediarios. Así, en primer término, no puede imponerse a los prestadores o intermediarios que establezcan controles o filtros técnicos de contenidos en Internet sin distinguir entre contenidos lícitos o ilícitos. Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) del 24 de noviembre del 2011, Asunto C-70/2010, *Scarlet Extended* contra Sabam y Asunto C-360/10 Sabam contra Netlog del 16 de febrero del 2012 no permiten que judicialmente se impongan controles y filtrados técnicos y preventivos a prestadores de servicios y redes sociales para evitar la comisión de ilícitos de propiedad intelectual y protección de datos. El TJUE considera que deben prevalecer la libertad de

120 El TEDH admite que medidas de bloqueo de acceso a contenidos en Internet puedan estar justificadas. Sin embargo, en este caso el juez no verificó si cabía una medida menos restrictiva (ap. 64); se tenía que haber elegido un método en el que solo quedara inaccesible la web concreta del proceso penal (ap. 65), mientras que no hay muestra de que los jueces tuvieron en cuenta los intereses en juego a la hora de bloquear Google Sites, puesto que la legislación que adoptaron no contiene esta obligación (ap. 66). La aplicación de tal normativa no satisface el requisito de predictibilidad y no brinda el nivel de protección que garantiza el Estado de derecho de una sociedad democrática. Es más, una normativa que no regula con garantías el posible bloqueo de Internet está en “conflicto directo” con la exigencia del artículo 10. 1º CEDH de que la protección de la libertad de expresión lo es “sin consideración de fronteras” (ap. 67). El bloqueo general produjo efectos arbitrarios y, dada la carencia de garantías legales, el sistema de revisión judicial es insuficiente para evitar abusos (ap. 68).

121 Esto, según diversas noticias periodísticas con referencia a un juzgado administrativo de Ankara tras una denuncia de la Unión de Colegios de Abogados de Turquía.

122 En todo caso, la resolución del Tribunal Constitucional (TC) turco fue bastante confusa y no estableció con claridad el final del bloqueo.

•Las obligaciones del Estado: el nuevo derecho fundamental de acceso a Internet.

expresión y la protección de los usuarios que serían controlados y rastreados, así como la libertad de empresa ante la imposición de estos controles “dado que se corre el riesgo de que el citado sistema no distinga suficientemente entre contenidos lícitos e ilícitos, por lo que su establecimiento podría dar lugar al bloqueo de comunicaciones de contenido lícito” (ap. 52). Años antes, la misma Agencia Española de Protección de Datos (AGPD) afirmó que:

Requerir el consentimiento individualizado de los ciudadanos para incluir sus datos personales en Internet o exigir mecanismos técnicos que impidieran o filtraran la incorporación in consentida de datos personales podría suponer una insoportable barrera al libre ejercicio de las libertades de expresión e información a modo de censura previa (lo que resulta constitucionalmente proscrito).<sup>123</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, en razón de la Sentencia del TJUE del 27 de marzo del 2014,<sup>124</sup> sí que es posible que un juez solicite a un proveedor de Internet que bloquee el acceso de sus clientes a un sitio web que vulnera los derechos de autor. El TJUE señala que el juez nacional que ordene la medida debe ponderar derechos y libertades e intereses en juego. Se afirma que las medidas de bloqueo “no priven inútilmente a los usuarios de Internet de la posibilidad de acceder de forma lícita a la información disponible” (nº 63) y que “tanto los internautas como también el proveedor de acceso a Internet deben poder hacer valer sus derechos ante el juez” (nº 54). No obstante, no es necesario probar que los usuarios del servicio acceden efectivamente a los contenidos ilegales.

### La conformación de las garantías ante el cierre de Internet en España

En España al menos en dos ocasiones se han adoptado medidas individualizadas judiciales para impedir el acceso a Internet, en ambos casos fruto de cierto activismo judicial sin un marco legal claro. Así, la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Huelva del 17 de octubre del 2012,<sup>125</sup> respecto de un condenado por delito

123 En la Resolución R/00598/2007 en el Procedimiento Nº TD/00266/2007.

124 Sentencia TJUE del 27 de marzo del 2014 asunto C 314/12 UPC Telekabel Wien GmbH / Constantin Film Verleih GmbH y Wega Filmproduktionsgesellschaft mbh.

125 Respecto a esta sentencia y a las dificultades para su ejecución, un comentario en <http://goo.gl/8MxH9I> Ana Isabel Mendoza Losana, Eficacia privada de la pena de “destierro virtual ¿están los proveedores de acceso a Internet obligados a negarse a contratar con los condenados por delitos cometidos por medio de la red? “Documentos noticias breves, marzo de 2013” <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/>



sexual en la red, impuso a los proveedores de todo el país la prohibición de facilitarle acceso a la red. En otro marco, la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia 470/2013 de la Sección 15ª, del 18 de diciembre del 2013, ordenó al operador de telecomunicaciones suspender “de inmediato y de forma definitiva la prestación del servicio de acceso a Internet” a uno de sus usuarios. La base legal (arts. 138 y 139. 1. h) de la Ley de Propiedad Intelectual es discutible y no se había aplicado antes.

Respecto del bloqueo o cierre de una página web en España, las medidas normativas de protección de la propiedad intelectual se intensificaron bajo la presión de Estados Unidos (como se puso de manifiesto por medio de los cables revelados por *WikiLeaks*).<sup>126</sup> Se trató de la políticamente convulsa “Ley Sinde” (por la entonces ministra de cultura socialista Sinde), que fue rechazada por el Senado y posteriormente modificada para lograr el apoyo de partidos de la oposición. Con la Ley Sinde y, mediante diversas reformas legales, se creó un órgano administrativo (la Sección 2ª de Propiedad intelectual) que tras un procedimiento puede resolver el cierre o bloqueo de una página web por permitir el acceso ilegal a contenidos protegidos por propiedad intelectual.

En el 2011 se aprobó la Ley Sinde, si bien el gobierno socialista que se sabía saliente, no se atrevió a sancionar el necesario procedimiento reglamentario. Una de las primeras medidas del Gobierno popular<sup>127</sup> al final del 2011 fue el desarrollo reglamentario de esta ley y la supresión del también polémico canon digital. Estas normas lograron atemperar las críticas y presiones de Estados Unidos y sacaron a España de la referida lista 301. No obstante, la efectividad práctica o simbólica contra la piratería es más que relativa.<sup>128</sup>

---

eficacia-privada-de-la-pena-de-destierro-virtual-están-los-proveedores-de-acceso-a-internet-obligados-a-negarse-a-contractar-con-los-condenados-por-delitos-cometidos-a-traves-de-la-red.pdf (acceso noviembre 1, 2014).

126 Así puede seguirse por ejemplo en “EE. UU. ejecutó un plan para conseguir una ley antidescargas”, *El País*, 3 de febrero del 2010 <http://goo.gl/oByKpG>

127 Se trata esencialmente del Real Decreto 1889/2011, del 30 de diciembre por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual. Al mismo momento se suprimió el canon digital de acuerdo con la Disposición 10ª del Real Decreto-Ley 20/2011, del 30 de diciembre.

128 Según una respuesta del Gobierno a la pregunta parlamentaria, en enero del 2014 la Sección segunda de propiedad intelectual resolvió 316 de las 394 solicitudes presentadas suponiendo la retirada de contenidos de 85 páginas, así como el cese de actividades de 15 de ellas. Son cientos las webs de enlaces y millones los enlaces que apuntan continuamente a contenidos protegidos por la propiedad intelectual.

•Las obligaciones del Estado: el nuevo derecho fundamental de acceso a Internet.

La ley de Internet, Ley 34 del 2002, en su artículo 8 no deja clara la cuestión de si es necesaria la autoridad judicial:

En todos los casos en los que la Constitución y las Leyes reguladoras de los respectivos derechos y libertades así lo prevean de forma excluyente, solo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo, en tanto garante del derecho a la libertad de expresión, del derecho de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, la libertad de cátedra y el derecho de información.

Y lo cierto es que hasta el 2010 ninguna ley expresaba la garantía judicial para cerrar una web. Ese año, como medida contra la piratería informática la Ley de economía sostenible estableció un sistema para que una entidad administrativa decretara el cierre de webs que enlacen a contenidos ilícitos, en la llamada Ley Sinde. Sin embargo, se le añadió una intervención judicial: “acordada la medida por la Comisión, se solicitará del juzgado competente la autorización para su ejecución, referida a la posible afectación a los derechos y libertades garantizados en el artículo 20 de la Constitución artículo 122 bis Ley 29/1998)”. Es interesante destacar que en el trámite de aprobación, el Consejo de Estado y el Consejo General del Poder Judicial dieron por hecho que la Constitución impone la garantía judicial para impedir el acceso a una página web.<sup>129</sup>

Ante esta cuestión más polémica, ha pasado inadvertido que una administración, la Agencia de protección de datos, no tiene problema en decretar sanciones muy relevantes por difusión ilícita de datos personales en webs, esto es, por informar sobre otras personas. Es más, en la instrucción de procedimientos relativos a una página web o los contenidos de una red social, la Agencia puede requerir la cesación de la difusión de datos personales o inmovilizar directamente, en otras palabras, puede bloquear el acceso o cerrar una web (artículo 49 LOPD). Se hace impensable que esto pudiera hacerlo una administración respecto de los medios clásicos de comunicación. El Tribunal Constitucional español en modo alguno ha dejado claros los términos en que es posible un control administrativo de contenidos,<sup>130</sup> pese a que parece que se está generalizando en la red.

129 Con facilidad puede seguirse en <http://www.cotino.net/2010/03/consejo-de-estado-ley-de-economia-sostenible-y-cierre-de-webs/> (acceso noviembre 27, 2014).

130 Se dan algunas directrices en la STC 52/1995 del 23 febrero (FJ 4º, que sea una ley formal la que autorice al poder público y que la resolución sea motivada). Por el contrario la STC 187/1999, del 25 octubre (caso “La máquina de la verdad”), hace dudar de cualquier control no judicial de contenidos (FJ 6º).

No todo es libertad de expresión e información en Internet y, por tanto, no toda restricción de acceso a contenidos de la red requerirá de la garantía judicial. La clave reside básicamente en el interés o relevancia pública de la información, que es lo que ha de hacer más intensa su protección y no ya el sujeto que transmite tal información (medios de comunicación clásicos). Así las cosas, en terrenos más distantes del ejercicio de la libertad de expresión e información, como por ejemplo, en la oferta de bienes y servicios por medio de Internet y el consumo, no hay que excluir las resoluciones administrativas que puedan afectar a contenidos en internet siempre con la previsión legal exigible y la siempre posible revisión judicial.

### El derecho de acceso y la garantía de la neutralidad de la red

La Declaración conjunta sobre libertad de expresión e internet del 2011 afirma en su principio 5 (“Neutralidad de la red”):

- a. “El tratamiento de los datos y el tráfico de Internet no deben ser objeto de ningún tipo de discriminación en función de factores como dispositivos, contenido, autor, origen y/o destino del material, servicio o aplicación.
- b. Se debe exigir a los intermediarios de Internet que sean transparentes respecto de las prácticas que emplean para la gestión del tráfico o la información y cualquier información relevante sobre tales prácticas debe ser puesta a disposición del público en un formato que resulte accesible para todos los interesados.

Se trata, pues, de no dar prioridad a unos contenidos u otros en Internet sino de mantener la apertura de esta plataforma.<sup>131</sup> Se intenta que puedan surgir iniciativas, sitios y proyectos en igualdad, que todos partan de la misma línea de salida, evitando una red parcelada en razón de la capacidad económica de los proveedores de contenidos o de la de los usuarios o consumidores. Se acepta que la gestión del tráfico de Internet permita ciertas prácticas para garantizar su calidad. Pero se trata de evitar que por razones que nada tienen que ver con la gestión del tráfico,

.....  
131 Sobre el tema, recientemente, Mercedes Fuertes, *Neutralidad de la red, ¿realidad o utopía?* (Madrid: Marcial Pons, 2014). De interés, Christopher Thomas Marsden, “Neutralidad de la Red: historia, regulación y futuro”, 24-43 y Joan Barata, “El concepto de net neutrality y la tensión entre regulación pública y autorregulación privada de las redes”, 44-52, ambos en IDP: *revista de internet, derecho y política* No. 13, 2012 (Ejemplar dedicado al VII Congreso Internacional internet, Derecho y Política. Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de internet).

•Las obligaciones del Estado: el nuevo derecho fundamental de acceso a Internet.

puedan bloquear o degradar servicios legales.<sup>132</sup> La cuestión, por tanto, tiene que ver claramente con el acceso a la red y con las condiciones en las que se realiza.

Sin perjuicio de ser una cuestión de relevancia global, lo cierto es que el debate esencial se da en los Estados Unidos. Como recuerda Rodríguez,<sup>133</sup> juristas de prestigio como Lawrence Lessig y Tim Wu empezaron a mostrar su preocupación acerca de la posibilidad de que los proveedores usaran algún día su control de las redes para discriminar en perjuicio o beneficio de ciertos proveedores de contenido o aplicaciones.<sup>134</sup> Son pocas las operadoras de telecomunicaciones que sostienen la infraestructura y si se les permite hacer libre uso de su tecnología para bloquear, degradar y controlar las aplicaciones o los contenidos. Esto pondría en peligro el potencial de creatividad e innovación de Internet.

En el 2005 la Comisión de las Comunicaciones de Estados Unidos (FCC, por sus siglas en inglés) reconoció en una declaración no vinculante las “cuatro libertades” que pasaban a ser ejes de la política de la FCC sobre Internet<sup>135</sup> y suponían la neutralidad, si bien permitían prácticas razonables para un mejor funcionamiento. La cuestión se complicó cuando se pretendió aplicarlas con la sanción en el 2008 a la compañía Comcast. Esta compañía fue sancionada por sus prácticas de retraso o bloqueo de paquetes de datos por uso de programas *peer-to-peer*. Tales actividades se consideraron no razonables y se aplicaron por primera vez las cuatro libertades, los principios de neutralidad de la red. Sin embargo, en el 2010 el D.C. Circuit Court of Appeals anuló la resolución aprobada por la FCC contra Comcast<sup>136</sup> por falta de competencia de esa Comisión. Justo antes, para cumplir su promesa electoral, en el 2009 Barack Obama, lanzó la iniciativa *Open*

.....  
132 Una clara explicación y recorrido histórico en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las regiones. La Internet abierta y la neutralidad de la red en Europa COM(2011) 222 final <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0222&from=ES> (acceso noviembre 1, 2014).

133 En castellano, por todos, Luis Fernando Rodríguez García, “Políticas de la Federal Communications Commission en materia de neutralidad de la red”, en Lorenzo Cotino Hueso, edit., *Libertades de expresión e información en Internet...* (2001), 99-113.

134 En este sentido, Tim Wu, Network Neutrality, Broadband Discrimination, 2 J. On *Telecomm. & High Tech. L.* 141, 145-46, 165-68 (2003); Lawrence Lessig, *The Future of Ideas*, at 46-48, 155-76, 246-49 (2001).

135 Appropriate Framework for Broadband Access to the internet over Wireline Facilities, Policy Statement, 20 FCC Rcd. 14986 (2005). Id.

136 Comcast Corp. v. FCC, 600 F.3d 642 (D.C. Cir. 2010). Id.

*Internet*<sup>137</sup> para regular y ampliar los deberes de neutralidad; además nombró a un partidario de la neutralidad en la FCC. Se daban dos posibilidades: aprobar una norma que atribuyera competencia a la FCC o que reclasificara los servicios de banda ancha como un servicio de telecomunicaciones regulado por el Título II. Según esta última vía los Proveedores de Servicios de Internet (ISP, por sus siglas en inglés) no podrían, claramente, hacer discriminación alguna. El 15 de mayo del 2014, la FCC decidió considerar dos opciones: permitir líneas de banda ancha rápidas y lentas o reclasificar la banda ancha como un servicio de telecomunicaciones, preservando así la neutralidad de la red. La sorprendente Declaración del Presidente de los Estados Unidos Barack Obama el 10 de noviembre del 2014<sup>138</sup> recomienda a la FCC reclasificar el servicio de Internet de banda ancha como un servicio de telecomunicaciones con el fin de preservar la neutralidad de la red. En tal Declaración afirma que el intermediario no debe bloquear contenidos ni estrangularlos (*throttling*), esto es, que los ISP no “deben ser capaces de retardar intencionalmente o acelerar la conexión en razón de sus contenidos”. Subraya sobre todo que ningún servicio vaya por una “vía lenta” por sus contenidos, porque ello “socavaría la igualdad de condiciones esenciales para el crecimiento de internet”. La situación está, como se puede ver, en un momento clave que afectará por ondas concéntricas a todo el mundo o, por lo menos, a Occidente.

Más allá de Estados Unidos cabe apreciar una interesante evolución en diversos países. Como una de las primeras políticas adoptadas en Canadá, la Comisión de Radiotelevisión y Telecomunicaciones (CRTC) publicó en octubre del 2009 un nuevo marco sobre neutralidad de la red que impone a los proveedores unas obligaciones reforzadas en materia de transparencia y solo les permite emplear las técnicas de gestión del tráfico como último recurso.

En cuanto a la regulación de la neutralidad, la primera manifestación normativa en este sentido, de relevancia mundial, fue la chilena. Así, la Ley 20.453 del 18 de agosto del 2010 consagró tal principio al modificar la Ley General de

137 In Re Preserving the Open internet: Broadband Industry Practices, Notice of Proposed Rulemaking, 24 FCC Rcd. 13064 (2009). Id.

138 El texto completo de la misma puede accederse en <http://www.whitehouse.gov/net-neutrality>. “The President's Statement”.

•Las obligaciones del Estado: el nuevo derecho fundamental de acceso a Internet.

Telecomunicaciones.<sup>139</sup> Tras la afirmación general la cuestión se concretó en el Decreto 368 del 15 de diciembre del 2010.

Por otra parte, en junio del 2012 los Países Bajos fueron los primeros en regular la neutralidad en Internet al reformar su ley de telecomunicaciones.<sup>140</sup> En Ecuador el organismo responsable la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (Conatel) emitió en julio del 2011 la Resolución TEL-477-16-Conatel-2012 que afirma la neutralidad:<sup>141</sup> “los servicios no deberán distinguir ni priorizar de modo arbitrario contenido, servicios, aplicaciones u otros basándose en criterios de propiedad, marca, fuente de origen o preferencia”. En Brasil, el 23 de abril del 2014 se aprobó la Ley n° 12.965, Marco Civil de Internet, que recoge como principio la neutralidad de la red.<sup>142</sup>

.....  
139 Por lo que aquí interesa, se dispuso que:

“Artículo 24 I.- Para la protección de los derechos de los usuarios de Internet, el Ministerio, por medio de la Subsecretaría, sancionará las infracciones a las obligaciones legales o reglamentarias asociadas a la implementación, operación y funcionamiento de la neutralidad de la red que impidan, dificulten o de cualquier forma amenacen su desarrollo o el legítimo ejercicio de los derechos que de ella derivan, en que incurran tanto los concesionarios de servicio público de telecomunicaciones que presten servicio a proveedores de acceso a Internet como también estos últimos, de conformidad a lo dispuesto en el procedimiento contemplado en el artículo 28 bis de la Ley No. 18.168, General de Telecomunicaciones.

Artículo 24 J.- Un reglamento establecerá las condiciones mínimas que deberán cumplir los prestadores de servicio de acceso a Internet en cuanto a la obligatoriedad de mantener publicada y actualizada en su sitio web información relativa al nivel del servicio contratado, que incorpore criterios de direccionamiento, velocidades de acceso disponibles, nivel de agregación o sobreventa del enlace, disponibilidad del enlace en tiempo y tiempos de reposición de servicio, uso de herramientas de administración o gestión de tráfico, así como también aquellos elementos propios del tipo de servicio ofrecido y que correspondan a estándares de calidad internacionales de aplicación general. Asimismo, dicho reglamento establecerá las acciones que serán consideradas prácticas restrictivas a la libertad de utilización de los contenidos, aplicaciones o servicios que se presten a través de internet, acorde a lo estipulado en el artículo 24 H.”

140 El texto en holandés en <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2012-235.html>

141 El artículo 15. 6° “Hacer uso de cualquier aplicación o servicio legal disponible en la red de Internet, con lo cual el servicio que ofrezcan los prestadores de los servicios no deberán distinguir ni priorizar de modo arbitrario contenido, servicios, aplicaciones u otros basándose en criterios de propiedad, marca, fuente de origen o preferencia”.

142 “Artículo 9° El responsable de la transmisión, conmutación o ruteo tiene el deber de tratar de forma isonómica cualquier paquete de datos, sin distinción por contenido, origen y destino, servicio, terminal o aplicación. [...]”

2° En el caso de discriminación o degradación del tráfico prevista en el § 1°, el responsable en dicho artículo debe:

- I – abstenerse de causar daño a los usuarios, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 927 del Código Civil;
- II – actuar con proporcionalidad, transparencia e isonomía;
- III – informar previamente de modo transparente, claro y suficientemente descriptivo a sus usuarios sobre las prácticas de gestión y reducción del tráfico adoptadas, inclusive las relacionadas con la seguridad de la red y
- IV– ofrecer servicios en condiciones comerciales no discriminatorias y abstenerse de practicar conductas anticompetitivas”.

En el 2009 la Comisión de la Unión Europea, en su Comunicación “Declaración de la Comisión sobre la neutralidad de Internet” (2009/C 308/02) afirmó la importancia de la neutralidad como “objetivo político”, acorde con la idea de transparencia, la regulación que evite que no haya barreras al tráfico en Internet, la supervisión de las normas de los Estados y el vínculo con lo que tiene que ver con las “libertades en Internet”.<sup>143</sup> Después de un procedimiento de consulta pública “sobre una Internet abierta y la neutralidad de la red”, que tuvo lugar entre el 30 de junio y el 30 de septiembre del 2010, la Comisión publicó su Comunicación “La internet abierta y la neutralidad de la red en Europa” COM (2011) 222 final.<sup>144</sup> Su traducción jurídica básica se centra en reconocer “la capacidad de los usuarios finales para acceder y distribuir la información o utilizar las aplicaciones y los servicios de su elección” (artículo 8, apartado 4, letra g), de la Directiva marco, Directiva 2002/22/CE, tras la reforma del 2009. Cabe tener en cuenta la Resolución del Parlamento Europeo de 17 de noviembre del 2011 sobre la Internet abierta y la neutralidad de la red en Europa (2011/2866).<sup>145</sup>

Actualmente, la Unión Europea está en proceso de aprobación del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen medidas en relación con el mercado único europeo de las comunicaciones electrónicas y para crear un continente conectado. En el procedimiento en marcha, el Pleno del Parlamento Europeo discutió y aprobó en marzo del 2014 una propuesta sobre la neutralidad en la red.

.....  
143 La Comisión otorga gran importancia al mantenimiento del carácter abierto y neutral de Internet, teniendo plenamente en cuenta la voluntad de los legisladores de consagrar ahora la neutralidad de Internet como un objetivo político y un principio regulador que han de ser fomentados por las autoridades nacionales de reglamentación 1) junto con el refuerzo de requisitos de transparencia afines; 2) la creación de competencias de salvaguardia para las autoridades nacionales de reglamentación con el fin de prevenir la degradación de los servicios y la obstaculización o entorpecimiento del tráfico en las redes públicas 3) la Comisión supervisará atentamente la aplicación de dichas disposiciones en los Estados miembros, haciendo especial hincapié en su informe anual al Parlamento Europeo y el Consejo en el modo en que se están protegiendo las “libertades de Internet” de los ciudadanos europeos. Entretanto, la Comisión seguirá de cerca las repercusiones de las evoluciones del mercado y de la tecnología en cuanto a las “libertades de Internet”, informará al Parlamento Europeo y al Consejo antes de que finalice el 2010 de la necesidad o no de directrices adicionales e invocará sus atribuciones legislativas existentes en materia de competencia para tratar cualquier práctica contraria a la competencia que pueda producirse.

144 <http://goo.gl/Jg8HrX>

145 <http://goo.gl/AxbU5V>

## **Una propuesta: la especial protección constitucional a los prestadores de servicios que permiten la comunicación pública electrónica esencial para la democracia moderna**

No solo se trata de reconocer el derecho fundamental de acceso a Internet y de extender las garantías de las libertades de expresión e información. Hay que reforzar la posición jurídico-constitucional de los prestadores de servicios de acceso a la información. La garantía institucional reconocida clásicamente a los medios de comunicación social, y que refuerza jurídicamente la posición de los medios, ya no solo debe atribuírseles a ellos, sino que debe reconocerse especialmente a determinados prestadores de servicios de la sociedad de la información.<sup>146</sup> Qué duda cabe que el buscador *Google* o el servidor de vídeos *Youtube* o la enciclopedia interactiva *Wikipedia*, por citar algunos, son elementos esenciales para el acceso a la información en la actualidad. Es cierto que estos grandes prestadores de servicios, tienen de hecho una posición materialmente reforzada por su enorme relevancia económica y social en el mundo moderno, pero deben contar también con el reconocimiento reforzado de una garantía institucional o la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, lo cual en modo alguno implica la mayor libertad que pueda venir conferida por la actual falta de regulación. Lo mismo cabe decir de las herramientas que facilitan la interacción y el debate entre los usuarios de Internet, particularmente las herramientas más empleadas de la llamada web 2.0. En este punto, las redes sociales, así como habituales foros o espacios colaborativos son instrumentos específicos e idóneos para el acceso a la información y para la generación de información y contenidos y, en fin, para el ejercicio de las libertades informativas. De este modo, debe reconocerse también a los grandes prestadores de estos servicios la garantía institucional, que en su caso puede reforzar las garantías en cada caso concreto.

Cabe recordar en este sentido que en España desde la STC 12/1982 (FJ 3º) se atribuye una garantía institucional a la “opinión pública libre”, dado que esta es esencial para el sistema democrático. Se afirma desde entonces que:

.....  
<sup>146</sup> Puede seguirse esta afirmación desde “Retos, amenazas, tendencias y “olvidos” de la libertades de expresión e información de los usuarios, prestadores de servicios e intermediarios de internet”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, monográfico*. “Comunicación, nuevas tecnologías y constitucionalismo democrático”, coord., Rubén Martínez Dalmau y José María Vidal Beltrán, nº 76-77, 2014.



La preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos y [...] también una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social y, en razón de ello, a quienes profesionalmente los sirven.

Aunque se relativiza desde los años noventa, en razón de esta garantía o la dimensión objetiva de la libertad de expresión e información se refuerza la prevalencia de la posición de los medios de comunicación, lo cual se observa especialmente en el juicio y ponderación del interés público en el ejercicio de las libertades informativas (ver entre otras muchas las SSTC 104/1985, FJ 5º; 159/1986, FJ 6º; SSTC 171 y 172/1990 O STC 21/2000, o más recientemente la STC 9/2007, FJ 4º). Obviamente, no se trata de un efecto automático que implique una ponderación siempre favorable a los medios de comunicación, sino que la situación se analiza en cada caso concreto.

Parafraseando la referida argumentación constitucional, hoy es indiscutible que sin los prestadores de la sociedad de la información que permiten el acceso a la información y la generación de contenidos y la interacción de los usuarios “no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular”, por lo que merecen “una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social”.

Aunque las ha ignorado por completo la sentencia definitiva, claramente contraria a las mismas, las conclusiones del 26 de junio del 2013 del Abogado General Jääskinen del caso Google contra AGPD fueron rotundas al afirmar que:

Poner contenidos a disposición del público en Internet equivale, como tal, a la libertad de expresión. [...] La publicación en la web es un medio para que los particulares participen en debates o difundan sus propios contenidos o contenidos cargados por otros, en Internet”. (ap. 122)

No hay que desdeñar tales afirmaciones. Cabe puntualizar que las libertades de expresión e información se ejercen cuando se trata de contenidos de interés o relevancia pública. Por el contrario, la sentencia que resuelve este caso no confiere una protección especial al buscador Google en razón de su papel esencial para el acceso a la información en el mundo. No se tiene en cuenta el efecto que puede producirse de modo global por imponer límites o condiciones severas a este prestador de servicios o a muchos otros que quedan en el ámbito de proyección de

esta sentencia. Simplemente se aborda la cuestión desde la perspectiva del caso concreto.

Es de interés recordar el principio 1º b) de la ya citada Declaración conjunta sobre libertad de expresión e internet del 2011 (ONU, OSCE, OEA, etc.):

b. Al evaluar la proporcionalidad de una restricción a la libertad de expresión en Internet, se debe ponderar el impacto que dicha restricción podría tener en la capacidad de Internet para garantizar y promover la libertad de expresión respecto de los beneficios que la restricción reportaría para la protección de otros intereses.

En la referida sentencia no parece preocupar que pueda haber una sensible merma de contenidos accesibles efectivamente en Internet. No se considera que afecte a la libertad de información ni que esta disminución de contenidos sea resultado de aplicar criterios privados, esto es, tanto el interés privado del sujeto sobre el que versan los contenidos cuanto el interés privado de Google de retirar temas que sean problemáticos.

### **La no discriminación en la implantación de la administración electrónica y las obligaciones de relacionarse exclusivamente por medios electrónicos**

Desde el punto de vista jurídico, desde el principio de igualdad debe garantizarse que la implantación de servicios electrónicos por las administraciones públicas no genere discriminaciones. Ahora bien, el avance de las nuevas tecnologías siempre va a dotar de más posibilidades a quien accede a ellas que a quien no quiere o no puede hacerlo. El ciudadano conectado, lógicamente, siempre contará con más y mejor información. Considerar per se esto discriminatorio frenaría, de forma absurda, el avance de la sociedad de la información y del conocimiento. En general, dotar de ventajas al internauta no debe considerarse discriminatorio, siempre que ello no implique una clara desventaja, incluso castigo a quien no está conectado. El tratamiento jurídico no es en modo alguno sencillo y es preciso ir al caso concreto. Por ejemplo, cabe preguntarse si sería discriminatorio que la devolución del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) se practique antes, como así parece ser, a quienes presentan su declaración vía electrónica. La mayor agilidad en la tramitación del procedimiento puede justificar este tipo de tratos favorables. También es válido cuestionarse si una tasa puede ser menor

cuando el ciudadano reciba un servicio electrónico que tenga menos costes para la administración que cuando lo presta en papel.

Las exclusiones más relevantes pueden generarse por obligar a la ciudadanía a relacionarse exclusivamente por medios electrónicos con la administración.<sup>147</sup> A ello da cobertura el artículo 27. 6º de la Ley 11/2007 que regula la e-administración:

6. Reglamentariamente, las administraciones públicas podrán establecer la obligatoriedad de comunicarse con ellas utilizando solo medios electrónicos, cuando los interesados se correspondan con personas jurídicas o colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos.

Es necesario tener en cuenta que respecto de la relación electrónica con la administración hay un claro mandato de garantías de acceso de todos a las TIC (artículo 8):

1. Las administraciones públicas deberán habilitar diferentes canales o medios para la prestación de los servicios electrónicos, garantizando en todo caso el acceso a los mismos a todos los ciudadanos, con independencia de sus circunstancias personales, medios o conocimientos, en la forma que estimen adecuada.

Pues bien, el artículo 27. 6º exige que sea un reglamento el que imponga la obligación de relacionarse electrónicamente con la administración. Cabe recordar que las bases de un concurso, contratación o beca, por ejemplo, no tienen naturaleza reglamentaria aunque se adopten por medio de decretos u órdenes. Asimismo, la norma reglamentaria que imponga la relación electrónica debe determinar suficientemente la tipología de procedimientos que son obligatorios para la ciudadanía, así como los colectivos que quedan sujetos a la obligación, evitando fórmulas genéricas.

.....  
147 Sobre el tema "Los derechos de la ciudadanía ante la administración electrónica en la legislación española", *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías* nº 26, 2011-2, 19-45. Más extenso en: "El derecho a relacionarse electrónicamente con las administraciones y el estatuto del ciudadano e-administrado en la Ley 11/2007 y la normativa de desarrollo", en Eduardo Gamero Casado y Julián Valero Torrijos, coords., *La Ley de administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, del 22 de junio del 2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos* (Navarra, España: Aranzadi, 3ª edición, 2010), 177-344.

El tema es más sensible de lo que pueda parecer, puesto que hoy día millones de pequeñas empresas o empresarios autónomos o comunidades de propietarios quedan obligados a que se les notifiquen electrónicamente, por ejemplo, las multas de tráfico o comunicaciones con Hacienda, respectivamente. La Sentencia 59/2010 del 29 de enero del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Castilla y León anuló la imposición de la relación electrónica a una empresa de la construcción. Se entiende que sobre la base de un derecho reconocido a la relación electrónica (artículo 6 Ley 11/2007), la posibilidad de imponer la interactuación es excepcional y por tanto debe ser interpretada de forma restrictiva. Ni la norma estatal ni las normas autonómicas o locales tampoco ofrecen muchas luces ni garantías sobre la obligatoriedad de medios electrónicos.<sup>148</sup>

Así pues, quien apruebe la norma reglamentaria que establezca la obligación de medios electrónicos debe efectuar una constatación probada de que ello no implica riesgos de exclusión. Y esta garantía debería darse también para la tan generalizada práctica de exigir utilizar una plantilla en Internet para generar y completar una solicitud, sin perjuicio de que luego pueda presentarse el escrito en papel en la administración presencial.

.....  
148 A salvo del futuro decreto de e-administración de la Comunidad Valenciana que sí que incluye previsiones específicas y novedosas al respecto, quizá únicamente cabe mencionar la Ordenanza de Administración electrónica de Zaragoza que contiene algunas concreciones. Pese a que facilita mucho la imposición de medios electrónicos a cualquier solicitante de subvenciones o asociaciones, su apartado 2º incluye una garantía formal que puede evitar tal discriminación con la obligación de "informar con carácter previo a los afectados mediante sus colegios o asociaciones profesionales y otorgar un plazo de adaptación adecuado, antes de implantar plenamente la obligatoriedad del uso de medios electrónicos".

## LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA POR LA PUBLICACIÓN DE CONTENIDOS EN INTERNET

El presente capítulo parte de la idea de construir y generar conocimiento respecto del objeto sobre el cual se trabaja, para generar propuestas de solución a los problemas que se describen. Primero se plantea el problema objeto de estudio, los objetivos generales y específicos que se buscan, la delimitación conceptual, la delimitación del conjunto normativo y doctrinario que soportan la discusión jurídica sobre la materia.

Una vez buscados y encontrados los documentos y normas que plasman la discusión sobre el tema objeto de investigación, se procedió a su lectura y se construyó el presente documento a partir de un análisis cualitativo. El resultado de tal examen se resumen en la siguiente: 1) en la primera parte de este documento se analizan varios textos a partir de los contenidos, esto desde la óptica del derecho; 2) en la segunda parte se analizan algunos supuestos de publicación de contenidos por las administraciones y su consecuente responsabilidad y 3) se harán las recomendaciones pertinentes objeto de desarrollo académico.

Estudiar y hacer un análisis de la responsabilidad patrimonial de la administración pública colombiana por la publicación de contenidos, a partir de la utilización de tecnologías de la información y la comunicación. Se trata, pues, de abordar los problemas jurídicos que vienen dados, por un lado, por la aplicación directa del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, que establece

que “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”; y, por otra parte, las disposiciones legales contenidas, en primer término, en el artículo 60 de la Ley 1437 del 2011 que hace referencia a la obligación de todas las autoridades de tener al menos una dirección electrónica, de la cual serán responsables por la integridad, autenticidad y actualización de la información, así como de los servicios ofrecidos por ese medio, y, en segundo lugar, la ley de transparencia de acceso a la información pública colombiana, que refiere la obligación de publicar en la página web la información que obra en poder de los sujetos obligados, entre otros, las autoridades públicas.

En este contexto, es necesario delimitar cuál es el régimen de responsabilidad establecido para las administraciones públicas y su reglamentación legal, previa determinación de la existencia de imputación de responsabilidad a aquellas cuando de la publicación de contenidos en Internet se deriva y ocasiona un daño antijurídico o, por el contrario, de una cláusula de exención de responsabilidad.

Resulta oportuno dotar a los ciudadanos de un régimen jurídico que les permita establecer con total seguridad jurídica, sus relaciones con las administraciones públicas, por cuanto la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación en las relaciones administración-ciudadanos, deben contar con una protección legal que garantice los preceptos y mandatos constitucionales, entre ellos, el mandato ya referido del artículo 90 Superior.

¿Existe un régimen jurídico propio que ampare a los ciudadanos cuando se causa un daño antijurídico imputable al Estado derivado de la utilización de medios electrónicos en el desarrollo de su función de forma general y en particular cuando las administraciones publican contenidos en Internet? Es pues esta la pregunta de investigación que se resolverá por medio de: 1) establecer la existencia, o no, de un marco jurídico propio que regule las consecuencias derivadas de la utilización de medios electrónicos –TIC– por las administraciones públicas; 2) analizar si el régimen de responsabilidad del artículo 90 del estatuto constitucional es aplicable a las administraciones públicas que en el cumplimiento de su función utilizan Tecnologías de la Información y la Comunicación; 3) determinar si el artículo 60 de la Ley 1437 del 2011 incorpora una cláusula de responsabilidad general o particular, aplicable o no, cuando con la publicación de contenidos en Internet causa un daño; 4) identificar qué información puede causar daños a

•La responsabilidad patrimonial de la administración pública•

intereses particulares y generales y por ello no es susceptible de publicación por medios electrónicos.

## Introducción al problema y su importancia

El punto de partida necesariamente está dado por la Ley de transparencia y acceso a la información pública.<sup>149</sup> En ese cuerpo normativo se establece la regulación del derecho de acceso a la información pública, los procedimientos para su ejercicio y garantía y las excepciones a la publicidad de información. De forma consecutiva, el siguiente escalón normativo conlleva a la Ley 1437 del 2011, norma que en sus artículos 53 al 63 ha incorporado la utilización de los medios electrónicos por las administraciones públicas.<sup>150</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,<sup>151</sup> publican contenidos y con ello ocasionan un daño antijurídico.<sup>152</sup> Por tanto, no corresponde a este estudio la revisión de la responsabilidad disciplinaria, penal y, en algún caso, fiscal.

En estos términos, el ámbito analítico se restringe al mandato constitucional de los artículos 6 y 90 de la Constitución, como punto de referencia para advertir

.....  
149 Congreso de la República de Colombia, Ley 1712 del 6 de marzo del 2014, “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” (Bogotá: *Diario Oficial* No. 49084 de marzo 6 de 2014); Corte Constitucional, *Sentencia C-274 del 2013*, M. P. María Victoria Calle Correa, declarada exequible en su mayoría.

150 Uno de los principios que fundamentan la Ley 1341 del 30 de julio del 2009, 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”.

151 La Ley 1341 del 30 de julio del 2009 consagra en su artículo 6o. la definición de las 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”.

152 Esto a los efectos de la posible constitución de la responsabilidad patrimonial del Estado: 1) la existencia de un daño antijurídico; 2) que la acción u omisión desplegada sea imputable a las entidades públicas y 3) que se presente una relación de causalidad material entre el daño antijurídico y el órgano estatal.

los efectos que ocasione la publicación de contenidos en Internet de los que se derive un daño. Por su parte, el artículo 90 constitucional establece que:

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, aquel deberá repetir contra este.

De tal manera, la transcrita disposición constitucional preceptúa la responsabilidad que se deriva de la noción de daño antijurídico, entendido como aquel perjuicio que es 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.

Por otro lado, el artículo 6º Superior refiere: “los particulares solo 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”. Así se podría predicar la responsabilidad de las administraciones, si uno de sus servidores omite el cumplimiento de una de sus obligaciones y con ella causa un daño antijurídico, por ejemplo, el servidor que dentro de sus competencias tenga el deber de actualización de contenidos de una sede electrónica y que al omitir tal actuación cause un daño antijurídico.

Por otra parte, cabe mencionar que la Ley 594 del 2000 establece los lineamientos generales de responsabilidad por la publicación de la información. Igualmente dispone los principios generales que rigen la función archivística, dentro de los cuales, en materia de responsabilidad, se destaca que los servidores públicos son responsables de la organización, conservación, uso y manejo de los documentos.

De lo anterior se puede resaltar que la responsabilidad principal se encuentra en cabeza del servidor público encargado de la organización, conservación, uso y manejo de los documentos. Según esta disposición normativa, los funcionarios a cuyo cargo estén los archivos de las entidades públicas son responsables de la organización y conservación, así como de la prestación de los servicios archivísticos. Resalta 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 aquella que forme parte del patrimonio documental de la nación.



•La responsabilidad patrimonial de la administración pública.

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, honra y buen nombre de las personas y demás derechos consagrados en la Constitución y las leyes.<sup>153</sup>

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

### La responsabilidad patrimonial del Estado

En el desarrollo de la responsabilidad del Estado se pueden encontrar fácilmente definidos tres periodos que van desde la irresponsabilidad absoluta del Estado hasta la constitución de un régimen propio de responsabilidad. No se trata pues en este trabajo de abordar y estudiar el completo y complejo régimen de responsabilidad, que ya ha sido analizado por muchos juristas y académicos, pero sí se hace necesario determinar cuáles han sido las líneas más importantes y generales que ha desarrollado y evolucionado a esta materia, para luego centrar el análisis en el problema objeto de esta investigación.

Así, el derecho administrativo y, especialmente, su responsabilidad ha vivido tres momentos: el primero se caracteriza por la concepción medieval de que “el rey no puede hacer el mal”. Aquí el soberano nunca generaba un daño y por ello nunca debía responder por las consecuencias de sus actos, su obrar era divino pues el monarca era la representación de la divinidad en la tierra. Esta etapa se mantuvo hasta mediados del siglo XIX, periodo de auge de las intervenciones del Estado en todas sus diferentes áreas, lo que derivó en el incremento de los daños que se ocasionaban con dicho actuar. Así las cosas, en este periodo se da inicio a la aplicación de normas de responsabilidad contempladas en el derecho civil, tiempo que se extiende hasta la expedición del famoso “Fallo Blanco”<sup>154</sup> en el que

153 Congreso de la República de Colombia, *Ley 1582 del 2012*, “Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales” (Bogotá: *Diario Oficial* No. 48587 del 18 de octubre del 2012).

154 Denominado de esta manera porque fue la resolución a una demanda instaurada por el señor Juan Blanco, que reclamaba una indemnización del Estado a causa de que unos funcionarios suyos que por imprudencia habían

se deja sentado un precedente de la necesidad de normas especiales que regulen las controversias entre el Estado y los particulares.

En nuestro país el desarrollo jurisprudencial sobre la materia se ha plasmado en dos momentos históricos. El primero que va hasta 1964, cuando la Corte Suprema de Justicia tenía competencia para resolver los conflictos sobre la materia objeto de estudio; y el segundo periodo que comienza a partir de la creación del Consejo de Estado<sup>155</sup> y su consecuente formación jurisprudencial. En este orden se hace necesario referir las más importantes aportaciones durante cada uno de esos periodos.

Las primeras jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema de la responsabilidad estatal surgieron a partir de regímenes indemnizatorios especiales que declaraban la responsabilidad del Estado siempre y cuando así estuviera establecido en un texto legal especial y expreso. Era, pues, la aplicación de la ley de forma explícita. La ley establecía si el Estado debía indemnizar a las personas que resultaban perjudicadas por su acción u omisión y solamente respondía si así lo determinaban las normas; se daba por descontado que el destinatario del daño –perjudicado–, no podía pedir indemnización alguna si no estaba consagrada en una ley o un decreto.

Desde 1896 hasta 1941 la Corte Suprema de Justicia, por medio de sus sentencias, empieza a sentar un principio de responsabilidad estatal, sin que sea necesario que una norma legal estipule o no la obligación que tiene el Estado de indemnizar por los daños que cause.<sup>156</sup> Esta responsabilidad llamada indirecta se caracteriza porque está basada en los hechos de los agentes, por actos cometidos en el ejercicio de su función o con ocasión de los mismos y por obrar con culpa al no elegir bien o no vigilar bien y que no exista prueba de ausencia de culpa.

---

permitido que una vagoneta rodara causándole la amputación de uno de los miembros inferiores a su menor hija Agnés Blanco. Este fue expedido por el tribunal de conflictos, que tenía la función de dirimir los desacuerdos de competencia entre el Consejo de Estado y la jurisdicción ordinaria. En ese fallo, el tribunal de conflictos pone de presente que se necesitan normas especiales para fallar esos casos donde se presentan controversias entre el Estado y los particulares por perjuicios que surgen como consecuencia de la función estatal.

155 Presidencia de la República de Colombia, *Decreto Ley 528 de 1964*, “Por el cual se dictan normas sobre organización judicial y competencia, se desarrolla el artículo 217 de la Constitución y se adoptan otras disposiciones” (Bogotá: *Diario Oficial* No. 31.330, del 1 de abril de 1964). Por medio de este decreto se crea el Consejo de Estado colombiano. Esta norma ha sido modificada con posterioridad.

156 Este principio de responsabilidad tiene su fundamento en los artículos 2347 a 2349 del Código Civil, que establecen la responsabilidad indirecta, que tiene su sostén en los conceptos de culpa in eligendo y culpa in vigilando.

A partir de la década de los cuarenta la misma Corte, sin descartar la teoría de la responsabilidad indirecta, elabora la teoría de la responsabilidad directa fundamentada en que no existía razón para distinguir entre la persona moral y sus agentes, refiriendo que la persona moral y agentes son un mismo ente, de forma tal que la actuación de los agentes es la misma actuación de la persona jurídica y como consecuencia la responsabilidad de los agentes es la misma responsabilidad de la persona jurídica, no en base a una presunción, sino en aras de conformar un mismo sujeto.<sup>157</sup>

En sentencia del 30 de junio –proceso de Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planells, contra el municipio de Bogotá, D. E.,<sup>158</sup> la Corte Suprema de Justicia realiza un detallado estudio sobre la responsabilidad de las personas jurídicas tanto de derecho privado como derecho público. Allí refiere un desarrollo histórico acerca de las diferentes tesis que ha acogido esa Corporación para explicar la responsabilidad de las personas jurídicas de derecho privado y público y estableció que en la responsabilidad de las personas jurídicas de derecho público la tesis que debe aplicarse es la de falla del servicio público o culpa de la administración.<sup>159</sup>

Según la Corte las características de la falla del servicio son: 1) al momento de analizar la responsabilidad no es importante la culpa personal del agente, puesto que esta es reemplazada por la noción de falla del servicio. Por tal razón no es necesario, al momento de pretender una indemnización, probar la acción u omisión del agente, pues para ello solo se necesita la prueba de la falla funcional, orgánica o anónima del servicio público; 2) hay presunción de culpa de la persona jurídica estatal, en virtud del deber primordial impuesto por la Constitución en lo que tiene que ver con la prestación de los servicios públicos; 3) los requisitos que la víctima debe demostrar son la falla del servicio y el daño originado por dicha falla, así como la relación de causalidad entre aquella y este; 4) el Estado se exonera de su responsabilidad probando el elemento extraño, puesto que esta es una responsabilidad subjetiva fundada en la noción de culpa o falla;

.....  
157 Artículo 2341 del Código Civil.

158 *Revista Jurisprudencia y Doctrina*, Tomo IX, número 104, (1994), 621- 635.

159 Dicha teoría tiene su fundamento en el artículo 2341 del Código Civil y en el artículo 16 de la Constitución Política de 1886 “[...] son deberes sociales del Estado el de prestar a la colectividad servicios públicos eficientes [...]”, así que fallando estos, deja de cumplir el ordenamiento constitucional y debe reparar el daño.

5) la responsabilidad de la administración por falla del servicio se fundamenta en el artículo 2341 del Código Civil y en el artículo 16 de la Constitución Política de 1886.<sup>160</sup>

Con la creación del Consejo de Estado se da inicio a una serie de periodos cuyo objeto principal es la delimitación de lo que en nuestros días ha recibido el nombre de responsabilidad patrimonial del Estado y cuyo fundamento es el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia de 1991. En una fase inicial este órgano mantenía una competencia residual en la que conocía de las acciones de responsabilidad por daños u ocupación transitoria de la propiedad privada por causas de trabajos u obras públicas; el segundo que empieza en 1964<sup>161</sup> y se extiende hasta la expedición de la nueva Carta Política colombiana de 1991, cuando el Consejo de Estado ostenta la competencia general sobre las cuestiones relativas a la responsabilidad del Estado y presenta un gran desarrollo del tema y la última etapa que arranca con la Constitución de 1991 que, además de consagrar constitucionalmente el principio general de la responsabilidad patrimonial del Estado, introduce el concepto de daño antijurídico.

Por ello a partir de las jurisprudencias emitidas por el Consejo de Estado desde el año 1991 se ha llegado a la conclusión de que hoy en día el artículo 90 de la Constitución incorpora la cláusula de responsabilidad patrimonial del Estado basado en los siguientes requisitos: 1) la existencia de un daño antijurídico;<sup>162</sup> 2) que el daño haya sido ocasionado por la acción o la omisión de la autoridad pública; 3) que el daño sea imputable al Estado.<sup>163</sup>

El daño antijurídico es aquel que el administrado no está en la obligación de soportar, pues no hay causal que lo justifique; existe una causal material que será

160 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 30 de junio de 1962. *Revista Jurisprudencia y Doctrina*, Tomo IX, número 104, (1994), 621- 635.

161 El Decreto Ley 528 de 1964 trasladó a la jurisdicción de lo contencioso administrativo las competencias que anteriormente detentaba la Corte Suprema de Justicia en asuntos concernientes a la responsabilidad contractual y extracontractual del Estado.

162 Concepto desarrollado principalmente por la doctrina española y como lo anota Tomás Ramón Fernández "fue el producto puro y simple de la audacia de un grupo de jóvenes administrativistas que entonces empezaban su carrera académica en el seno de la sección de Administración Pública del Instituto de Estudios Políticos, a la que el gobierno de entonces encargó la elaboración de un anteproyecto de Ley de Expropiación Forzosa. Garrido Falla, González Pérez y García de Enterría.

163 Sentencia del Consejo de Estado del 13 de julio de 1993. Anales del Consejo de Estado, Tomo CXXXIII (julio, agosto y septiembre) de 1993. Sentencia C-333 de la Corte Constitucional del 1 de agosto de 1996. *Revista Jurisprudencia y Doctrina*, Tomo XXV, número 298 (1996), 1262.

la acción u omisión –*imputatio facti*–; por último, una causal de atribución al Estado –*imputatio iuris*–.

## Utilización de medios electrónicos en las administraciones públicas

El sistema constitucional colombiano indica en su artículo 113 que:

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 209 Superior señala que:

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

la responsabilidad por la utilización de esos medios en la actuación administrativa cuando de ella se desprenda por el ocasionar de un daño antijurídico.

Todo lo anterior requiere una regulación clara, tanto desde el punto de vista 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>164</sup>

La 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 1º de junio del 2007, adoptada por la XVII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno en Santiago de Chile, el 10 de noviembre del 2007 (Resolución No. 18 de la Declaración de Santiago)– ha establecido en el literal b del artículo 1 que uno de sus objetivos es “[...] definir los contenidos del derecho de los ciudadanos a relacionarse de forma electrónica con sus gobiernos y administraciones públicas”, siendo así que se reconoce la existencia de un nuevo derecho de los ciudadanos a relacionarse de forma electrónica con sus gobiernos.

En ese orden en el capítulo segundo artículo 7 señala que:

La implantación del gobierno electrónico comporta el reconocimiento por parte de los Estados Iberoamericanos del derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con sus Gobiernos y Administraciones Públicas. Lo que supone que las administraciones estén interrelacionadas entre sí a fin de simplificar los procedimientos. Las leyes de acceso a la información pública establecidas en algunos países de la región apuntan en esa dirección.

Consecuente con el reconocimiento de tal derecho existen unas implicaciones derivadas de ello: 1) dirigir por vía electrónica todo tipo de escritos, recursos, reclamaciones y quejas a los gobiernos y las administraciones públicas, por lo que estos quedan igualmente obligados a responder o resolver como si los escritos,

164 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 ya que, frecuentemente, los principios en los que se sustentan las normas tradicionales resultan plenamente aplicables a la actividad administrativa desarrollada en los medios informáticos y telemáticos, por lo que 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 que aquellas deben aplicarse siguiendo el criterio hermenéutico del código civil.

reclamaciones y quejas se hubieran realizado por medios tradicionales; 2) realizar por medios electrónicos todo tipo de pagos, presentar y liquidar impuestos y cualquier otra clase de obligaciones; 3) recibir por medios electrónicos notificaciones cuando tal medio sea aceptado por el ciudadano o si el ciudadano así lo solicita; 4) acceder por medios electrónicos a la información administrativa general con igual grado de fiabilidad que la que es objeto de anuncio en diarios o boletines oficiales o la que se publica en anuncios oficiales por cualquier medio; 5) acceder los interesados electrónicamente a los expedientes para conocer el estado en el que se encuentra su tramitación; 6) acceder por medios electrónicos a información pública de alto valor agregado que sirva para aumentar la competitividad de los países, lo que supone garantizar estándares consensuados entre los Estados iberoamericanos respecto al modo en que esa información debe ser procesada y difundida con la ayuda de las nuevas tecnologías disponibles; 7) utilizar y presentar ante el Gobierno o las administraciones públicas las resoluciones administrativas en soporte electrónico, así como los documentos administrativos electrónicos en las mismas condiciones que si fueran documentos en papel, así como poder remitirlas por medios electrónicos a la administración de que se trate; 8) evitar la presentación reiterada ante la administración de documentos que ya obren en su poder o en otro, especialmente si son electrónicos, todo ello en el supuesto de que el ciudadano dé su consentimiento para la comunicación de tales documentos entre administraciones y entre distintas dependencias de la misma administración, lo que supone acciones de interoperabilidad y simplificación registral.

Así mismo, la carta iberoamericana reconoce un derecho a no emplear los medios electrónicos. En esta medida señala que:

[...] Los Estados deberán prever que el derecho de los ciudadanos a emplear medios electrónicos o no emplearlos puede suponer que en un mismo expediente o conjunto de relaciones en que concurren diversos interesados puede haber quienes quieran relacionarse con medios electrónicos y quienes no lo deseen. Ello obligará a reconocer el derecho de ambos y permitir la concurrencia de modos de acceso. En esas condiciones el acceso al expediente y la toma de conocimiento del estado del mismo deberá poder hacerse por comparecencia en la oficina pública en la que se podrá exhibir a los interesados un expediente en soporte papel o, en su caso, un expediente electrónico al que se accede a través de los dispositivos que ponga a disposición del ciudadano la propia administración en la oficina pública. También podrá hacerse el acceso de forma electrónica para los expedientes tramitados en soporte electrónico.

En todo caso todo ciudadano deberá poder conocer por medios electrónicos el estado de tramitación de los expedientes. Con independencia de las formas de acceso a los expedientes y del mantenimiento de formas convencionales de acceso a que se refieren los párrafos anteriores, las administraciones en las oficinas de información deberán facilitar y poner a disposición de quienes no estén familiarizados con las tecnologías de la información y las comunicación o no quieran emplearlas desde sus propios domicilios y oficinas, aparatos y equipos y el apoyo de personal preparado para acceder electrónicamente desde dichas oficinas públicas. Asimismo, a través de dichas oficinas podrán acreditar su identidad los ciudadanos no familiarizados con las TIC, o que no deseen o no puedan hacerlo de otro modo, ante funcionarios públicos habilitados para ello, de modo que, aunque no cuenten con certificados de firma electrónica, se identifique su personalidad por medios convencionales y se remitan sus escritos por medios electrónicos desde la propia oficina pública de información.

Desde la referida carta Iberoamericana existe un compromiso del Estado colombiano en el reconocimiento de este nuevo derecho, situación que se ha visto reflejada en la legislación nacional mediante varias normas, pero de forma particular de la Ley 1341 del 2009, artículos 1 y 2 y los artículos 53 a 64 de la ley 1437 del 2011.

Y es que la Ley 1341 del 2009 ha establecido en su artículo 1 que:

[...] Determina el marco general para la formulación de las políticas públicas que regirán el sector de las tecnologías de la información y de la comunicación, su ordenamiento general, el régimen de competencia, la protección al usuario, así como lo concerniente a la cobertura, la calidad del servicio, la promoción de la inversión en el sector y el desarrollo de estas tecnologías, el uso eficiente de las redes y del espectro radioeléctrico, así como las potestades del Estado en relación con la planeación, la gestión, la administración adecuada y eficiente de los recursos, la regulación, el control y la vigilancia del mismo y facilitando el libre acceso y sin discriminación de los habitantes del territorio nacional a la sociedad de la información.

Y como un elemento esencial el artículo 2 incorpora que:

[...] La investigación, el fomento, la promoción y el desarrollo de las tecnologías de la información y de la comunicación son una política de Estado que involucra a todos los sectores y niveles de la administración pública y de la sociedad, para contribuir al desarrollo educativo, cultural, económico, social y político e incrementar la productividad, la competitividad, el respeto a los derechos humanos inherentes y la inclusión social. Las tecnologías de la información y de la comunicación deben servir



•La responsabilidad patrimonial de la administración pública•

al interés general y es deber del Estado promover su acceso eficiente y en igualdad de oportunidades, a todos los habitantes del territorio nacional.

El numeral 8 señala como principio orientador:

[...] **Masificación del Gobierno en Línea.** 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 de la comunicación 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.

De esta forma, se han dictado dos normas de especial relevancia: por un lado, el Decreto 2693 del 21 de diciembre del 2012<sup>165</sup> “por el cual se establecen los lineamientos generales de la Estrategia de Gobierno en Línea de la República de Colombia, se reglamentan parcialmente las Leyes 1341 del 2009 y 1450 del 2011”; y, por otro lado, la Ley 1437 del 2011 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, de forma específica los artículos 53 a 64”.<sup>166</sup>

Para el caso del reconocimiento del derecho a actuar por medios electrónicos el artículo 54 de la Ley 1437 del 2011 incorpora al sistema normativo colombiano ese reconocimiento dado por la Carta Iberoamericana. Así se desprende de su lectura, a saber: “[...] Toda persona tiene el derecho de actuar ante las autoridades utilizando medios electrónicos [...]”. No obstante lo anterior queda condicionado a que “[...] deberá registrar su dirección de correo electrónico en la base de datos dispuesta para tal fin”.

Acudiendo a una interpretación de la norma se puede concluir que quien no registre su dirección de correo electrónico en la base de datos dispuesta por la autoridad para tal fin, no puede ejercer el derecho de actuar por medios electrónicos, salvo que se trate de peticiones de información y consulta hechas a través

.....  
165 El objeto de dicho decreto es definir los lineamientos, plazos y términos para garantizar el máximo aprovechamiento de las tecnologías de la información y la comunicación, con el fin de contribuir con la construcción de un Estado más eficiente, más transparente y participativo y que preste mejores servicios con la colaboración de toda la sociedad. Artículo 1 del decreto.

166 Utilización de medios electrónicos en el procedimiento administrativo.

de correo electrónico pues estas no requerirán del referido registro y podrán ser atendidas por la misma vía. Así se desprende del segundo inciso del artículo 54 de la ley.

Vale la pena señalar la total disconformidad con la redacción de esa disposición pues va en contravía de lo establecido en la misma carta iberoamericana en el numeral 8 del capítulo segundo que seña que “[...] El reconocimiento del derecho de los ciudadanos a relacionarse electrónicamente con las administraciones públicas debe ser tan amplio como lo permita la naturaleza del trámite y la pretensión de que se trate”, con lo cual si la primera limitación es un registro de un correo electrónico qué pasará cuando se utilicen medios electrónicos que no pasen por el correo electrónico por ejemplo, el teléfono, los sistemas de mensajería instantánea, el mismo fax y las redes sociales, entre otros.

El artículo 53 establece la garantía del “derecho a no actuar por medios electrónicos”. En ese sentido refiere la disposición que para “[...] garantizar la igualdad de acceso a la administración, la autoridad deberá asegurar mecanismos suficientes y adecuados de acceso gratuito a los medios electrónicos, o permitir el uso alternativo de otros procedimientos”.

La legislación española reconoce un derecho a relacionarse por medios electrónicos y aquí se cita el trabajo que sobre el particular hace el profesor Lorenzo Cotino Hueso,<sup>167</sup> en el que analiza claramente las formas de incorporación del reconocimiento de tal derecho en la ley española LAE artículo 6 y afirma que “[...] cabe señalar que se realiza de forma autónoma en los apartados 1º (derecho de relacionarse electrónicamente) y 3º (derechos impuestos por la directiva de servicios). Sin embargo, el catálogo de los derechos del apartado 2º se reconduce a “los términos previstos en la presente Ley”. Este reenvío expreso puede devaluar el efecto jurídico propio del reconocimiento del derecho subjetivo, pues limita las posibilidades de su interpretación, al someterlo a la regulación de la ley. En todo caso, y cuanto menos, hace que la regulación objetiva de imposiciones a la administración pase a configurar el contenido de los derechos subjetivos en cada ámbito concreto. Por el contrario, el reconocimiento de derechos de los apartados

.....  
167 “El derecho a relacionarse electrónicamente con las administraciones y el estatuto del ciudadano e-administrado en la Ley 11 del 2007 y la normativa de desarrollo”, en Eduardo Gamero Casado y Julián Valero Torrijos, coords., *La Ley de administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11 del 22 de junio del 2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos* (Navarra, España: Aranzadi, 3ª edición, 2010), 177-344.

•La responsabilidad patrimonial de la administración pública.

1º y 3º no cuenta con estos límites. Ello no obsta, claro está, a que a la hora de interpretar estos derechos expresados de forma autónoma, sea imprescindible una interpretación sistemática, tanto con el resto de la ley cuanto con el resto del ordenamiento jurídico, pero dicha interpretación tendrá como punto de partida la existencia y reconocimiento de un derecho subjetivo.

Y es que el artículo 6 de la norma española señala que:

Se reconoce a los ciudadanos el derecho a relacionarse con las administraciones públicas utilizando medios electrónicos para el ejercicio de los derechos previstos en el artículo 35 de la Ley 30 del 26 de noviembre de 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como para obtener informaciones, realizar consultas y alegaciones, formular solicitudes, manifestar consentimiento, entablar pretensiones, efectuar pagos, realizar transacciones y oponerse a las resoluciones y actos administrativos.

Vale la pena señalar que ya existía un reconocimiento infraconstitucional de un derecho a entablar relaciones directas con la administración, en el artículo 45 de la Ley 30 de 1992 Ley Española, en el que se establece que la administración pública impulsará el empleo y aplicación de las técnicas electrónicas y medios electrónicos informáticos y telemáticos; pero no significa ello que exista una obligación concreta de la administración en este sentido ni mucho menos un derecho exigible para los ciudadanos; pero sí fue un punto de partida para su posterior reconocimiento.

El ordenamiento legal colombiano, concretamente la Ley 1437 del 2011, “por el cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, establece dos cuestiones de importancia transcendental en lo que tiene que ver con la incorporación de las TIC a la administración pública, a saber: 1) un conjunto de principios generales referidos a la administración pública y que se traspasan a la e-administración, sumado a 2) un conjunto de principios particulares de la administración electrónica y todo un capítulo relacionado con la utilización de medios electrónicos en el procedimiento administrativo.

Dicha disposición normativa señala en su artículo 3º como el elemento normativo que condensa el conjunto de principios generales que guía a toda autoridad<sup>168</sup> en la interpretación y aplicación de las disposiciones que regulan las

168 Entendiendo como tal a todos los organismos y 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

actuaciones y 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 a la actuación administrativa electrónica.

En el presente trabajo es necesario resaltar algunos de ellos:

**1. Principio de igualdad.** En la Sentencia T-553 de 1997<sup>169</sup> la Corte Constitucional expresó lo siguiente:

[...] el principio de igualdad en la aplicación del derecho, supone la obligación de imputar de manera homogénea a todos los sujetos que se encuentren en las circunstancias de hecho o de derecho que consagra una determinada norma, las consecuencias jurídicas que la misma dispone, sin que se reconozca al funcionario competente la facultad de establecer diferenciaciones que no hayan sido reconocidas por la disposición que aplica... En esta medida, las interpretaciones distintas deben estar fundamentadas en razones suficientes que sustenten el trato diferenciado que se produce en razón de esa divergencia. Sin embargo, el hecho de que deba existir una única aplicación, no permite al intérprete saber cuál de las interpretaciones posibles sea la correcta, ni indica cuál debe ser el sentido de la igualación. Tan solo establece, se insiste, que, en principio, los funcionarios deben interpretar las normas en forma homogénea.

Al mismo tiempo ha señalado que:

[...] con el fin de asegurar la debida ejecución y aplicación de la ley, el poder reglamentario reconocido a diversas autoridades en diferentes normas de la Constitución constituye el instrumento para determinar, a través de actos reglamentarios, los criterios u orientaciones que deben seguir los funcionarios administrativos en la aplicación de la ley e incluso se acude a las llamadas instrucciones de servicio para asegurar la uniformidad de la acción administrativa en lo que concierne con la aplicación de las normas a sus destinatarios, con lo cual se busca hacer efectivo el principio de la igualdad de protección y trato por las autoridades. La observancia del referido principio en manera alguna implica que todas las decisiones de la administración en la aplicación de una norma deban ser necesariamente iguales; pues el dinamismo de los hechos y la variedad de situaciones que sirven de sustento a la subsunción de las hipótesis legales puede dar lugar a diversos puntos de vista en la definición de la

---

cumplan funciones administrativas. Artículo 2º de la referida normativa.

169 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

situación concreta. Es más, puede existir divergencia de interpretación en las normas por los distintos funcionarios encargados de ejecutarlas; inclusive el funcionario puede variar su criterio sobre la forma en que ha venido interpretando una determinada disposición. En consecuencia, lo que importa, con miras a asegurar la vigencia del principio, es que las interpretaciones que se apartan de un precedente administrativo se justifiquen en forma razonada y suficiente para que el trato diferente sea legítimo [...].<sup>170</sup>

En cuanto a las administraciones y con relación al principio de igualdad y la utilización de medios electrónicos el artículo 53 de la Ley 1437 establece que: “[...] para garantizar la igualdad de acceso a la administración, la autoridad deberá asegurar mecanismos suficientes y adecuados de acceso gratuito a los medios electrónicos o permitir el uso alternativo de otros procedimientos [...]”.

**2. Principio de imparcialidad.** Según establece el numeral 3 del artículo 3 de la Ley 1437 del 2011:

En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

La doctrina procesal considera que la garantía de la imparcialidad constituye no solo un principio constitucional, sino un derecho fundamental conexo con el derecho al debido proceso. Ello porque en un Estado social de derecho, la imparcialidad se convierte en la forma objetiva y neutral de obediencia al ordenamiento jurídico. En efecto, el derecho de los ciudadanos a ser juzgados conforme al derecho, es decir, libre e independiente de cualquier circunstancia que pueda constituir una vía de hecho (C.P. Artículos 29 y 230), exige de forma correlativa el deber de imparcialidad de los jueces (C.P. artículos 209 y 230), ya que solamente aquel que juzga en derecho o en acatamiento pleno del ordenamiento jurídico, puede llegar a considerarse un juez en un Estado social de derecho.<sup>171</sup>

Esta misma doctrina concluye que la imparcialidad requiere dos elementos:

[...] Un criterio subjetivo y otro objetivo. El componente subjetivo alude al estado mental del juez, es decir, a la ausencia de cualquier preferencia, afecto o animadver-

.....  
170 Corte Constitucional, *Sentencia T-334 de 1998*. M. P. Antonio Barrera Carbonell. El principio de igualdad en la aplicación del derecho. Alcance en la aplicación del derecho por la administración.

171 Corte Constitucional. *Sentencia C-095 del 2003*, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

sión con las partes del proceso, sus representantes o apoderados. El elemento objetivo, por su parte, se refiere al vínculo que puede existir entre el juez y las partes o entre aquel y el asunto objeto de controversia –de forma tal– que se altere la confianza en su decisión, ya sea por la demostración de un marcado interés o por su previo conocimiento del asunto en conflicto que impida una visión neutral de la litis [...].<sup>172</sup>

### **3. Principio de participación.** La Corte Constitucional considera que la participación está vinculada a:

[...] la posibilidad de incidir realmente en la existencia, desenvolvimiento y decisiones del Estado colombiano aparece deferida en la nueva Constitución tanto a favor de los servidores públicos como de los particulares, en la inteligencia de que esa opción comprende un universo de dos instancias fundamentales, a saber: el acto mismo de Estado, y sus consecuencias jurídicas, económicas, sociales, culturales y ambientales. De allí que, al lado del bloque de competencias que las normas rectoras le asignan a los servidores públicos en sus diferentes niveles, necesario es reconocer el potencial y amplio espectro de actuaciones dado a los particulares a partir de la dimensión política, pues, siendo como es, que la soberanía reside exclusivamente en el pueblo –hontanar natural del poder público y las instituciones mismas–, la participación ciudadana se impone literalmente como derecho y como deber, a cuya realización contribuyen primeramente los canales positivos y la voluntad popular de asumir con autonomía de entendimiento las oportunidades que el Estado debe ofrecer, y también, las oportunidades que las personas en general lleguen a propiciar para sí o para otros en la esfera de sus acciones cotidianas. De suerte tal que el fenómeno de la participación ciudadana se encamina sobre la base de unas oportunidades dadas a todos con arreglo a sus condiciones concretas, con la subsiguiente respuesta que en ejercicio de la libre elección<sup>173</sup> le incumbe a cada cual dar, realizándose o no la efectiva participación en forma directamente proporcional a la conjugación armónica de estas dos instancias (oportunidades-voluntad popular), como en una simbiosis que da cuenta tanto de la inclinación del Estado hacia la oferta de oportunidades reales, como de la respuesta colectiva en razón de sus propios intereses.<sup>174</sup>

172 Ibid.

173 “El pensamiento práctico o prudencia se relaciona con la esfera de la acción, donde se halla la elección y el rechazo y donde tenemos la posibilidad de obrar o no obrar”. Aristóteles, *Gran ética* (Madrid: Proyectos Editoriales S.A., (1873), 106

174 Corte Constitucional. *Sentencia C-891 del 2002*, M. P. Jaime Araújo Rentería.

Sobre la participación por medios electrónicos podrían seguirse algunas consideraciones del profesor Lorenzo Cotino.<sup>175</sup>

**4. Principio de responsabilidad.** Aquí el ámbito analítico se restringe al mandato constitucional de los artículos 6 y 90, como punto de referencia para advertir sobre los efectos que ocasione la utilización que hagan las administraciones de los medios electrónicos. Por su parte, el artículo 90 constitucional establece que:

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 a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este.

De tal modo, la transcrita disposición constitucional preceptúa la responsabilidad que se deriva de la noción de daño antijurídico, entendido como aquel 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.

Por otro lado, el artículo 6º Superior afirma: “los particulares solo 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”.

En ese orden el numeral 7 del artículo 3 de la ley 1437 del 2011 señala que “[...] las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos”.

Como se ha señalado anteriormente uno de los principios que consagran la implementación de una administración pública electrónica es la responsabilidad, tal y en los términos analizados en este mismo trabajo, consecuencia de la Carta iberoamericana de gobierno electrónico.

.....  
175 “Derecho y «Gobierno abierto». La regulación de la transparencia y la participación y su ejercicio mediante el uso de las nuevas tecnologías y las redes sociales por las Administraciones Públicas. Propuestas concretas”. Monografía XIV de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*: “Transparencia, participación ciudadana y administración pública en el siglo XXI” (Zaragoza: Instituto Aragonés de Administración Pública, 2013), 51-83.

Solo por poner un ejemplo normativo específico se podría citar el artículo 60 de la Ley 1437 del 2011 que advierte que todas las autoridades tendrán una dirección electrónica y cada una de ellas es responsable de garantizar “[...] integridad, autenticidad y actualización de la información y de los servicios ofrecidos por este medio”.

**5. Principio de transparencia.** En el artículo 3.8 de la Ley 1437 del 2011 se establece 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 reserva legal. En ejercicio del derecho fundamental de acceso a la información, toda persona puede conocer sobre la existencia de la información pública y acceder a la misma en posesión o bajo control de los sujetos obligados.<sup>176</sup>

El acceso a la información solamente podrá ser restringido excepcionalmente. Las excepciones serán limitadas y proporcionales y deberán estar contempladas en la ley o en la Constitución y estar 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

.....  
 176 La ley de transparencia y acceso a la administración pública en su artículo 5° establece que son sujetos obligados “1) 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; 2) los órganos, organismos y entidades estatales independientes o autónomos y de control; 3) 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; 4) 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; 5) las empresas públicas creadas por ley, las empresas del Estado y sociedades en que este tenga participación; 6) los partidos o movimientos políticos y los grupos significativos de ciudadanos; 7) las entidades que administren instituciones paraafiscales, 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, solo 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 del 2000, la Ley 1097 del 2006, el literal d) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 del 2007, la Ley 1219 del 2008, el artículo 2° de la Ley 1266 del 2008, el artículo 24 de la Ley 1437 del 2011 y demás normas que las adicionen, modifiquen o sustituyan”. Artículo declarado exequible por la Corte Constitucional, Sentencia C-274 del 9 de mayo del 2013. M. P. María Victoria Calle Correa



la obligación de producir o capturar la información pública. Para cumplir lo anterior, 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 que:

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 este sentido, el artículo 27 de la Ley 594 del 2000 establece que: “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 de la ley de transparencia y acceso a la administración pública,<sup>177</sup> la información deberá estar a disposición del público en la web, a 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 de los trámites y servicios que presten y, con el objeto de facilitar que las poblaciones específicas accedan a la información que particularmente las afecte, los sujetos obligados, a solicitud de las autoridades de las comunidades, divulgarán la información pública en diversos idiomas y lenguas y elaborarán formatos alternativos comprensibles para todos los grupos. Igualmente, preceptúa que deberá asegurarse el acceso a esa información a los distintos grupos étnicos y culturales del país, así como la adecuación de los medios de comunicación que faciliten el acceso a las personas que se encuentran en situación de discapacidad.

En ese mismo sentido, se debe anotar que la publicación de la información no debe escaparse al cumplimiento de los principios de: 1) máxima publicidad para titular universal, según el cual toda información en posesión, bajo control o 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; 2) principio de

.....  
177 Artículo declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-274 del 9 de mayo del 2013, M. P. María Victoria Calle Correa.

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; 3) principio de buena fe, de acuerdo con 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; 4) principio de facilitación: los sujetos obligados deberán facilitar el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, excluyendo exigencias o requisitos que puedan obstruirlo o impedirlo; 5) principio de no discriminación por 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 motivación para la solicitud; 6) principio de gratuidad: el acceso a la información pública es gratuito y no se podrán cobrar valores adicionales al costo de reproducción de la información; 7) principio de celeridad, que busca la agilidad en el trámite y la gestión administrativa y comporta la indispensable agilidad en el cumplimiento de las tareas a cargo de entidades y servidores públicos; 8) principio de eficacia, que 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; 9) 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 e interesados en ella, teniendo en cuenta los procedimientos de gestión documental de la respectiva entidad; 10) principio de la divulgación proactiva de la información: el derecho de acceso a la información no radica únicamente en la obligación de dar respuesta a las peticiones de la sociedad, sino en el deber de los sujetos obligados a promover y generar una cultura de transparencia, lo que conlleva el deber de publicar y divulgar 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 recursos físicos y financieros; y, por último, 11) principio de responsabilidad en el uso de la información, por el que cualquier persona que haga uso de la información que proporcionen los sujetos obligados, lo hará atendiendo a su veracidad.

**6. Principio de publicidad.** En virtud de este principio, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1437 del 2011.

La Corte Constitucional expidió la Sentencia C-012 del 23 de enero del 2013 y en ella estableció precisamente que “[...] uno de los elementos esenciales del debido proceso es el principio de publicidad. Los artículos 209 y 228 de la C.P., lo reconocen también como uno de los fundamentos de la función administrativa [...]”.

Este principio consiste en dar a conocer, a través de publicaciones, comunicaciones o notificaciones<sup>178</sup> las actuaciones judiciales y administrativas a toda la comunidad, como garantía de transparencia y participación ciudadana, así como a las partes y terceros interesados en un determinado proceso para garantizar sus derechos de contradicción y defensa, a excepción de los casos en los que la ley lo prohíba por tratarse de actos sometidos a reserva legal. La realización del principio de publicidad, considerado como un mandato de optimización que “depende de las posibilidades fácticas y jurídicas concurrentes”,<sup>179</sup> compete al legislador y varía de acuerdo con el tipo de actuación. Asimismo, requiere de las autoridades y de la administración, una labor efectiva y diligente para alcanzar el objetivo de dar a conocer el contenido de sus decisiones a los ciudadanos.

Las formas por medio de las cuales se concreta el principio de publicidad son las notificaciones y los actos de comunicación procesal que garantizan el “derecho a ser informado de las actuaciones judiciales o administrativas que conduzcan a la creación, modificación o extinción de una situación jurídica o a la imposición de una sanción”.<sup>180</sup> Mediante la notificación se materializan los principios de publicidad y contradicción en los términos que establezca la ley, de modo que solo cuando se dan a conocer a los sujetos interesados las decisiones definitivas

178 Corte Constitucional. *Sentencias C-980 del 2010*, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; *C-929 del 2005* M. P. Alfredo Beltrán Sierra y *C-957 de 1999*, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

179 Corte Constitucional. *Sentencia C-1114 del 2003*, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

180 Corte Constitucional. *Sentencia C-1114 del 2003*, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

emanadas de la autoridad, comienza a contabilizarse el término para su ejecutoria y para la interposición de recursos.<sup>181</sup> En otras palabras, los actos judiciales o de la administración son oponibles a las partes, cuando sean realmente conocidos por las mismas, por medio de los mecanismos de notificación que permitan concluir que se produjo tal conocimiento.<sup>182</sup> Adicionalmente, este procedimiento otorga legitimidad a las actuaciones de las autoridades administrativas y judiciales.<sup>183</sup>

Un elemento importante para destacar es la regulación que sobre el particular contiene la Ley 1437 del 2011 en sus artículos 65 y siguientes, en relación con la notificación de los actos administrativos por medios electrónicos y que se explicará más adelante.

**7. Principio de coordinación.** El numeral 6° del artículo 3 señala que en virtud del principio de coordinación y colaboración, las autoridades administrativas deben garantizar la armonía en el ejercicio de sus respectivas funciones con el fin de lograr los fines y cometidos estatales. En consecuencia, prestarán su colaboración a las demás entidades para facilitar el ejercicio de sus funciones y se abstendrán de impedir o estorbar su cumplimiento por los órganos, dependencias, organismos y entidades titulares.

La Sentencia de la Corte Constitucional C-822 del 2004 señala que “[...] se entiende por coordinación las acciones de concertación de medios o esfuerzos para llevar a cabo, de manera coherente, una acción común”.

En este orden cuando por disposición de la constitución, la ley o los reglamentos se evidencian competencias comunes, es precisamente por medio de la coordinación como se expresan los subprincipios de unidad y participación.

Por tratarse de un principio de carácter funcional, cimentado en el reparto de competencias comunes entre autoridades públicas, su aplicación no está condicionada por el perfil del servidor público que actúe en un momento determinado, sino por la existencia de políticas institucionales y de acuerdos concretos de coordinación. En otras palabras, dado que las funciones de las entidades públicas y de

181 Corte Constitucional. Sentencias *T-165 del 2001*, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; *C-641 del 2002*, M. P. Rodrigo Escobar Gil; *C-978 del 2003*, *T-978 de 2003*, M. P. Alfredo Beltrán Sierra. *C-783 del 2004*, M. P. Jaime Araujo Rentería y *C-802 del 2006*, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

182 Corte Constitucional. *Sentencia C-096 del 2001*, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

183 Corte Constitucional. *Sentencia C-980 del 2010*, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

los empleados son independientes de sus titulares, el principio de coordinación no está supeditado a consideraciones coyunturales de carácter político, social o cultural de los empleados sino al diseño institucional de la estructura de la administración y al cumplimiento de los fines del Estado.<sup>184</sup>

**8. Principio de celeridad.** Según este principio las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y la comunicación, a efectos de que los procedimientos se efectúen con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas.

Es precisamente este principio, el que de forma esencial, soporta la incorporación de las tecnologías de la información y la comunicación a las administraciones públicas, tal como se verá.

En este contexto, surge el cuestionamiento de si es obligatorio que las administraciones públicas utilicen los medios electrónicos. Del análisis del artículo 53 de la nueva normativa 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 [...]”, es decir, que se permite 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 haciendo uso de medios electrónicos. En relación con el acto administrativo electrónico el artículo 57, –a pesar de no esbozar una definición completa–, señala que las autoridades podrán emitir válidamente actos administrativos por medios electrónicos siempre que se asegure su **autenticidad, integridad, 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 dicho archivo sea auténtico e íntegro o, mejor aún, qué es la autenticidad e integridad de un archivo electrónico ni cuáles son sus atributos. La referida normativa en su artículo 60 tampoco define la sede electrónica; sin embargo, impone la obligación de que toda autoridad deberá tener al menos una dirección electrónica<sup>185</sup> y tampoco fija el contenido de la sede electrónica. No obstante, normativamente dispone que las sedes

184 Corte Constitucional, *Sentencia C-822 del 2004*, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

185 Entiéndase que las direcciones electrónicas son la forma de ubicar unívocamente a cada persona y cada computadora en la red. Son únicas: no puede haber dos iguales en el mundo, porque los mensajes se perderían.

compartidas deben garantizar los principios de **calidad, seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad e interoperabilidad** sin que, en ningún caso, se refiera a la conceptualización de cada uno de dichos principios.

Resulta de trascendental importancia la inclusión de forma general del principio de responsabilidad al artículo 60, que preceptúa:

“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 estos términos, se encuentra establecido el principio de responsabilidad de las autoridades que cuenten con sedes electrónicas, **según el cual se deberá responder por la integridad, autenticidad y actualización de la información**. Así las cosas, también se establece una cláusula específica de responsabilidad de las administraciones públicas por calidad, seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad e interoperabilidad, de la sede, así como de la integridad, autenticidad y actualización de la información.

De ahí deriva el problema objeto de estudio, que se plantea como sigue: ¿qué consecuencias jurídicas se presentan si con la publicación de información en la sede electrónica de la administración se causa un daño antijurídico? ¿Cuál es el régimen de responsabilidad de la administración en este supuesto?

La Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico, en su artículo 6 literal f, establece que, **según el principio de responsabilidad, la administración y el Gobierno deben responder por sus actos realizados por medios electrónicos de**

---

Existen tres tipos: las de computadoras (llamadas dominios), las de personas (casillas de e-mail) y las de recursos (por ejemplo, una página de la web). Su estructura se basa en partes fijas y partes opcionales.

**la misma manera que de los realizados por medios tradicionales.** (Subrayado fuera del texto)

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 esta naturaleza. En caso contrario, se dejará constancia con caracteres muy visibles y reiterados de que se trata de una página o portal electrónico no oficial y que no forma parte del sistema de Gobierno Electrónico.

La Ley 1437 del 2011 en su artículo 3.7 señala los principios que rigen las actuaciones de las administraciones así: “en virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos”. El mismo cuerpo legal, en el artículo 5, establece como uno de los derechos de las personas ante las autoridades y en sus relaciones con las mismas, en el numeral 7º, 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 del 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 el “art. 4.d) Responsabilidad. Los servidores públicos son responsables de la organización, conservación, uso y manejo de los documentos”. Así mismo, esta Ley en su artículo 12 establece como responsabilidad de la administración pública la gestión de documentos y la administración de sus archivos. En el artículo 16 consagra:

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 definido en el artículo 4º de la Ley, expuesto anteriormente.

El artículo 27 de la 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”.

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 a fin de que las sedes electrónicas del conjunto de autoridades garanticen calidad, seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad e interoperabilidad. Hoy, solo algunas instrucciones que vienen dadas desde el Ministerio de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, permiten de una manera mínima inferir algunas particularidades.<sup>186</sup>

Sin embargo, se debe determinar qué categoría jurídica tienen o se les puede dar a dichos documentos, dentro del ordenamiento colombiano, esto es, ¿la información allí contenida es de obligatorio cumplimiento o, por el contrario, tales documentos no son sino simples guías cuya inobservancia no genera consecuencia alguna?

El artículo 64<sup>187</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 a 63, que constituyen las directrices que deben seguir las administraciones públicas cuando en su actuación utilicen medios electrónicos. No obstante que la anterior disposición lleva más de un año en vigencia, solo se puede decir hoy que el Ministerio ha emitido el Decreto 2693 del 2012 a fin de dar cumplimiento a tal disposición.

Sobre esta norma se señalan dos cuestiones: por un lado, en el decreto se establecen los lineamientos de política pública, lineamientos que no son del caso exponer, pero que establecen las fases, plazos, entre otras cuestiones, que deben seguir las administraciones para la implementación de la estrategia de Gobierno

186 En esta página <http://www.programa.gobiernoenlinea.gov.co/lineamientos.shtml> (acceso octubre 20, 2014), se publican algunos documentos que bajo la denominación de lineamientos, imponen algunas situaciones. Se podrían destacar los lineamientos para interoperabilidad, de expediente administrativo, entre otros.

187 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”.



•La responsabilidad patrimonial de la administración pública•

en Línea. Por otro lado, determina que los demás lineamientos se desarrollan por medio de un manual.<sup>188</sup>

Así las cosas, no existe un cuerpo normativo sólido, en lo que 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.

### La publicación de contenidos en Internet por las administraciones

#### *La transparencia y la información pública en medios electrónicos. El derecho de acceso a la información pública, fundamento en el ordenamiento jurídico colombiano*

El artículo 3.8 de la Ley 1437 del 2011 dispone 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 reserva legal. En ejercicio del derecho fundamental de acceso a la información, toda persona puede conocer sobre la existencia de la información pública y acceder a ella en posesión o bajo control de los sujetos obligados.<sup>189</sup>

.....  
188 Manual 3.1 para la implementación de la Estrategia de Gobierno en Línea para entidades del orden nacional. El Manual de Gobierno en línea es una herramienta de autoayuda, que determina los lineamientos que deben seguir las entidades públicas y los particulares que desempeñan funciones administrativas en la implementación de esa estrategia en Colombia. <http://www.programa.gobiernoenlinea.gov.co/decreto-manual.shtml> (acceso octubre 25, 2014).

189 El proyecto de ley de transparencia y acceso a la administración pública en su artículo 5° establece que son sujetos obligados: "1) 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; 2) los órganos, organismos y entidades estatales independientes o autónomos y de control; 3) 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; 4) 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; 5) las empresas públicas creadas por ley, las empresas del Estado y sociedades en que este tenga participación; 6) los partidos o movimientos políticos y los grupos significativos de ciudadanos; 7) 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, solo 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 del 2000, la Ley 1097 del

El acceso a la información solo podrá ser restringido excepcionalmente. Las excepciones serán limitadas y proporcionales, las cuales 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 lo anterior, 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 que “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 este sentido, la Ley 594 de 2000 en su artículo 27 establece que: “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 de la ley de transparencia y acceso a la administración pública<sup>190</sup>, **la información deberá estar a disposición del público en la Web**, a 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 de los trámites y servicios que presten y, con el objeto de facilitar que las poblaciones específicas accedan a la información que particularmente las afecte, los sujetos obligados, a solicitud de las autoridades de las comunidades, divulgarán la información pública en diversos idiomas y lenguas<sup>191</sup> y elaborarán formatos alternativos compren-

---

2006, el literal d) del numeral 4 del artículo 2° de la Ley 1150 del 2007, la Ley 1219 del 2008, el artículo 2° de la Ley 1266 del 2008, el artículo 24 de la Ley 1437 del 2011 y demás normas que las adicionen, modifiquen o sustituyan”. En Sentencia C-274 del 9 de mayo del 2013 la Corte Constitucional declaró exequible este artículo.

190 Artículo declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-274 del 9 de mayo del 2013.

191 La Corte Constitucional en la Sentencia C-274 del 2013 señala sobre el particular que no resulta acorde con las normas constitucionales y las finalidades de la ley estatutaria, restringir la presentación de la información oficial en diversos idiomas y lenguas pertenecientes a poblaciones específicas de las comunidades étnicas y en formatos

•La responsabilidad patrimonial de la administración pública•

sibles para dichos grupos. Igualmente, preceptúa que deberá asegurarse el acceso a esa información a los distintos grupos étnicos y culturales del país, así como la adecuación de los medios de comunicación que faciliten el acceso a las personas que se encuentran en situación de discapacidad.

En ese mismo sentido, se debe referir que la publicación de la información no debe escaparse al cumplimiento de los principios de: 1) máxima publicidad para titular universal, 2) principio de la transparencia y acceso a la información pública, 3) principio de buena fe, 4) principio de facilitación, 5) principio de no discriminación, 6) principio de gratuidad, 7) principio de celeridad, 8) principio de eficacia, 9) principio de la calidad de la información, 10) principio de la divulgación proactiva de la información, 11) principio de responsabilidad en el uso de la información.

### *Información que debe publicar la administración*

Antes de determinar qué tipo de información debe publicar la administración, se deben aclarar algunos conceptos que la propia ley de transparencia incorpora, entre ellos, la noción de información, entendida como el conjunto organizado de datos contenidos en cualquier documento que los sujetos obligados generen, obtengan, adquieran, transformen o controlen. En cuanto a la información pública,<sup>192</sup> en términos de la ley, será toda información que un sujeto obligado

.....  
alternativos comprensibles para tales grupos, solo en el evento en que se haya presentado solicitud de las autoridades de dichas comunidades, máxime cuando se está frente a sujetos de especial protección constitucional. En este sentido, y puesto que la garantía más importante del adecuado funcionamiento del régimen constitucional está en la plena publicidad y transparencia de la gestión pública, y que la diversidad de idiomas y lenguas constituye una barrera para el acceso a la información pública y el consecuente ejercicio del derecho a la participación y demás derechos fundamentales que del mismo derivan, la Sala encuentra que los sujetos obligados tienen el deber constitucional de traducir la información pública en todos aquellos casos en que se presente la posible afectación de una o varias comunidades étnicas que no tienen la posibilidad de comunicarse en castellano, lengua oficial de Colombia, de acuerdo con el artículo 10 constitucional, aún en el evento en que no medie solicitud de la autoridad o autoridades correspondientes. Este deber se reafirma al consagrar la misma ley el principio de publicidad proactiva. Si bien puede resultar excesivamente oneroso para el Estado traducir permanentemente a todas las lenguas indígenas los documentos públicos, así no exista una afectación de sus derechos, la norma bajo estudio sí tiene un supuesto mínimo que debe cumplirse siempre y es el deber de asegurar que dichas autoridades por lo menos tengan la posibilidad de saber que el documento público en cuestión existe, para que estas puedan estar enteradas de la información pública, para que puedan pedir la traducción de aquella información pública que les concierne, con el fin de superar las barreras idiomáticas y culturales.

192 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 sea 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

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>193</sup> es decir, la información que estando en poder o custodia de un sujeto obligado en su calidad de tal, pertenece al ámbito propio, particular y privado<sup>194</sup> o semiprivado<sup>195</sup> de una persona natural o jurídica, por lo que su acceso podrá ser negado o exceptuado, siempre que se trate de las circunstancias legítimas y necesarias y los derechos particulares o privados consagrados en el artículo 18 de la ley.

La información pública reservada<sup>196</sup> es aquella que estando en poder o custodia de un sujeto obligado en su calidad de tal, es exceptuada de acceso a la ciudadanía por daño a intereses públicos y bajo cumplimiento de la totalidad de los requisitos consagrados en el artículo 19 de la ley. Finalmente, publicar o divulgar significa poner a disposición en una forma de acceso general a los miembros del público; incluye la impresión, emisión y las formas electrónicas de difusión.

---

los datos sobre el estado civil de las personas o sobre la conformación de la familia, información que puede solicitarse por cualquier persona de manera directa y sin el deber de satisfacer requisito alguno. Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-157 del 5 de marzo del 2010*, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

193 En la Sentencia T-729 del 2002, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional realizó una doble tipología de la información con el propósito de definir si vulnera el derecho a la intimidad de las personas naturales la posibilidad de acceso público a información habilitada en Internet por la Superintendencia Nacional de Salud y Catastro, 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 a la protección de derechos como la intimidad, el buen nombre y el habeas data, entre otros. Y, por otra parte, 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: 1) pública o de dominio público; 2) semiprivada; 3) privada y 4) reservada o secreta.

194 Según la Sentencia T-157 del 5 de marzo del 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, la información privada será aquella que por versar sobre información personal o no, y que por encontrarse 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 del domicilio.

195 Según la misma sentencia la información semiprivada, será aquella que por versar sobre información personal o impersonal y no estar comprendida por la regla general anterior, presenta para su acceso y conocimiento un grado mínimo de limitación, de tal forma que solo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad administrativa en el cumplimiento de sus funciones o en el 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.

196 Siguiendo con la misma sentencia 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.”

A los conceptos anteriores debe adicionarse la noción de datos abiertos, respecto de los cuales la ley de transparencia y acceso a la información pública en el artículo 6° se refiere 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.

En cuanto al derecho de acceso a documentos públicos en el marco del derecho a la información, la Sentencia T-1025 del 2007 retomó el resumen efectuado por la Sentencia C-491 del 2007 y estableció que:

1. 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.
2. En armonía con lo establecido en el artículo 74 de la Constitución, los límites al acceso a la información bajo control del Estado deben ser fijados a través de la ley.
3. 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.
4. Desde la perspectiva constitucional, los límites al acceso a la información bajo control del Estado solo 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.
5. La determinación de mantener en reserva o secreto un documento público opera sobre el contenido del mismo, pero no sobre su existencia.

6. En el caso de los procesos judiciales sometidos a reserva, esta 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.
7. La ley no puede asignarle el carácter de información reservada a documentos o datos que, por decisión constitucional, tienen un destino público.
8. 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.
9. Durante la vigencia del periodo de reserva de la información, los documentos y datos deben ser debidamente custodiados y mantenidos, con el fin de permitir su publicidad posterior.
10. 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.
11. 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.
12. 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 cuál es la información pública y, por tanto, debe ser publicada en la web –que en los términos de la Ley 1437, 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, funciones y deberes, la ubicación de sus sedes y áreas, divisiones o departamentos y sus horas de atención al público; su presupuesto general, ejecución presupuestal histórica anual y planes de gasto público para cada año fiscal, de conformidad con el artículo 74 de la Ley 1474 del 2011; un directorio que incluya el cargo, direcciones de correo electrónico y teléfono del despacho de los empleados y funcionarios y las escalas salariales correspondientes a las categorías de todos los servidores que trabajan en el sujeto obligado, de acuerdo con el formato de información de servidores públicos y contratistas; todas las normas generales y reglamentarias, políticas, lineamientos o manuales, las metas y objetivos de las unidades administrativas de conformidad con sus programas operativos y los resultados de las auditorías al ejercicio presupuestal e indicadores de desempeño; 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, arrendados y, en caso de los servicios de estudios o investigaciones, deberá señalarse el tema específico, de conformidad con el artículo 74 de la Ley 1474 del 2011.

En el caso de las personas naturales con contratos de prestación de servicios, deberá publicarse el objeto del contrato, monto de los honorarios y direcciones de correo electrónico, de conformidad con el formato de información de servidores públicos y contratistas; los plazos de cumplimiento de los contratos; publicar el Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano, según lo establecido en el artículo 73 de la misma ley.<sup>197</sup>

El párrafo 2 reglamenta el contenido y la forma de presentar la información que debe hacerse pública de los empleados, funcionarios y contratistas que trabajan con el sujeto obligado. Al respecto dispone que deberá presentarse en el formato que para el efecto diseñe el Departamento Administrativo de la Función

.....  
197 Artículo 9 del proyecto de ley de transparencia y acceso a la información pública declarado exequible en Sentencia C-274 del 9 de mayo del 2013.

Pública, que deberá contener los siguientes datos de los funcionarios y contratistas: 1) nombres y apellidos completos; 2) ciudad de nacimiento; 3) formación académica; y 4) experiencia laboral y profesional. De manera expresa, la norma excluye la publicación de cualquier información que afecte la privacidad y el buen nombre de los servidores públicos y contratistas, en los términos definidos por la Constitución y la ley.<sup>198</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, por medio del cual se podrá acceder directamente a la información correspondiente al respectivo proceso contractual, en aquellos que se encuentren sometidos a ese sistema, sin excepción. Por lo anterior se impone como obligación a cargo del sujeto obligado 1) publicar en el medio electrónico institucional los contratos en curso y 2) crear un vínculo con el sistema electrónico para la contratación pública o el que haga sus veces que permita acceder directamente a la información del proceso contractual sobre el cual se tenga interés.

Mediante esta disposición se asegura que los titulares del derecho a acceder a la información pública puedan conocer una información mínima sobre las condiciones y procedimientos para el ejercicio de sus derechos, así como para controlar el poder público y fortalecer la veeduría ciudadana en torno al manejo de los recursos, lo que contribuye también a erradicar la corrupción y la arbitrariedad, hecho compatible con nuestro ordenamiento constitucional.

### **Información respecto de los servicios y procedimientos que deben estar en la sede electrónica de las administraciones**

Todo sujeto obligado deberá publicar los servicios que brinde directamente al público, incluyendo normas, formularios y protocolos de atención; toda la información correspondiente a los trámites que se pueden agotar en la entidad, como la normativa relacionada, el proceso, los costos asociados y los distintos formatos o formularios requeridos; una descripción de los procedimientos que se siguen

.....  
<sup>198</sup> La principal limitación impuesta por esta 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 del 2012.



para tomar decisiones en las diferentes áreas; el contenido de las decisiones y/o políticas que haya adoptado y afecten al público, junto con sus fundamentos y toda interpretación autorizada de ellas; los informes de gestión, evaluación y auditoría del sujeto obligado; los mecanismos internos y externos de supervisión, notificación y vigilancia pertinente del sujeto obligado; sus procedimientos, lineamientos, políticas en materia de adquisiciones y compras, así como los datos de adjudicación y ejecución de contratos, incluidos concursos y licitaciones; los mecanismos 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, denuncias y los tiempos de respuesta del sujeto obligado; los mecanismos o procedimientos por medio de los cuales 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 presente ley 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 de la ley. Adicionalmente, para las condiciones técnicas de su publicación, se deberán observar los requisitos que establezca el Gobierno nacional, por medio del Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones o quien haga sus veces.

Por lo anterior en términos de la Corte Constitucional, la obligación de publicación de este tipo de información es instrumental, pues se debe publicar:

1. Detalles pertinentes sobre todo servicio que brinde directamente al público, incluyendo normas, formularios y protocolos de atención.
2. 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 distintos formatos o formularios requeridos.
3. La descripción de los procedimientos que se siguen para tomar decisiones en las diferentes áreas.
4. El contenido de toda decisión y/o política que haya adoptado y afecte al público, junto con sus fundamentos y toda interpretación autorizada de ellas.
5. Todos los informes de gestión, evaluación y auditoría del sujeto obligado.

6. Todo mecanismo interno y externo de supervisión, notificación y vigilancia pertinente del sujeto obligado.
7. Los procedimientos, lineamientos y políticas en materia de adquisiciones y compras, así como todos los datos de adjudicación y ejecución de contratos, incluidos concursos y licitaciones.
8. 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, denuncias y los tiempos de respuesta del sujeto obligado.
9. 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.
10. El registro de publicaciones que contenga los documentos publicados de conformidad con la presente ley y automáticamente disponibles, así como un Registro de Activos de Información.

### **Información que goza de protección constitucional y legal y que no debe publicarse**

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

#### *Información exceptuada por daño de derechos a personas naturales*

Sobre el particular será, pues, toda aquella información pública clasificada,<sup>199</sup> cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito, siempre que el acceso cause un daño a los siguientes derechos:

.....  
199 El artículo 6º del proyecto del ley de Transparencia y acceso a la información pública establece que la información pública clasificada es aquella información que estando en poder o 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

•La responsabilidad patrimonial de la administración pública•

1. El derecho de toda persona a la intimidad, bajo las limitaciones propias que impone la condición de servidor público, en concordancia con lo estipulado por el artículo 24 de la Ley 1437 del 2011.<sup>200</sup>
2. El derecho de toda persona a la vida, la salud o la seguridad.
3. Los secretos comerciales, industriales y profesionales, así como los estipulados en el parágrafo del artículo 77 de la Ley 1474 del 2011.

Uno de los límites admisibles al derecho de acceso a la información pública proviene de la necesidad de protección de otros derechos fundamentales que puedan ser afectados por el acceso y difusión de tal información. Tal es el caso de los datos personales que solo pertenecen a su titular y cuya divulgación podría afectar un derecho legítimo de este último como el derecho a la intimidad o de los secretos comerciales, industriales y profesionales, cuyo acceso puede afectar el ejercicio de las libertades económicas. También se ha autorizado restringir el acceso a la información pública cuando su divulgación o acceso pueda poner en peligro la vida, la integridad o la seguridad de las personas.<sup>201</sup>

Mediante esta norma se establece la posibilidad de rechazar o denegar el acceso a información pública clasificada, cuando su acceso y posible difusión pueda causar un daño a los derechos a la intimidad personal, la vida, la salud o la seguridad de las personas o por tratarse de secretos comerciales, industriales o profesionales. Esta disposición establece también que la duración de estas restricciones es ilimitada y que no podrá aplicarse cuando la persona haya consentido en la revelación de esa información.<sup>202</sup>

De acuerdo con lo que establece el artículo 74 de la Carta y la jurisprudencia constitucional en la materia:

Una reserva legal solo puede operar sobre la información que compromete derechos fundamentales o bienes constitucionales pero no sobre todo el proceso público dentro del cual se inserta dicha información. En ese sentido en un caso de violencia contra menores, por ejemplo, solo es reservado el nombre del menor o los datos que per-

---

su acceso podrá ser negado o exceptuado, siempre que se trate de las circunstancias legítimas y necesarias y los derechos particulares o privados consagrados en el artículo 18 de la Ley.

200 Declarado inexecutable (diferido hasta el 31 de diciembre del 2014) por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-818 del 2011.

201 Corte Constitucional, *Sentencia 274 del 2013*, M. P. Maria Victoria Calle Correa.

202 Corte Constitucional, *Sentencia 274 del 2013*, M. P. Maria Victoria Calle Correa.

mitan su identificación, pero no el resto de la información que reposa en el proceso, pues resultaría desproporcionado reservar una información cuyo secreto no protege ningún bien o derecho constitucional. A este respecto no sobra recordar que la Corte ha señalado que cualquier decisión destinada a mantener en reserva determinada información debe ser motivada y que la interpretación de la norma sobre reserva debe ser restrictiva.<sup>203 204</sup>

Según el artículo 18, para que tal reserva opere, se requiere que el sujeto obligado, que tenga bajo su control información pública clasificada:

1. Exponga por escrito y en forma debidamente motivada, las razones por las cuales acceder a la información reservada puede causar daño a los derechos señalados en la norma.
2. Que se trate del derecho a la intimidad, bajo las limitaciones propias que impone la condición de servidor público, en concordancia con lo estipulado por el artículo 24 de la Ley 1437 del 2011.
3. O que se trate de los derechos a la vida, a la salud o la seguridad de las personas.
4. O que se trate de secretos comerciales, industriales y profesionales y la información de proyectos de inversión de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, según lo que establece el parágrafo del artículo 77 de la Ley 1474 del 2011.

La exigencia de que se expresen por escrito las razones de la reserva, asegura que la decisión del sujeto obligado que pueda negar el acceso a esta información no resulte arbitraria. El artículo 18 emplea la expresión “debidamente motivada”, y aunque algunos intervinientes sostienen que tal expresión es ambigua, debe ser leída a la luz de los parámetros de constitucionalidad señalados en la sección 3.2. de la sentencia de constitucionalidad de la ley de transparencia y también de manera armónica con lo que establecen otras disposiciones de la misma ley.

.....  
203 En este sentido se ha manifestado también la Corte Suprema de Justicia al considerar: 1) que la reserva legal del proceso penal se levanta una vez ha terminado este o se ha archivado la actuación; 2) que solo puede permanecer en reserva la información estrictamente necesaria para proteger la vida o integridad de víctimas y testigos o la intimidad de sujetos de especial protección como los menores; 3) que solo se admite la reserva de las piezas que han sido trasladadas a otro proceso que se encuentra en curso, pero no de la información restante del proceso archivado. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal sentencias del 17 de junio de 1998 y del 10 de noviembre de 1999.

204 Corte Constitucional, *Sentencia C-491 del 2007*, M. P. Jaime Córdoba Triviño, SV Jaime Araújo Rentería.

•La responsabilidad patrimonial de la administración pública•

Dado que la posibilidad de que un sujeto obligado pueda mantener la reserva sobre información particular, es excepcional y debe ser interpretada de manera estricta. La jurisprudencia ha señalado que es preciso acreditar que esa reserva obedece a un fin constitucionalmente legítimo, importante y hasta imperioso y que la restricción es razonable y proporcionada. Estos criterios deberán ser empleados por el sujeto obligado para expresar los motivos de la restricción.

Por ello, dado que la norma exige que el riesgo para tales derechos “pueda” causar daño a otro, esa conjugación verbal implica que los motivos que debe consignar el sujeto obligado deben expresar necesariamente por qué la posibilidad de dañar esos derechos es real, probable y específica; que no es un riesgo remoto ni eventual. Adicionalmente, para asegurar que sea proporcional, a la luz de la doctrina constitucional en la materia, el sujeto obligado debe señalar que el daño o perjuicio que pueda producirse a esos derechos sea sustancial, pues no sería constitucional que un daño ínfimo conduzca a una restricción tan seria del derecho de acceso a la información. La determinación de qué tan sustancial es un daño se determina al sopesar si el perjuicio causado al interés protegido es desproporcionado ante el beneficio que se obtendría por garantizar el derecho a acceder a documentos públicos.

Según los parámetros constitucionales señalados, la carga de la prueba para negar el acceso a la información es del sujeto obligado que posee la información y la controla. Lo anterior asegura el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, pues, impide que tal decisión sea meramente discrecional y arbitraria.<sup>205</sup>

La corte Constitucional señala las tipologías de información como elemento determinante para resolver la colisión entre derechos, en la Sentencia T-729 del 2002.<sup>206</sup>

Para la adecuada comprensión de la colisión entre los derechos a la información y al *habeas data*, en ocasiones extensible al derecho a la intimidad, la Corte propone una tipología de la información que, mediante el manejo de criterios más o menos estables, facilite la unificación de la jurisprudencia constitucional y la seguridad jurídica entre los actores más usuales de los mismos.

.....  
205 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Claude Reyes y otros. Sentencia del 19 de septiembre del 2006. Serie C No. 151, párr. 98.

206 Corte Constitucional, *Sentencia T-729 del 2002*, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

La primera gran tipología es aquella dirigida a distinguir entre la información impersonal y la información personal. A su vez, en esta última es importante diferenciar igualmente la información personal contenida en bases de datos computarizadas o no y la información personal contenida en otros medios, como videos o fotografías, etc.

En función de la especialidad del régimen aplicable al derecho a la autodeterminación, esta diferenciación es útil principalmente por tres razones: la primera, es la que permite afirmar que en el caso de la información impersonal no existe un límite constitucional fuerte<sup>207</sup> al derecho a la información, sobre todo teniendo en cuenta la expresa prohibición constitucional de la censura (artículo 20 inciso 2º), sumada en algunos casos a los principios de publicidad, transparencia y eficiencia en lo relativo al funcionamiento de la administración pública (artículo 209) o de la administración de justicia (artículo 228). Una segunda razón, está asociada con la reconocida diferencia entre los derechos a la intimidad, al buen nombre y al *habeas data*, lo cual implica reconocer igualmente las diferencias entre su relación con la llamada información personal y su posible colisión con el derecho a la información. La tercera razón guarda relación con el régimen jurídico aplicable a los llamados procesos de administración de datos inspirado por principios especiales y en el cual opera, con sus particularidades, el derecho al *habeas data*.

La segunda gran tipología, que necesariamente se superpone con la anterior, es la dirigida a clasificar la información desde un punto de vista cualitativo en función de su publicidad y la posibilidad legal de obtener acceso a la misma. En este sentido la Sala encuentra cuatro grandes tipos: la información pública o de dominio público, la información semiprivada, la información privada y la información reservada o secreta.

Así, 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 la misma sea 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 cualquier persona de manera directa y sin el deber de satisfacer requisito alguno.

.....  
207 Esta calificación se justifica, entre otras, en virtud de la existencia de ciertos derechos igualmente constitucionales, como los de propiedad intelectual (artículo 61 de la Constitución) que constituyen un límite de rango constitucional al derecho a la información.

•La responsabilidad patrimonial de la administración pública•

La información semiprivada será aquella que por versar sobre información personal o impersonal y no estar comprendida por la regla general anterior, presenta para su acceso y conocimiento un grado mínimo de limitación, de tal forma que la misma sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad administrativa en el cumplimiento de sus funciones o en el 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.

La información privada será aquella que por versar sobre información personal o no, y que por encontrarse 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 del domicilio.

Finalmente, se encuentra 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”<sup>208</sup> o relacionados con la ideología, la inclinación sexual, los hábitos de la persona, etc.

Para la Corte, esta tipología es útil al menos por dos razones: la primera, porque contribuye a la delimitación entre la información que se puede publicar en desarrollo del derecho constitucional a la información y aquella que constitucionalmente está prohibido publicar como consecuencia de los derechos a la intimidad y al *habeas data*. La segunda, porque contribuye a la delimitación e identificación tanto de las personas como de las autoridades que se encuentran legitimadas para acceder o divulgar dicha información.

.....  
208 En la Sentencia T-307 de 1999, sobre la llamada información "sensible", la Corte Constitucional afirmó: “[...] no puede recolectarse información sobre datos “sensibles” como, por ejemplo, la orientación sexual de las personas, su filiación política o su credo religioso, cuando ello, directa o indirectamente, pueda conducir a una política de discriminación o marginación”.

A partir de lo anterior la Corte ha señalado las siguientes reglas:

1. Cuando se trate de un dato personal sensible, en principio, solo su titular podría tener acceso.<sup>209</sup> Sobre el particular, la Corporación puntualizó lo siguiente en la Sentencia C-1011 del 2008:<sup>210</sup>

Caso distinto se predica de la información sensible, relacionada, entre otros aspectos, con la orientación sexual, los hábitos del individuo y el credo religioso y político. En estos eventos, la naturaleza de esos datos pertenece al núcleo esencial del derecho a la intimidad, entendido como aquella “esfera o espacio de vida privada no susceptible de la interferencia arbitraria de las demás personas, que al ser considerado un elemento esencial del ser, se concreta en el derecho a poder actuar libremente en la mencionada esfera o núcleo, en ejercicio de la libertad personal y familiar, sin más limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico”.<sup>211</sup> En este caso, todo acto de divulgación mediante los procesos genéricos de administración de datos personales, distintos a las posibilidades de divulgación excepcional descritas en el fundamento jurídico 2.5. del presente análisis, se encuentra proscrita. Ello en la medida que permitir que información de esta naturaleza pueda ser objeto de procesos ordinarios de acopio, recolección y circulación vulneraría el contenido esencial del derecho a la intimidad.

2. Según la clasificación de la información en personal o impersonal y en pública, privada, semiprivada o reservada, la Corte resumió en los siguientes términos –en la Sentencia T-161 del 2011– las reglas para determinar si tal información se encuentra sujeta a reserva o si por el contrario puede ser revelada:<sup>212</sup>

[...]13. A partir de esta clasificación es posible determinar si la información se encuentra sujeta a reserva o si por el contrario puede ser revelada, de modo que:

1. La información personal reservada contenida en documentos públicos: no puede ser revelada.

209 En efecto, de conformidad con el principio 3 de la Declaración de Principios sobre Acceso a la Información, “toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla”.

210 Corte Constitucional, *Sentencia C-1011 del 2008*, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

211 Corte Constitucional, *Sentencia C-692 del 2003*, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

212 Corte Constitucional, *Sentencia T-161 del 2011*, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.



•La responsabilidad patrimonial de la administración pública•

2. Los documentos públicos que contengan información personal privada y semi-privada: el ejercicio del derecho al acceso a documentos públicos se despliega de manera indirecta, por medio de autoridades administrativas o judiciales (según el caso) y dentro de los procedimientos (administrativos o judiciales) respectivos.
3. Documentos públicos que contengan información personal pública: son objeto de libre acceso.

14.- En relación con la reserva esta Corporación ha establecido que puede versar sobre el contenido de un documento público pero no respecto de su existencia. Así, se estableció que “el secreto de un documento público no puede llevarse al extremo de mantener bajo secreto su existencia. El objeto de protección constitucional es exclusivamente el contenido del documento. Su existencia, por el contrario, ha de ser pública, a fin de garantizar que los ciudadanos tengan una oportunidad mínima a fin de poder ejercer, de alguna manera, el derecho fundamental al control del poder público (artículo 40 de la C. P).”<sup>213</sup>

Adicionalmente esta Corporación señaló que: “la reserva puede ser oponible a los ciudadanos pero no puede convertirse en una barrera para impedir el control intra o interorgánico, jurídico y político de las decisiones y actuaciones públicas de que da cuenta la información reservada”.<sup>214</sup> Y seguidamente expresó: “la reserva legal solo puede operar sobre la información que compromete derechos fundamentales o bienes de relevancia constitucional pero no sobre todo el proceso público dentro del cual se inserta dicha información”.<sup>215</sup> “Se concluye entonces que es necesario que las autoridades estatales faciliten el acceso a la información que permita a los ciudadanos el control de las decisiones tomadas por dichos órganos”.

3. Con el fin de determinar la intensidad con que una información personal se encuentra ligada a la esfera íntima del individuo, a partir de la clasificación precitada, la Corte constitucional señaló en la Sentencia C-692 del 2003.<sup>216</sup>

.....  
213 Corte Constitucional, *Sentencia T-216 del 2004*, M. P. Eduardo Montealegre.

214 Corte Constitucional, *Sentencia T-511 del 2010*, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto

215 Corte Constitucional, *Sentencia T-511 del 2010*.

216 Corte Constitucional, *Sentencia C-692 del 2003*, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

De la tipología que acaba de citarse es posible inferir que aunque cierto tipo de información permanece confinada al ámbito personalísimo del individuo, otro tipo, que también le concierne, puede ser conocida por el Estado mediante orden de autoridad judicial competente o por disposición de las entidades administrativas encargadas de manejarla. De lo anterior también se deduce que cierta información que concierne al individuo puede ser divulgada sin el cumplimiento de requisitos especiales, al tiempo que otros datos, contentivos de información ligada a su ámbito personal, requieren autorización de autoridad competente o simplemente no pueden ser divulgados.

Así entonces, corresponde a las autoridades administrativas o judiciales determinar, en los casos concretos sometidos a su consideración, a qué tipo de información corresponden los datos por ellas solicitados o administrados, a fin de establecer si por solicitarlos o administrarlos se incurre en intromisión indebida en el ámbito íntimo del individuo.

Lo anterior debe entenderse acompasado por el cumplimiento de las normas que, sobre administración de datos personales, ha sistematizado la jurisprudencia constitucional. En este sentido, además de determinar el tipo de información que puede ser divulgada y el que no puede serlo, las autoridades administrativas y judiciales están en la obligación de guiarse por los principios de libertad, necesidad, veracidad, integridad, incorporación, finalidad, utilidad, circulación restringida, caducidad e individualidad del dato, con el fin de garantizar la protección, no solo del derecho a la intimidad, sino también la del *habeas data*.

### *Información exceptuada por daño a los intereses públicos*

Es toda aquella información pública reservada,<sup>217</sup> cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado, lo cual deberá constar por escrito y procede siempre que el acceso estuviere expresamente prohibido por una norma legal o constitucional. En estos términos, se trata de la información referida a la defensa y seguridad nacional; la seguridad pública; las relaciones internacionales; la prevención, investigación y persecución de los delitos y las faltas disciplinarias, mientras que no se haga efectiva la medida de aseguramiento o se formule pliego de cargos, según el caso; el debido proceso y la igualdad de las partes en los procesos judiciales; la

.....  
217 El artículo 6.d del proyecto del ley de Transparencia y acceso a la información pública dispone que la información pública reservada es aquella información que estando en poder o custodia de un sujeto obligado en su calidad de tal, es exceptuada de acceso a la ciudadanía por daño a intereses públicos y bajo cumplimiento de la totalidad de los requisitos consagrados en el artículo 19 de la ley.

administración efectiva de la justicia; los derechos de la infancia y la adolescencia; la estabilidad macroeconómica y financiera del país; la salud pública, así como los documentos que contengan las opiniones o puntos de vista que formen parte del proceso deliberativo de los servidores públicos.<sup>218</sup>

Una de las situaciones importantes establecidas por la ley es la posibilidad de divulgación parcial en aquellas circunstancias en que de la totalidad de la información contenida en un documento, 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 del contenido de un documento público, pero no de su existencia.

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

Es de 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 realizar al Congreso. Las autoridades deberán asegurar la reserva de los documentos que lleguen a conocer.

A partir del inciso primero del artículo 19 de la ley, para que un sujeto obligado pueda negar el acceso a información pública reservada relativa a las materias señaladas en el artículo: 1) solo puede hacerlo si ese acceso está expresamente prohibido por la Constitución o por una norma de carácter legal y 2) debe manifestarlo por escrito y de manera motivada.

Dado el carácter excepcional de estas restricciones y la exigencia constitucional de que su interpretación sea limitada, la Corte encuentra que estos dos requisitos deben ser interpretados a la luz de las demás exigencias constitucionales que aseguran que la decisión de mantener en secreto una información pública no es arbitraria, ni tiene la intención de impedir el control ciudadano sobre el ejercicio del poder y de la gestión pública.<sup>219</sup>

.....  
218 Así lo establece el artículo 19 del proyecto de ley.

219 "En la Declaración Conjunta del 2004 se abordó también, en mayor detalle, los temas relativos a la información confidencial o reservada y a la legislación que regula el secreto. En dicha Declaración Conjunta se señaló: (i) que

En cuanto a la consagración legal o constitucional de la prohibición de acceso, es necesario además, que esta haya sido expresada de manera clara y precisa en una ley, como quiera que las referencias genéricas e indeterminadas a todo tipo de información, conducen a la vulneración absoluta del derecho de acceso a la información pública. Y de acuerdo con los parámetros constitucionales es preciso que tal autorización legal indique el contenido puntual o tipología de información cuya divulgación o acceso puede afectar gravemente el interés protegido.<sup>220</sup>

Dada la amplitud de los términos empleados en algunos de los literales del artículo 19, varios intervinientes señalan que serían inconstitucionales tales referencias generales, pues no es claro por qué toda la información relacionada con esas materias tiene la entidad para que su acceso pueda generar un daño a los intereses protegidos. Igualmente, cuestionan que no determina cuál es el grado de afectación que justifica una limitación tan severa de este derecho, pues

---

“se deberán tomar medidas inmediatas a fin de examinar y, en la medida necesaria, derogar o modificar la legislación que restrinja el acceso a la información a fin de que concuerde con las normas internacionales en esta área, incluyendo lo reflejado en esta Declaración Conjunta”; (ii) que “las autoridades públicas y funcionarios tienen la responsabilidad exclusiva de proteger la confidencialidad de la información secreta legítimamente bajo su control”, que “otros individuos, incluidos los periodistas y representantes de la sociedad civil, no deberán estar nunca sujetos a sanciones por la publicación o ulterior divulgación de esta información, independientemente de si ha sido filtrada o no, a no ser que cometan fraude u otro delito para obtener la información”, y que “las disposiciones del derecho penal que no limitan las sanciones por la divulgación de secretos de Estado para aquellos que están oficialmente autorizados a manejar esos secretos deberán ser derogadas o modificadas”; (iii) que “cierta información puede ser legítimamente secreta por motivos de seguridad nacional o protección de otros intereses preponderantes”, “sin embargo, las leyes que regulan el secreto deberán definir con exactitud el concepto de seguridad nacional y especificar claramente los criterios que deberán utilizarse para determinar si cierta información puede o no declararse secreta, a fin de prevenir que se abuse de la clasificación ‘secreta’ para evitar la divulgación de información que es de interés público”, por lo cual “las leyes que regulan el secreto deberán especificar con claridad qué funcionarios están autorizados para clasificar documentos como secretos y también deberán establecer límites generales con respecto al periodo de tiempo durante el cual los documentos pueden mantenerse secretos”, e igualmente “dichas leyes deberán estar sujetas al debate público”; y (iv) finalmente, que “los denunciantes de irregularidades (whistleblowers), son aquellos individuos que dan a conocer información confidencial o secreta a pesar de que tienen la obligación oficial, o de otra índole, de mantener la confidencialidad o el secreto” —respecto de quienes se declaró— que “los denunciantes que divulgan información sobre violaciones de leyes, casos graves de mala administración de los órganos públicos, una amenaza grave para la salud, la seguridad o el medio ambiente o una violación de los derechos humanos o del derecho humanitario deberán estar protegidos contra sanciones legales, administrativas o laborales siempre que hayan actuado de ‘buena fe’”.

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano”, <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/ACCESO%20A%20LA%20INFORMACION%202012%20da%20edicion.pdf> (acceso noviembre 27, 2014).

220 Corte Constitucional, *Sentencia C-274 del 2013*, M. P. María Victoria Calle Correa.

•La responsabilidad patrimonial de la administración pública.

no toda afectación a tales intereses justifica sacrificar el acceso a la información pública.<sup>221</sup>

A la luz de los parámetros constitucionales señalados, para que sea posible restringir el acceso a información pública para proteger intereses públicos, no solo es necesario que el acceso a tal información tenga la posibilidad real, probable y específica de dañar esos intereses, sino que el daño sea “significativo.” Estos criterios deberán examinarse en cada caso concreto, con respecto a los intereses autorizados en el artículo 19.<sup>222</sup>

No obstante lo anterior, la Corte observa en primer lugar que el listado incluido en el artículo 19 incluye tanto intereses públicos como materias generales. El artículo emplea la expresión “circunstancias”,<sup>223</sup> como encabezado del listado de intereses protegidos, pero en realidad no se refiere a ninguna circunstancia particular que justifique la reserva, sino que directamente hace una remisión a materias o intereses generales protegidos que en teoría los justifican.<sup>224</sup>

Tal como quedó finalmente redactado parecería que el inciso primero del artículo 19, no cumple en la actualidad los estándares constitucionales que garantizan que la restricción de acceso no sea el resultado de un acto arbitrario del sujeto obligado, como señalan algunos intervinientes. Sin embargo, una lectura sistemática de este artículo con el artículo 29 del proyecto, permite concluir que en realidad el proyecto sí exige el cumplimiento de ciertas circunstancias que deben ser probadas por el sujeto obligado.<sup>225</sup>

A pesar de que el texto del artículo 19 no expresa tales criterios ni cualifica la motivación que debe presentar el sujeto obligado, la carga probatoria que este debe cumplir fue expresamente recogida en el artículo 29. Por ello, el sujeto obligado que niegue el acceso a un documento o información pública, alegando su carácter reservado deberá: 1) hacerlo por escrito y demostrar que 2) existe un

.....  
221 Corte Constitucional, *Sentencia C-274 del 2013*.

222 Ibid.

223 La referencia a una circunstancia particular estaba en el texto aprobado en la Plenaria del Senado y se refería a que el acceso “pudiera dañar significativamente los intereses públicos señalados expresamente,” pero este texto fue suprimido en la Plenaria de la Cámara y al hacerse la conciliación de los textos, el Congreso optó por una redacción en la que se suprimió la referencia precisa a la circunstancia que justifica tal restricción. Gacetas del Congreso No. 77 y 277 del 2012.

224 Corte Constitucional, *Sentencia C-274 del 2013*, M. P. María Victoria Calle Correa

225 Corte Constitucional, *Sentencia C-274 del 2013*, M. P. María Victoria Calle Correa

riesgo presente, probable y específico de dañar el interés protegido y 3) que el daño que puede producirse sea significativo. Por lo que la Corte no considera que exista reproche constitucional respecto del artículo 19.<sup>226</sup>

En cuanto al listado de intereses públicos protegidos señalados en los literales del artículo 19, a la luz de lo dicho previamente, a pesar de la aparente generalidad de los términos empleados por el legislador estatutario para su consagración, la posibilidad de que tales intereses en concreto den lugar a una prohibición de publicidad o al establecimiento de una reserva depende en todo caso de que dicha restricción obedezca a un interés legítimo e imperioso y no exista otro medio menos restrictivo para garantizarlo.<sup>227</sup>

No sobra resaltar que la aplicación de la reserva en estas materias, debe estar expresamente consagrada en la ley o en la Constitución, en términos precisos; 1) y motivarse en cada caso concreto 2) que existe un riesgo real, probable y específico de dañar el interés protegido y 3) que el daño que puede producirse sea significativo, si se autoriza el acceso a esa información. En otras palabras, el acceso se limita a la información calificada como reservada, no a las razones de la reserva, que son públicas y objeto de control y de debate.<sup>228</sup>

*El servicio de información en páginas electrónicas de las administraciones. Imposibilidad de cláusulas de exención de responsabilidad*

En el contexto internacional donde autores como Elisenda Malaret García (2007) en su artículo “Los servicios informacionales: la emergencia de nuevos servicios públicos en la sociedad de la información y del conocimiento”; Rubén Martínez Gutiérrez (2012), en su artículo “Servicio público electrónico y responsabilidad”; Julián Valero Torrijos, en su trabajo “Responsabilidad de la administración pública por información pública en Internet” o en el trabajo “Esquema Nacional de Seguridad en la administración electrónica y responsabilidad patrimonial por incidentes de seguridad” de Ignacio Alamillo y Agustí Cerrillo en los “Principios de los datos abiertos”, han abordado el tema objeto de estudio en cuanto a su

226 Corte Constitucional, *Sentencia C-274 del 2013*, M. P. María Victoria Calle Correa

227 Ibid.

228 Ibid,

normativa nacional. En el entendido de que ellos son autores españoles, dicho desarrollo sí ha sido su objeto de estudio a partir del análisis normativo propio.

Para Ignacio Alamillo, por ejemplo:

[...] la necesidad de diferenciar el tratamiento de la responsabilidad en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los principios y requerimientos legales de seguridad de la información, así como de los controles de seguridad impuestos en el nivel reglamentario, situación en que parece no haber dificultado alguna para activar plenamente la responsabilidad patrimonial de la administración, del caso de cumplimiento pleno de las obligaciones legales por la administración.

[...] el cumplimiento de la reglamentación y de las normas técnicas – cabe plantearse el alcance de la posible responsabilidad de la administración, en especial a la luz de incidentes (como ataques informáticos sofisticados de tipo amenaza avanzada persistente, que resultan prácticamente indetectables)– que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos.

[...] defender la necesidad de exonerar a la administración de parte o de toda responsabilidad por los daños causados, limitando la legítima expectativa indemnizatoria de un ciudadano que ha sufrido un daño efectivo, lo cual exige tratar la cuestión dentro del ámbito de la determinación de diligencia exigible a la administración en el cumplimiento de las medidas de seguridad, para establecer criterios equilibrados que protejan tanto al ciudadano como a la administración.

[...] Es imprescindible el cumplimiento pleno del Esquema Nacional de Seguridad y el concurso del nivel de autorregulación, en la medida en que las normas técnicas nos ofrecen un marco referencial de prácticas adecuadas en la gestión de la seguridad que ayudarán a dilucidar, en el caso concreto, el alcance de la responsabilidad de la administración.

[...] estos criterios serán también útiles en relación con la responsabilidad disciplinaria que, en su caso, proceda aplicar frente a los órganos responsables y otras personas con responsabilidades referidas a la adecuada gestión de los datos personales, prevista en la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD).

[...] la exoneración de responsabilidad patrimonial de la administración en atención a los criterios que he expuesto en este trabajo supone un incentivo importante para la adopción plena del Esquema Nacional de Seguridad por parte de las administraciones

públicas, al tiempo que ofrece una medida de seguridad jurídica imprescindible para que las Administraciones puedan actuar en Internet sin devenir aseguradoras universales de todo riesgo informático que eventualmente puedan sufrir los ciudadanos.

Por su parte Agustí Cerrillo, en su trabajo “Los principios de los datos abiertos”, afirma:

[...] Aunque la normativa vigente no aclara qué sucede en estos casos, hay un acuerdo en la doctrina al considerar que son de aplicación los preceptos que regulan la responsabilidad patrimonial de la administración pública.<sup>229</sup> Desde un punto de vista general, hay que tener presente que cuando los datos difundidos por Internet causen un daño que pueda ser considerado como una lesión indemnizable (es decir, haya un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con respecto a una persona o un grupo de personas), que el ciudadano no tenga el deber de soportar, sea jurídicamente imputable a la administración y haya una relación de causalidad entre la actividad administrativa y la lesión producida, la administración pública deberá responder e indemnizar al perjudicado. Sin embargo, la mayoría de los portales de datos abiertos se autoexoneran de responsabilidad, atribuyendo esta responsabilidad por los daños causados a los reutilizadores.

**Para Rubén Martínez:**

La responsabilidad patrimonial es un instrumento jurídico esencial para garantizar una adecuada prestación de servicios públicos electrónicos de calidad, ya que a través de dicho mecanismo puede establecerse cierto control de las actuaciones que las administraciones realicen en sus sedes electrónicas. La actividad administrativa electrónica que desarrollen las distintas administraciones no puede, ni tampoco debe, considerarse exenta de la aplicación del régimen legal general de la responsabilidad administrativa. Existen tres razones fundamentalmente para avalar este posicionamiento. En primer lugar, la actividad administrativa electrónica y la prestación de servicios públicos electrónicos son actividades administrativas y, en consecuencia, si en su deficiente realización o prestación se presentan los elementos indispensables para exigir responsabilidad patrimonial conforme al régimen general, debe entenderse aplicable el mecanismo de la responsabilidad. En segundo lugar, la aplicación del instrumento de la responsabilidad es una garantía para los ciudadanos, que les otorga seguridad jurídica a la realización de actividades y procedimientos electrónicos con las administraciones. En tercer lugar, la aplicación del mecanismo de la responsabi-

.....  
<sup>229</sup> Véase, por todos, Julián Valero Torrijos, *Responsabilidad de la Administración Pública por información publicada en Internet comentario a la STSJ de Canarias de 25 de enero del 2007* (AS 2007, 1961) (Navarra, España: Aranzadi social, 2007), 1224-1226.



•La responsabilidad patrimonial de la administración pública•

dad en el modelo de administración electrónica puede resultar muy favorecedor para el establecimiento de servicios públicos electrónicos de calidad, reales y efectivos, impidiendo así que las administraciones descuiden deliberadamente la importancia de la actividad administrativa que realicen electrónicamente...”.

## EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES

En Colombia los principios y preceptos contenidos en la Ley Estatutaria 1581 del 2012 “por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales” le son los aplicables al tratamiento de datos personales que se encuentren en bases de datos y archivos tanto de entidades de derecho privado como de naturaleza pública.

Es por ello que a la luz de la Ley General de Protección de Datos Personales, la administración pública en desarrollo de la función de gestión del Estado, tiene una doble condición. Por un lado, es un sujeto vigilado al ser responsable del tratamiento de los datos personales consignados en sus bases de datos, y por otra parte, como autoridad de vigilancia y control en el tratamiento de datos personales, debe garantizar que en su recolección, uso y disposición final se dé cumplimiento a los principios, derechos y deberes de los titulares.

A partir de esta doble función que desempeña el Estado, se plantea el análisis de la presente investigación, que busca dilucidar cuál es la responsabilidad de la administración pública cuando hace tratamiento de datos personales y cuál es la eficacia de sus facultades de vigilancia y control a dos años de haber entrado en vigencia la Ley 1581 del 2012.

El primer postulado trae consigo varios retos importantes que se deben abordar cuando las entidades de derecho público actúan como responsables del

tratamiento. Los principales cuestionamientos que surgen están enfocados a aclarar si las entidades de derecho público de los ámbitos nacionales, regionales y locales requieren de autorización para el tratamiento de datos personales. La respuesta positiva conlleva a preguntarse si están obligadas a cumplir con todos y cada uno de los deberes a que obliga la ley o si por el contrario están exceptuados de implementar una política de protección de datos personales, medidas técnicas, humanas y administrativas dentro de sus organizaciones que garanticen el correcto tratamiento de los datos personales, como lo están obligadas las entidades de derecho privado.

Así mismo, es igualmente importante revisar cuáles son las responsabilidades administrativas y disciplinarias que se derivan del tratamiento no autorizado de los datos personales y cuáles sus consecuencias. Tales proposiciones hacen repensar la manera como las entidades recogen, almacenan, tratan y eliminan información personal. Tal actividad, propia de las funciones que realizan, les sugiere el reto de llegar a determinar qué datos poseen, qué uso les están dando y con qué finalidad recolectan y tratan permanentemente información personal de los ciudadanos.

La Ley de Protección de Datos Personales también regula la manera como se deben atender las consultas y los reclamos y garantiza el derecho a conocer, actualizar, rectificar y suprimir la información personal que tiene el ciudadano, así como el alcance y trámite de las peticiones de revocatoria de la autorización. La administración pública debe crear una nueva manera de comunicar internamente y hacia el exterior la información que trata,<sup>230</sup> es decir, debe ajustar los canales de contacto con el titular a fin de garantizar que las áreas de atención de consultas, quejas y reclamos puedan brindar, dentro de los términos que da la ley, respuesta clara, completa y oportuna sobre las solicitudes y peticiones para responder al pleno y efectivo ejercicio del derecho de protección de datos personales.

Por otra parte, cuando el Estado mediante la Superintendencia de Industria y Comercio, y más exactamente por medio de la Delegatura para la Protección de Datos Personales,<sup>231</sup> ejerce las facultades de vigilancia del tratamiento de

230 Samuel Parra y Jorge Campañilla, "El procedimiento Administrativo electrónico y la normatividad de protección de datos de carácter personal" en *Administración electrónica*. Lorenzo Cotino Hueso (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010), 807-818.

231 Artículo 17 de la Ley 1266 del 2008, Artículo 19 de la Ley 1581 del 2012 y Decreto 4886 del 2011.

•El derecho a la protección de datos personales.

los datos personales, se hace garante del amparo de un derecho fundamental<sup>232</sup> consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política Colombiana, por lo que sus decisiones traen consecuencias relevantes en el ámbito personal, llegando a verse comprometidos no solo el derecho de *habeas data*, sino el mismo derecho a la intimidad.

En este ámbito de aplicación, la vigilancia la ejerce con respecto a las bases de datos en manos de entes de derecho público, sociedades de derecho privado, asociaciones y organizaciones no gubernamentales, que se ubiquen en Colombia o a aquellas entidades –responsables o encargadas– que estando fuera del territorio nacional, les sean aplicables la legislación colombiana en virtud de normas y tratados internacionales.

Adicional al amplio escenario objeto de vigilancia de la Superintendencia de Industria y Comercio, el Estado está obligado a regular materias especiales como el Registro Nacional de Bases de Datos, el tratamiento de datos personales de niños, niñas, adolescentes, las normas corporativas vinculantes, las transferencias de datos a terceros países, las políticas de tratamiento y los protocolos de seguridad en su tratamiento.

Tal escenario plantea muchos cuestionamientos acerca del real ejercicio de la facultad de vigilancia y del amparo del derecho fundamental, por lo que en esta investigación también se busca dilucidar además de cuáles han sido los volúmenes de quejas y denuncias presentadas en los primeros años de creación del ente de vigilancia y desde la entrada en vigencia de la Ley 1581 del 2012.<sup>233</sup> También se buscará conocer cuál ha sido el desarrollo reglamentario de la Ley General de Protección de Datos Personales y si este ha sido completo y suficiente o si por el contrario, se puede indilgar responsabilidad a la administración por omisión y demora en la implementación de políticas completas en esta materia para el país.

Finalmente, del estudio integral de los temas abordados, se logrará tener una visión completa de la responsabilidad del Estado como garante del cumplimiento y del amparo del derecho fundamental a la protección de datos personales.

.....  
232 Corte Constitucional, *Sentencia C-748 del 2011*, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

233 Superintendencia de Industria y Comercio. *Informes anuales de gestión de la Delegatura para la Protección de Datos Personales* (Bogotá: Superintendencia de Industria y Comercio, 2012-2013).

## La administración pública como responsable del tratamiento de datos personales

### *Consideraciones básicas*

El derecho de *habeas data* o derecho a la protección de datos personales está constitucionalmente reconocido en el artículo 15 de la Carta Política colombiana como un derecho fundamental que busca garantizar al titular del derecho, la posibilidad de determinar a quién entrega su información y qué información da a conocer. Es un derecho que desde antes de la Constitución Política de 1991, se había consolidado jurisprudencialmente por medio de las sentencias de unificación SU-082 de 1995 y SU-089 de 1995,<sup>234</sup> como un derecho propio del individuo, denominado derecho a la autodeterminación informativa o informática.<sup>235</sup>

El ámbito de aplicación de la Ley General de Protección de Datos Personales o Ley Estatutaria 1581 del 2012<sup>236</sup> está circunscrito al tratamiento de datos personales que hagan tanto personas jurídicas de naturaleza pública como el que realicen las asociaciones y demás sociedades de derecho privado.<sup>237</sup>

Las entidades públicas como órganos mediante los cuales la administración pública cumple la función de satisfacer de forma directa e inmediata las necesidades colectivas de los asociados y los fines del Estado son las encargadas de recoger, usar, administrar y guardar datos personales de sus asociados, en principio para el ejercicio de sus funciones públicas. Es por ello que con la entrada en vigencia de la Ley 1581 del 2012, el tratamiento de datos personales por parte de las entidades de derecho público, debió someterse a una revisión integral a la luz

234 Corte Constitucional. M. P. Jorge Arango Mejía.

235 "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 del 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". Corte Constitucional, *Sentencia C-1011 del 2008*, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

236 La Ley 1581 del 2012 fue sancionada el 17 de octubre del 2012 y publicada en el *Diario Oficial* No. 48.587 de 18 de octubre del 2012. El artículo 28 estableció un régimen de transición.

237 Artículo 2 de la Ley 1581 del 2012 "Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales" (Bogotá: *Diario Oficial* No. 48587 de octubre 18 del 2012).

•El derecho a la protección de datos personales.

de la nueva norma para ajustarse a ella y garantizar el pleno y efectivo cumplimiento de los deberes consagrados en el derecho de *habeas data*.

Si bien el ámbito de aplicación señalado en el artículo 2 de la Ley 1581 del 2012 excluyó el uso de la citada norma en el tratamiento que se haga de las bases de datos y archivos 1) de uso estrictamente doméstico y de aquellas que contengan información con finalidades de 2) seguridad y defensa del Estado, el lavado de activos y financiamiento del terrorismo, 3) inteligencia y contrainteligencia, 4) información periodística y otros contenidos editoriales y 5) bases de datos reguladas por la Ley 79 de 1993,<sup>238</sup> no las excluyó de la aplicación de los principios que la ley estableció como directriz fundamental de la actividad de tratamiento de datos personales.

En consecuencia, si bien los organismos del Estado que realizan tareas de vigilancia y control de las actividades antes señaladas no están sometidos a los procedimientos para el ejercicio del derechos de *habeas data*, sí deben realizar sus funciones respetando los principios de legalidad, finalidad, libertad, veracidad o calidad del dato; transparencia, acceso y circulación restringida, seguridad y confidencialidad en el tratamiento de datos personales.<sup>239</sup>

El eje fundamental del derecho de *habeas data* se centra en la autorización que brinda el titular del derecho a quien pretende recoger el dato. El concepto legal es autorización que debe ser previa, expresa e informada,<sup>240</sup> es decir, que para que se entienda que fue otorgado de acuerdo con la ley, se debe avisar al titular de la información<sup>241</sup> con qué finalidad se recaba, quién es el responsable<sup>242</sup> de la información, cuáles son los canales o medios de contacto con el responsable para ejercer sus derechos y, en caso de que el dato personal por recoger esté clasificado

.....  
238 "Por la cual se regula la realización de censos de población y vivienda en todo el territorio nacional".

239 El artículo 4 de la Ley 1581 definió estos principios de manera coherente con el desarrollo jurisprudencial que se venía dando en Colombia desde la Constitución Política de 1991, así como de manera armónica con los principios del derecho a la protección de datos personales de la Directiva del Consejo de Europa No. 46 de 1995, conocida como la Directiva 95/46/CE y la Resolución 45/95 de la Organización de Naciones Unidas (ONU).

240 Literal a) del artículo 3 de la Ley 1581 del 2012.

241 "Artículo 3. Definiciones: para efectos de la presente ley, se entiende por: f) Titular: persona natural cuyos datos personales sean objeto de tratamiento.

242 Es quien decide sobre el uso de la base de datos y quien se hace responsable de los datos allí depositados.

como dato sensible,<sup>243</sup> —es decir, que el titular puede llegar a ser discriminado y/o verse afectada en su intimidad—, el responsable de recoger el dato está obligado a informar sobre el carácter facultativo de su respuesta, o sea que el titular puede o no entregar su información si así lo desea.

El artículo 10 de la Ley 1581 del 2012 estableció los casos en que no es necesaria la autorización del titular para realizar el tratamiento de los datos, de la siguiente manera:

1. Información requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial.
2. Datos de naturaleza pública.
3. Casos de urgencias médica o sanitaria.
4. Tratamiento de información autorizado por la ley para fines históricos, estadísticos o científicos.
5. Datos relacionados con el registro civil de las personas.

Quien acceda a los datos personales sin que medie autorización previa deberá en todo caso cumplir con las disposiciones contenidas en la presente ley. (Subrayado fuera de texto)

Respecto del último párrafo del artículo citado, la Corte Constitucional indicó que:

[...] Una lectura de la norma permite interpretar que lo que busca el legislador estatutario es que en los casos taxativos permitidos por el artículo 10, en los que no es necesario el consentimiento del titular, el uso del dato también debe sujetarse a todos los principios y limitaciones consagrados en la ley. Por el contrario, jamás podría interpretarse como una autorización abierta para que se acceda a datos personales sin consentimiento del titular.<sup>244</sup>

El artículo 2.2.2.25.1.3 del Decreto 1074 del 2015 “Decreto Único del Sector Comercio, Industria y Turismo” define dato público de la siguiente manera:

.....  
243 Los datos personales fueron clasificados en Colombia en 1) dato personal de carácter público; 2) dato personal semiprivado, 3) dato personal privado y 4) dato personal privado sensible. Este último se entiende como “[...] aquel que afecta la intimidad del titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tal como aquel que revele el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual y los datos biométricos”. Artículo 5 de la Ley 1581 del 2012.

244 Corte Constitucional, *Sentencia C-748 del 2011*, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

•El derecho a la protección de datos personales.

“Dato público: es el dato que no sea semiprivado, privado o sensible. Son considerados datos públicos, entre otros, los datos relativos al estado civil de las personas, a su profesión u oficio y a su calidad de comerciante o de servidor público. Por su naturaleza, los datos públicos pueden estar contenidos, entre otros, en registros públicos, documentos públicos, gacetas y boletines oficiales y sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas. (Subraya fuera de texto).

De acuerdo con lo expuesto, cuando los datos personales que se están recolectando son de naturaleza pública, como por ejemplo los relativos al estado civil de las personas, a su profesión u oficio, a la calidad de comerciante o de servidor público, no se requiere autorización del titular para ser tratados, aunque quien los recoge y trata no está exento de cumplir a cabalidad tanto con los principios que rigen la actividad, así como con las demás obligaciones que les impone la ley.

Ahora, es importante distinguir que si bien la información del comerciante, servidor público y del profesional, tiene la connotación de datos personales de naturaleza pública, como lo puede ser el teléfono de su oficina o comercio, la dirección laboral, entre otros, la información personal como el correo personal, su teléfono privado y su dirección de residencia son datos de naturaleza privada, por lo que su recolección y uso requieren de su autorización para ser tratados y se está en la obligación de garantizar todos y cada uno de sus derechos. Es entonces importante no confundir la información de un titular que es tratada en virtud de su profesión u oficio, a la que de este se haga en su ámbito privado.

Si bien la norma definió como dato público, aquel que de carácter residual no es semiprivado, privado o sensible, sin dar mayores luces sobre cuáles son estos de manera concreta, sí dio algunos ejemplos de manera no taxativa, señalando que dada su naturaleza los datos públicos pueden estar contenidos, entre otros, “en registros públicos, documentos públicos, gacetas y boletines oficiales y sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas que no estén sometidas a reserva legal”.

Al realizar el análisis del alcance de lo establecido por la Ley 1581 del 2012 al considerar que los datos públicos “pueden estar contenidos en registros públicos”, es necesario resaltar que en tal evento, los datos personales que allí se encuentren consignados en razón a un deber legal de estar incorporados, no se convierten en datos públicos, ya que su naturaleza no cambia. Así lo señaló la Superintendencia de Industria y Comercio en la investigación administrativa



sancionatoria No. 13-249768 realizada sobre la publicación de datos personales sin autorización en los directorios telefónicos de la ciudad de Bucaramanga del año 2013-2014, cuando manifestó que pese a estar los datos personales de los titulares consignados en un directorio telefónico:

[...] la naturaleza del dato, como lo es la dirección y teléfono de contacto de su residencia, no pierde su carácter de dato personal de naturaleza privada, por lo que su tratamiento estará sometido a la autorización que el titular otorgue para la finalidad que haya decidido conferir.

En el caso concreto era aparecer en tales directorios.

En el mismo sentido, los “registros públicos” como los que poseen las Cámaras de Comercio, Sayco y Acinpro, las Secretarías de Tránsito y Transporte, las oficinas de Instrumentos Públicos y las Secretarías de Hacienda, entre otras, –todas entidades de derecho público que en razón de las funciones que desempeñan, poseen datos personales–, no están obligadas a recoger la autorización de los titulares para el tratamiento de los datos personales que ya poseen, siempre y cuando la información que se recoja sea para el ejercicio de las funciones propias y en el ámbito de su competencia. Es decir que, en la medida en que los datos fueron recolectados en ejercicio del deber legal y con una finalidad específica, la administración los usará de acuerdo con esa finalidad, por lo que no podrá cederlos a particulares u otras entidades, salvo que así lo disponga una orden de autoridad competente o lo haga el titular por expresa autorización.

Por otro lado, cuando los datos personales están consignados en “documentos públicos”, no se puede considerar que son de naturaleza pública, ya que en muchas de las ocasiones solo el titular está facultado para acceder a él y su publicidad estará sometida las restricciones que la ley haya impuesto. Así lo ha entendido la Corte Constitucional en la Sentencia T-473 de 1992.<sup>245</sup>

Los funcionarios están autorizados para no permitir el acceso a aquellos documentos cuya consulta o comunicación pueda atentar contra secretos protegidos por ley, tales como los concernientes a la defensa y seguridad nacionales, a investigaciones relacionadas con infracciones de carácter penal, fiscal, aduanero o cambiario así como a los secretos comerciales e industriales. El acceso no es tampoco permitido cuando el contenido de los documentos vulnera el derecho a la intimidad [...].

.....  
245 M. P. Ciro Angarita Barón.

•El derecho a la protección de datos personales.

Por lo que queda claro que pese a que el dato personal esté contenido en un documento público, su acceso estará sometida tanto a la disponibilidad del documento como a que con su divulgación no se vulneren los derechos relativos a la persona como el *habeas data* y la intimidad.

Así mismo, cuando los datos estén contenidos en “sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas” no necesariamente deben estar a libre acceso de cualquiera y mucho menos de manera no controlada por medios electrónicos. Así lo comunicó la Superintendencia de Industria y Comercio a la Corte Suprema de Justicia<sup>246</sup> que, en razón de un recurso de casación interpuesto por el investigado, confirmó la condena a prisión por el delito de acceso carnal violento en menor de catorce años. En el fallo, no solo se señalaba el nombre y lugar de residencia de la menor, sino que se hizo pública información propia de los dictámenes médico-forenses. La sentencia en mención fue colgada en el portal web de la entidad pública, lo que favoreció el acceso a los datos de la menor de edad.<sup>247</sup>

Ante la queja presentada por el representante legal de la menor, la Superintendencia de Industria y Comercio solicitó a la relatoría de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que de manera inmediata:

Suprimiera las versiones que publique en Internet de la providencia dictada el 16 de mayo del 2007, dentro del proceso No. 22224 y de todas las publicaciones que se hayan efectuado o se efectúen de la misma, el nombre de la menor YYY, el de sus familiares, así como todos los datos que permitan la identificación de estos.

Esto, por tratarse de información relativa a menores, a la luz del artículo 7 de la Ley 1581 del 2012, que son catalogados como una categoría especial de datos, por lo que salvo los públicos, su tratamiento está proscrito en Colombia.<sup>248</sup> Es de-

246 Radicación 13-262645, Delegatura para la Protección de Datos Personales, Superintendencia de Industria y Comercio.

247 En esa comunicación la Superintendencia de Industria y Comercio señala que: “el denunciante indicó también que en la actualidad su hija tiene quince (15) años y con mucho esfuerzo se ha podido recuperar de las secuelas psicológicas que tales hechos le ocasionaron; sin embargo, al consultar su nombre en el motor de búsqueda Google, su hija encontró que la decisión dictada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, así como el concepto emitido por el Procurador Cuarto Delegado para la Casación Penal eran visibles y de fácil acceso al público”.

248 “Artículo 7. Derechos de los niños, niñas y adolescentes. En el tratamiento se asegurará el respeto de los derechos prevalentes de los niños, niñas y adolescentes. Queda proscrito el tratamiento de los niños, niñas y adolescentes, salvo aquellos que sean de naturaleza pública. Es tarea del Estado y de las entidades educativas de todo tipo proveer información y capacitar a los representantes legales y tutores sobre los eventuales riesgos a los que se enfrentan los niños, niñas y adolescentes respecto del tratamiento indebido de sus datos personales y proveer de conocimiento acerca del uso responsable y seguro por parte de niños, niñas y adolescentes de sus datos

cir, que al momento de tratar la información se haga de tal manera, que se respete el interés superior de los menores.

Cuando el artículo 7 de la Ley 1581 del 2012 consagró expresamente que “queda proscrito el tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes” también estableció la salvedad por la cual sí podían ser tratados: “aquellos datos que sean de naturaleza pública”, por lo que la Corte Constitucional en la Sentencia C-748 del 2011 declaró la exequibilidad de la Ley 1581 del 2012, aduciendo que tal prohibición no era absoluta, ya que de serlo se estaría llegando a negar otros derechos de los menores. Por lo que concluyó que el tratamiento de datos personales de menores de 18 años, siempre y cuando fueran datos de carácter público, a fin de garantizarle a esta población de especial cuidado, derechos como la salud, la educación, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión, entre otros.

En consecuencia, el tratamiento de los datos personales de los menores, al margen de su naturaleza, puede ser objeto de tratamiento siempre y cuando el fin que se persiga con él responda al interés superior de los niños, niñas y adolescentes y se asegure sin excepción alguna el respeto de sus derechos prevalentes.

Tal interpretación fue recogida por el Decreto Reglamentario 1377 del 2013, que estableció que para el tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes, excepto cuando se trate de datos de naturaleza pública, deberá cumplirse con los siguientes parámetros y requisitos: 1) que responda y respete el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y 2) que se asegure el respeto de sus derechos fundamentales. Cumplidas las anteriores exigencias, el representante legal del niño, niña o adolescente otorgará la autorización previo ejercicio del menor de su derecho a ser escuchado, opinión que será valorada teniendo en cuenta su madurez, autonomía y capacidad para entender el asunto.

Adicionalmente, el literal f) del artículo 4 de la Ley 1581 del 2012 consagró el principio de circulación restringida en virtud del cual el tratamiento de información está sujeto a los límites de la naturaleza de los datos:

---

personales, su derecho a la privacidad y protección de su información personal y la de los demás. El Gobierno reglamentará la materia, dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de esta Ley”.

•El derecho a la protección de datos personales.

Los datos personales, salvo la información pública, no podrán estar disponibles en Internet u otros medios de divulgación o comunicación masiva, salvo que el acceso sea técnicamente controlable para brindar un conocimiento restringido solo a los titulares o terceros autorizados conforme a la presente ley.

Por otra parte, el numeral 4 del artículo 24 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ya había definido que, a la luz del derecho administrativo tiene **el carácter de reservado** cualquiera información o documento que involucre los “derechos a la privacidad e intimidad de las personas”.

Además, el artículo 2 de la Ley 1712 del 2014 o Ley de Transparencia y del Derecho al Acceso a la Información Pública Nacional, estableció como principio de máxima publicidad universal que: “toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada **sino por disposición constitucional o legal** de conformidad con la presente ley” (Resaltado fuera del texto).

En concordancia, el literal c) del artículo 6 de la Ley de Transparencia definió como información pública clasificada:

Aquella información que estando en poder o 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 que se trate de las circunstancias legítimas y necesarias y los derechos particulares consagrados en el artículo 18 de esta ley.

Expuestas las anteriores consideraciones, es claro que la administración pública, aun en ejercicio de sus funciones, y pese a tener el deber de garantizar el acceso a la información pública que está depositada en sus organizaciones, debe asegurar los derechos de los titulares y el cumplimiento de todos y cada uno de los deberes que la Ley 1581 del 2012 y su Decreto Reglamentario 1377 del 2013 erigieron como principios del derecho a la protección de datos personales o derecho de *habeas data*.

Es claro que los datos ligados a una persona, por estar vinculados al derecho fundamental a la protección de datos personales, salvo los públicos, no pueden ser divulgados por la administración pública o entregados a cualquiera, sino solo por autorización expresa del titular de la información, el que este autorice o por orden legal o norma que así lo disponga.

Por lo anterior, pese a que los datos personales estén en registros públicos, documentos públicos o sentencias judiciales, su divulgación y uso estarán sometidos a los límites que se derivan de la naturaleza misma del dato, a la finalidad para la cual fueron recogidos y el uso para el cual fue autorizado su tratamiento por el titular, por lo que el tratamiento que le den las entidades públicas, –pese a tener el deber legal de incorporar y hacer uso permanente de información relativa a titulares de información–, está delimitado por la finalidad para la cual los requiera y siempre y cuando se cumplan los deberes a los que los somete la Ley de Protección de Datos Personales.

### **Obligaciones de la administración pública como “responsable de la información” en el tratamiento de datos personales**

El concepto de “responsable de la información” tiene su origen en la denominación que el Convenio 108 de 1981<sup>249</sup> y la Directiva No. 46 de 1995 del Consejo de Europa, más conocida como la Directiva 95/46/CE, definieron al “responsable del tratamiento”, como una figura autónoma propia del derecho a la protección de datos personales, que “solo o conjuntamente con otros determine los fines y los medios de tratamiento de los datos personales”. Los elementos esenciales para distinguir al responsable del tratamiento de otros agentes, es que este determina los fines y los medios del tratamiento de datos personales, así como si entrega su tratamiento a terceros a quienes se les denomina “encargados del tratamiento”, para que por orden expresa del primero trate los datos personales, de acuerdo única y exclusivamente con los fines y actividades señaladas por el primero.

En el Dictamen 1/2010 el Grupo del Artículo 29<sup>250</sup> se dijo que:

El papel primero y primordial del concepto de responsable del tratamiento es determinar quién debe asumir la responsabilidad del cumplimiento de las normas sobre protección de datos y de qué manera los interesados pueden ejercer sus derechos en la práctica.

249 Convenio No. 108 del Consejo de Europa, del 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

250 Este grupo de trabajo se creó en virtud del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE. Es un órgano consultivo europeo independiente en materia de protección de datos y de derecho a la intimidad. Sus tareas se describen en el artículo 30 de la Directiva 95/46/CE y el artículo 15 de la Directiva 2002/58/CE.

•El derecho a la protección de datos personales.

Por su parte, en Colombia, el literal e) del artículo 3 de la Ley 1581 del 2012 definió al responsable del tratamiento como aquella “(p)ersona 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”.

Al respecto la Corte Constitucional, en la Sentencia C-748 del 2011, señaló lo siguiente:

En el proyecto de ley estatutaria el legislador enlistó en preceptos separados los deberes de los responsables y de los encargados del tratamiento, deberes que, en términos generales, buscan garantizar el pleno ejercicio del derecho a *habeas data* por parte de los titulares, así como los principios de la administración de datos personales.

Los deberes que puso la norma en cabeza del responsable y del encargado del tratamiento buscan que se garantice, prima facie, el ámbito de protección del derecho de *habeas data*, en la medida en que todos los preceptos y principios en los que se fundamenta el derecho a la protección de los datos personales son oponibles a todos los sujetos involucrados en los procesos de recolección, uso, tratamiento y circulación de datos, independientemente de la posición que ocupen para el efecto.

En la Sentencia C-748 del 2011, la Corte Constitucional realizó el estudio de constitucionalidad del proyecto que posteriormente se denominó Ley 1581 del 2012.

La citada sentencia precisó al respecto:

En relación con el **responsable del tratamiento**, es decir, aquel que define los fines y medios esenciales para el tratamiento del dato, incluidos quienes fungen como fuente y usuario, se establecen deberes que responden a los principios de la administración de datos y a los derechos –intimidad y *habeas data*– del titular del dato personal.

Específicamente se dispone que son deberes de esta parte de la relación:

1. Solicitar y conservar la **autorización** para el tratamiento del dato –en los términos descritos antes–, lo que se ajusta plenamente al principio de libertad y consentimiento expreso del titular del dato.
2. Informar al titular sobre la **finalidad** de esa autorización y actuar en consecuencia; por tanto, el responsable no puede conducirse por fuera de los lineamientos de la autorización, lo que significa que, por ejemplo, no puede **suministrar** al encargado del tratamiento más datos de los que fueron objeto de autorización,

ni puede someterlos a un tratamiento con finalidades diferentes a las informadas [...]·

3. Adoptar las medidas para garantizar la seguridad del dato, a efectos de que no se pierda, no se adultere, no se utilice o acceda por fuera de la autorización. Esto es desarrollado en el literal d) en concordancia con el principio de seguridad en la transferencia del dato.

Debe entenderse que la autorización que otorga el titular del dato para que se realice el uso de su información ceñido a la finalidad que le fue informada, debe ser guardada como prueba de su otorgamiento en medio físico, magnético o digital, así como que la información recolectada debe ser guardada bajo medidas de seguridad suficientes que minimicen el riesgo de exposición o pérdida.

El artículo 17 de la Ley 1581 del 2012 consagró los deberes de quien haga la recolección y el tratamiento de los datos personales y decida sobre su uso y disposición final, es decir, el responsable de la información, tal como se enuncia a continuación:

Artículo 17. Deberes de los responsables del tratamiento. Los responsables del tratamiento deberán cumplir los siguientes deberes, sin perjuicio de las demás disposiciones previstas en la presente ley y en otras que rijan su actividad:

1. Garantizar al titular, en todo tiempo, el pleno y efectivo ejercicio del derecho de *habeas data*.
2. Solicitar y conservar, en las condiciones previstas en la presente ley, copia de la respectiva autorización otorgada por el titular.
3. Informar debidamente al titular sobre la finalidad de la recolección y los derechos que le asisten en virtud de la autorización otorgada.
4. Conservar la información bajo las condiciones de seguridad necesarias para impedir su adulteración, pérdida, consulta, uso o acceso no autorizado o fraudulento.
5. Garantizar que la información que se suministre al encargado del tratamiento sea veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible.
6. Actualizar la información, comunicando de forma oportuna al encargado del tratamiento, todas las novedades respecto de los datos que previamente le haya

•El derecho a la protección de datos personales.

suministrado y adoptar las demás medidas necesarias para que la información suministrada a este se mantenga actualizada.

7. Rectificar la información cuando sea incorrecta y comunicar lo pertinente al encargado del tratamiento.
8. Suministrar al encargado del tratamiento, según el caso, únicamente datos cuyo tratamiento esté previamente autorizado de conformidad con lo previsto en la presente ley.
9. Exigir al encargado del tratamiento en todo momento, el respeto a las condiciones de seguridad y privacidad de la información del titular.
10. Tramitar las consultas y reclamos formulados en los términos señalados en la presente ley.
11. Adoptar un manual interno de políticas y procedimientos para garantizar el adecuado cumplimiento de la presente ley y, en especial, para la atención de consultas y reclamos.
12. Informar al encargado del tratamiento cuando determinada información se encuentra en discusión por parte del titular, una vez se haya presentado la reclamación y no haya finalizado el trámite respectivo.
13. Informar a solicitud del titular sobre el uso dado a sus datos.
14. Informar a la autoridad de protección de datos cuando se presenten violaciones a los códigos de seguridad y existan riesgos en la administración de la información de los titulares.
15. Cumplir las instrucciones y requerimientos que imparta la Superintendencia de Industria y Comercio.

Si bien los deberes están enlistados en el citado artículo de manera taxativa, también están ligados de manera tal a los principios que regulan la actividad, que su estudio debe realizarse de manera conjunta, ya que la responsabilidad en su cumplimiento solo podrá alcanzarse al garantizar la aplicación de los principios en beneficio y garantía del derecho fundamental de los titulares.

Los deberes fueron establecidos sin distinguir entre si el responsable era una persona jurídica de derecho privado o de derecho público, por lo que su



exigibilidad se predicará de todos aquellos que desarrollen el rol de responsable del tratamiento, aunque la consecuencia que acarrea la responsabilidad sí variará dependiendo de la categoría del responsable.

Las personas naturales y de derecho privado que actúen como responsables del tratamiento estarán sujetas al procedimiento establecido en los artículos 22 al 24 del Capítulo 2 de la Ley 1581 del 2012: quienes vulneren el derecho y la situación sea puesta en conocimiento de la autoridad de control, están sometidos a un procedimiento administrativo que desembocará en la expedición de una orden de actualización, rectificación y eliminación de los datos personales.

También, el ente de control, es decir, la Superintendencia de Industria y Comercio por medio de la Delegatura para la Protección de los Datos Personales, podrá iniciar una investigación administrativa de carácter sancionatorio, que podrá finalizar además de una orden de actualización, rectificación y eliminación, con la imposición de una multa personal o institucional hasta de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes. También podrá ordenarse la suspensión de las actividades relacionadas con el tratamiento de los datos hasta por seis (6) meses, el cierre temporal de las operaciones relacionadas con el tratamiento o el cierre definitivo de la actividad por medio de la cual se efectuaba el tratamiento de datos personales de categoría sensible.<sup>251</sup>

Aunque la Ley 1581 del 2012 no estableció el procedimiento para la aplicación de las sanciones contempladas en el artículo 23, este se rige por el Código Contencioso Administrativo y de Procedimiento Administrativo, que define las etapas en las que a los investigados se les garantiza el derecho de defensa y contradicción y de debido proceso.

Así las cosas, la potestad sancionatoria de la administración pública queda sujeta a los principios que limitan su actuación y configuran el derecho sancionador, como el debido proceso, el principio de legalidad, el principio de tipicidad y los criterios de proporcionalidad y razonabilidad. Los dos últimos le permiten al órgano sancionador tener un marco de referencia para la determinación de la sanción, en tanto que dichos criterios deben estar presentes entre la conducta o hecho que se sanciona y la penalidad que pueda imponerse. El artículo 24 de la Ley General de Protección de Datos Personales estableció los criterios de graduación

.....  
251 Artículo 23 de la Ley 1581 del 2012 "Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales" (Bogotá: *Diario Oficial* No. 48587 de octubre 18 del 2012).

•El derecho a la protección de datos personales.

de las sanciones, teniendo como juicio de valoración, la dimensión del daño o peligro el interés jurídico tutelado, el beneficio económico obtenido por el infractor y la reincidencia de la infracción.

El artículo 23 de la Ley 1581 de 2012 es claro al enunciar cuáles serían las consecuencias de que las personas naturales y privadas efectúen el tratamiento de datos personales sin tener en cuenta las obligaciones que se derivan de su actividad como responsables. Sin embargo, el mismo artículo 23 en su párrafo introdujo una variable para los responsables del tratamiento que sean personas jurídicas de derecho público:

Las sanciones indicadas en el presente artículo solo aplican para las personas de naturaleza privada. En el evento en que la Superintendencia de Industria y Comercio advierta el presunto incumplimiento de una autoridad pública a las disposiciones de la presente ley, remitirá la actuación a la Procuraduría General de la Nación para que adelante la investigación respectiva.

Lo anterior implica que el tratamiento de datos que no se ajuste a lo establecido en la norma será objeto de revisión del órgano de control de la actividad administrativa como la Procuraduría General de la Nación. En efecto, la inobservancia de los deberes y el respeto del derecho de *habeas data* de los titulares, no acarreará la imposición de multas de carácter pecuniario o la suspensión o cierre de la base de datos, sino consecuencias legales según lo establece la Ley 734 del 2002 o Código Único Disciplinario.

Pese a ello, nada dice la norma sobre la facultad de órdenes de actualización, eliminación o rectificación de los datos personales solicitados por los titulares ante el responsable del dato. Una cosa diferente a la imposición de sanciones es la garantía del derecho a conocer, actualizar y rectificar la información. Por eso ante la falta de claridad de la norma, es posible que un titular de información, cuyo dato no se encuentre actualizado en una base de datos en manos de un ente público, esté en capacidad de solicitar la garantía de su derecho fundamental ante la autoridad de control.

Dada la reciente expedición de la norma y la lenta concientización de los titulares sobre el derecho que tienen a que se garantice su *habeas data*, no existe, a la fecha, jurisprudencia que dé pautas sobre la posibilidad de que los titulares puedan exigir al órgano de control la revisión de una decisión o la inobservancia que conduzca a que entidades estatales se nieguen a garantizar el derecho

fundamental. En el estudio de constitucionalidad del proyecto de ley la Corte Constitucional tampoco se pronunció a propósito de este tema, por lo que, siendo la Superintendencia de Industria y Comercio, la autoridad de protección de datos,<sup>252</sup> nada hace pensar que los titulares no puedan solicitar que se haga cumplir su derecho a conocer, actualizar y rectificar los datos personales que de ellos se encuentren en bases de datos de la administración pública.

Si bien la administración pública, actuando como responsable del tratamiento, no puede ser objeto de imposición de multas o sanciones, sí está obligada a aplicar dentro de su organización los deberes que como responsable le impone la ley, por lo que debe, –en los casos en que recoja datos personales diferentes a los que requiere en ejercicio de su función o actividad misional, así como para ceder o entregar a terceros dicha información–, solicitar autorización de los titulares, informando la finalidad de su uso; igualmente, debe guardar la autorización, –como prueba de su otorgamiento en medio físico, magnético o digital–, bajo medidas de seguridad suficientes que minimicen el riesgo de exposición o pérdida.

Aunque estos son los derroteros sobre los cuales se cimienta el tratamiento de datos personales, la norma fue expresa en enumerar en el artículo 17 una serie de deberes predicables y exigibles a los deberes del responsable.

De la lectura integral de tales deberes, salta a la vista el primero y más general, pero a la vez más relevante de los que tienen los responsables: garantizar el pleno y efectivo ejercicio del derecho de *habeas data*, que engloba la totalidad de los postulados y los principios que regulan el derecho a la protección de los datos personales. Si se vulnera alguno de ellos, obviamente se está afectando este. Sin embargo, resulta de vital importancia en la legislación la existencia amplia de tal deber, ya que con el avance de la tecnología y el creciente desarrollo de posibilidades de acceso, uso y disposición de información por medios no tradicionales, así como las complejas formas de relacionarse los titulares de la información,

.....  
252 "Artículo 19. Autoridad de Protección de Datos. La Superintendencia de Industria y Comercio, por medio de una Delegatura para la Protección de Datos Personales, ejercerá la vigilancia para garantizar que en el tratamiento de datos personales se respeten los principios, derechos, garantías y procedimientos previstos en la presente ley.

Parágrafo 1°. El Gobierno nacional en el plazo de seis (6) meses contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de la presente ley incorporará dentro de la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio un despacho de Superintendente Delegado para ejercer las funciones de Autoridad de Protección de Datos. Parágrafo 2°. La vigilancia del tratamiento de los datos personales regulados en la Ley 1266 del 2008 se sujetará a lo previsto en dicha norma".

•El derecho a la protección de datos personales.

porque se consagra como deber, la garantía plena y el ejercicio efectivo del derecho de *habeas data*. También es importante tal deber, en la medida en que está directamente relacionado con el ejercicio del derecho a presentar peticiones, quejas, consultas y reclamos a los responsables y encargados del tratamiento.

Los artículos 14 y 15 de la Ley 1581 del 2012 consagraron el derecho de los titulares de la información a presentar consultas y reclamos, ya sea a título personal o mediante los causahabientes, ante entidades de derecho privado o público.

Los términos en que deben ser tramitadas y respondidas dichas peticiones es de diez (10) días en caso de que se trate de consultas hábiles, prorrogables hasta por cinco (5) días más, siempre y cuando se le informe al solicitante de dicha prórroga. Por su parte, los reclamos, que versen sobre actualización, corrección y eliminación de los datos consignados en las bases de datos del responsable, así como las solicitudes de revocatoria de la autorización para su tratamiento deben ser atendidas dentro del plazo de quince (15) días hábiles.

El procedimiento de consulta y reclamación está construido de manera armónica con lo establecido en el derecho de petición incluido en el artículo 23 de la Constitución Política de 1991. Por lo que su ejercicio está cimentado en el derecho constitucional fundamental que tiene toda persona a presentar peticiones respetuosas ante las autoridades y a obtener pronta solución, regulado de manera general por el Título II de la Ley 1437 del 2011<sup>253</sup> y de manera especial, en materia de protección de datos personales, por los artículos 14 y 15 de la Ley 1581 del 2012.

Al respecto, mediante sentencia C-748 del 2011, la Corte Constitucional manifestó lo siguiente:

Esta norma hace una regulación típica del derecho de petición que consagra el artículo 23 de la Constitución, que en el caso en estudio se traduce en el derecho que tienen los titulares del *habeas data* o sus causahabientes para presentar ante los bancos de datos que manejen las autoridades públicas o privadas, peticiones para establecer que (sic) información o datos poseen sobre ellos y los términos para atender las consultas. El artículo 15 por su parte, regula los reclamos que puede efectuar el titular del dato o sus causahabientes al responsable o encargado del tratamiento con el fin de

.....  
253 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Título II - Artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32 y 33 de la Ley 1437 del 2011 declarados inexecutable con efecto diferido hasta el 31 de diciembre del 2014. Corte Constitucional, *Sentencia C-818 del 10 de noviembre del 2011*, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

corregir, actualizar o suprimir la información contenida en la base de datos o cuando se considere que se ha incumplido con cualquiera de los deberes que le corresponde.

Por lo anterior, es válido señalar que los mecanismos establecidos en los artículos 14 y 15 de la Ley 1581 del 2012, al estar fundamentados en el derecho de petición, son una de las herramientas con las que cuentan los titulares de la información para hacer efectivo su derecho a la protección de los datos personales, en la medida en que pueden presentar solicitudes de información o un reclamo o queja sobre la manera como se está tratando su información personal.

De acuerdo con la lista de deberes de la administración pública como responsable del tratamiento, quizás la más importante sea garantizar que la información que posee en sus bases de datos sea veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible, ya que este es el núcleo central del derecho de *habeas data*. Por lo que el establecer mecanismos de coordinación dentro de sus dependencias resulta trascendental, no solo para cumplir tal deber, sino para desempeñar su labor a la altura de las exigencias derivadas de poseer una administración que cada vez más se comunica electrónicamente entre sus distintos órganos y con el ciudadano.

La planeación estratégica de la organización para la implementación de la política de tratamiento de datos personales

La existencia de los deberes que debe cumplir la administración pública, como responsable del tratamiento, no solo soporta lo exigido en los artículos 14, 15 y 17 de la Ley 1581 del 2012, sino que para poder cumplir con muchos de ellos, tanto sociedades privadas como entidades públicas debieron realizar una serie de análisis y diagnósticos que les permitieran establecer qué bases de datos poseían, cuáles datos estaban allí incorporados, cuál era la finalidad de su utilización, si realmente estaban haciendo uso de ellos, establecer si requerían la autorización de los titulares, si contaban con ellas y si poseían dentro de sus organizaciones las medidas de seguridad necesarias para su adecuado tratamiento y seguridad.

El 27 de junio del 2013, con la entrada en vigencia del Decreto Reglamentario 1377 del 2013, los responsables del tratamiento de datos personales tuvieron que implementar nuevas herramientas de tratamiento de la información y un aviso de

•El derecho a la protección de datos personales.

privacidad<sup>254</sup> accesible a todos los titulares para que conocieran los mecanismos para hacer efectivos sus derechos.

Con la existencia de una política de tratamiento de la información por cada uno de los responsables de tratamiento, el legislador buscó que los titulares conocieran los responsables, su ubicación y los medios de comunicación a través de los cuales se pudieran contactar con ellos, el tratamiento al que estaban sometidos los datos, así como la finalidad para la que eran tratados. También les permitió aclarar los derechos que les asisten ante el responsable de sus datos personales y los procedimientos establecidos por cada uno de los responsables para que el titular ejerza sus derechos.<sup>255</sup>

Adicionalmente, los artículos 2.2.2.25.3.2 y 2.2.2.25.3.4 del citado Decreto<sup>256</sup> establecieron los parámetros que debían cumplir los avisos de privacidad, como mecanismo más corto y de práctica visualización por parte del responsable para que los titulares conocieran sumariamente la información que reposa en las políticas de tratamiento de datos de los responsables.

Pero sin duda, la obligación que trae consigo una mayor carga para la administración pública es cumplir a cabalidad con el deber de seguridad de la información. Esto implica implementar procedimientos y medidas técnicas y del recurso humano, en la medida en que involucra la capacitación del personal, la creación

254 "Artículo 3. Definiciones. Además de las definiciones establecidas en el artículo 3 de la Ley 1581 del 2012, para efectos del presente decreto se entenderá por: [...] 1. Aviso de privacidad: Comunicación verbal o escrita generada por el responsable, dirigida al titular para el tratamiento de sus datos personales, mediante la cual se le informa acerca de la existencia de las políticas de tratamiento de información que le serán aplicables, la forma de acceder a las mismas y las finalidades del Tratamiento que se pretende dar a los datos personales.

255 Artículo 2.2.2.25.3.2 del Decreto 1074 del 2015, que derogó el artículo 13 del Decreto 1377 del 2013.

256 Decreto 1074 del 2015. "Artículo 14. Aviso de Privacidad. En los casos en los que no sea posible poner a disposición del titular las políticas de tratamiento de la información, los responsables deberán informar por medio de un aviso de privacidad al titular sobre la existencia de tales políticas y la forma de acceder a las mismas, de manera oportuna y en todo caso a más tardar al momento de la recolección de los datos personales.

Artículo 15. Contenido mínimo del aviso de privacidad. El aviso de privacidad, como mínimo, deberá contener la siguiente información: 1) nombre o razón social y datos de contacto del responsable del tratamiento; 2) el Tratamiento al cual serán sometidos los datos y la finalidad del mismo; 3) los derechos que le asisten al titular; 4) los mecanismos dispuestos por el responsable para que el titular conozca la política de tratamiento de la información y los cambios sustanciales que se produzcan en ella o en el aviso de privacidad correspondiente. En todos los casos, debe informar al titular cómo acceder o consultar la política de tratamiento de información. No obstante lo anterior, cuando se recolecten datos personales sensibles, el aviso de privacidad deberá señalar expresamente el carácter facultativo de la respuesta a las preguntas que versen sobre este tipo de datos".

En todo caso, la divulgación del aviso de privacidad no eximirá al responsable de la obligación de dar a conocer a los titulares la política de tratamiento de la información, de conformidad con lo establecido en este decreto.

de perfiles y la asignación de funciones claramente establecidas dentro de la organización, que permitan asumir e indilgar responsabilidades en su interior.

Dada la falta de versatilidad organizacional de la administración pública, tanto en la creación y eliminación de cargos, así como en la asignación de roles y responsabilidades, la implementación de una estructura coherente que garantice el ejercicio del derecho a la protección de datos personales, les impone el reto de establecer y consolidar el inventario de bases de datos personales que posea la entidad, para poder fijar prioridades, establecer roles y asignar funciones dentro de su organización, por medio de los cuales pueda dar respuesta a entidades, autoridades de vigilancia y a los propios ciudadanos.

Así mismo, ajustar los manuales de funciones, a fin de establecer responsables y posteriormente demostrar la diligencia o no, ante los entes de vigilancia, que como se dijo, en materia de protección de datos personales le corresponde a la Procuraduría General de la Nación, el estudio del cumplimiento de los deberes como responsables de las diferentes entidades que conforman la administración pública. Ya que de otra forma, toda la responsabilidad recaería sobre los representantes legales de las entidades.

Por otro lado, la puesta en marcha de la política de tratamiento y aviso de privacidad genera la implementación de medidas técnicamente controlables sobre el acceso a la información, ya que no todas las áreas de la administración pública pueden o deben tener acceso a la información personal y a incorporarlas para la actualización, corrección y en caso de que proceda, la eliminación de la información allí depositada. Todo esto requiere del desarrollo, planeación y adquisición de estrategias y herramientas tecnológicas.

Por lo anterior, con la entrada en vigencia de la Ley 1581 del 2012 y sus decretos reglamentarios, la administración pública debe cumplir con todas y cada una de las exigencias que se deriven de la ley. Además, está inmersa en una serie de obligaciones que permitan la adecuación administrativa, tecnológica y la capacitación humana a fin de poder probar que puede actuar como responsable del tratamiento de los datos personales.

Sin embargo, a dos años de haber entrado en vigencia de la Ley General de Protección de Datos Personales, de acuerdo con estudios preliminares realizados por la Dirección Nacional de Planeación (DNP), se encuentra que en el ámbito nacional, los órganos que conforman la Administración Pública, no están

•El derecho a la protección de datos personales.

preparados para cumplir con las obligaciones que se derivan de su actividad como responsables del tratamiento, ya que no se han establecido criterios de unificación y de buenas prácticas que garanticen su cumplimiento. Por lo que el reto es grande y las consecuencias inesperadas, ante el desconocimiento de la administración pública de los deberes que le atañen en materia de protección de datos personales.

### **La administración pública como autoridad de control**

El artículo 19 de la Ley 1581 del 2012 estableció que la Superintendencia de Industria y Comercio, por medio de la Delegatura para la Protección de Datos Personales, ejercerá la vigilancia con el fin de garantizar que en el tratamiento de datos personales se respeten los principios, derechos, garantías y procedimientos previstos en esa ley.

La Resolución 4886 del 23 de diciembre del 2011 reestructuró la Superintendencia de Industria y Comercio y le atribuyó funciones de vigilancia y control que empezó a desarrollar formalmente, a través de la Delegatura para la Protección de Datos Personales, por lo que a partir del 2012 esa Superintendencia ha ejercido las funciones legalmente asignadas por las Leyes 1266 del 2008 y 1581 del 2012, como autoridad de protección de datos personales.

Sin embargo, desde el año 2008, cuando la Ley 1266 del 2008 le otorgó las facultades de vigilancia y control de los operadores, fuentes y usuarios de información de las bases de datos con información financiera, comercial y crediticia, la Superintendencia a través de un grupo de trabajo realizó las primeras investigaciones al respecto.

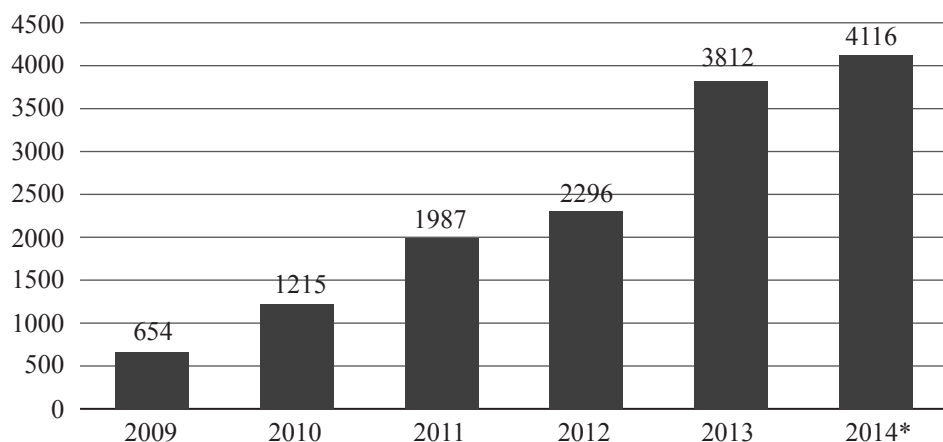
De acuerdo con esta incipiente inserción dentro de la organización administrativa de la Superintendencia, empiezan a presentarse a partir de enero del 2009 las primeras quejas en materia de *habeas data* financiera.

Si bien el aumento del número de quejas ha sido considerable, sigue siendo un porcentaje relativamente bajo para la totalidad de la población que puede ver vulnerado su derecho de *habeas data*.

Según las estadísticas de la Superintendencia en su informe anual de rendición de cuentas del 2014, el volumen de quejas presentadas ha sido el siguiente:



Figura 1. Volumen de quejas



\* Cifras a 22 de octubre del 2014.

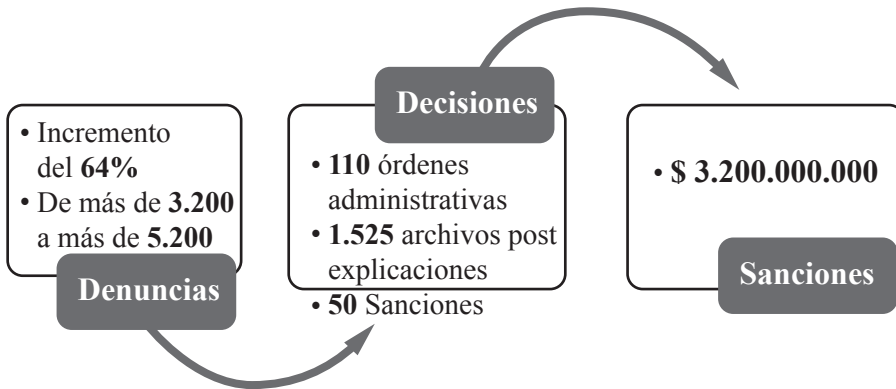
Fuente: Superintendencia de Industria y Comercio. Informe de gestión a octubre del 2014

Como se observa, las quejas presentadas para el 2014 han alcanzado un volumen significativo, lo que implica que cada día más ciudadanos conocen su derecho y que la entidad de control ha visto de manera ascendente cómo se requiere de mayor capacidad organizacional para cubrir la demanda.

En virtud de este volumen, y consciente de la entrada en vigencia de la Ley General de Protección de Datos Personales, el ente de control ha visto un crecimiento del 64 % en el volumen de las quejas presentadas y, por tanto, un aumento en los actos que profiere, tanto en materia de órdenes de actualización, corrección y eliminación de los datos personales, como de investigaciones administrativas sancionatorias, tal como se muestra en el cuadro de rendición de cuentas publicado por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Tal volumen de quejas tiene su origen principalmente en discusiones sobre la veracidad de la información incorporada en las bases de datos, la indebida atención de las consultas, quejas y reclamos y, en menor proporción, la falta de autorización para el tratamiento de los datos personales.

Figura 2. Delegatura para la protección de datos personales.



Fuente: Superintendencia de Industria y Comercio

Además de hacer investigaciones de oficio o a petición del interesado otra de las funciones asignada a la autoridad de control, según el artículo 21 de la Ley 1581 del 2012, es promover y divulgar los derechos de los titulares en relación con el tratamiento de sus datos personales. Aunque esta actividad es el eje fundamental para que los ciudadanos conozcan sus derechos también trae implicaciones organizacionales, que obligan al ente de control a encontrar mecanismos eficientes para garantizar la vigilancia del tratamiento de los datos personales.

El reto de la Superintendencia es grande, dados los desafíos tecnológicos derivados del tratamiento de datos con mecanismos sistematizados y que permiten una fácil volatilidad de la información, por lo que los principales guardianes de la información personales son los propios titulares de la información.

Adicionalmente, los retos que le deja planteada la norma, sobre la creación de reglamentación enfocada a la regulación en materia de tratamiento de datos de menores de edad, la transferencia internacional de datos y los procesos de certificación en manos de terceros certificadores, demuestran que en materia de vigilancia y control, la Superintendencia tiene un gran desafío y que Colombia está hasta ahora empezando a comprender el alcance y dimensión del ejercicio del derecho a la protección de datos personales y las consecuencias y responsabilidades que le atañen a la administración pública.

## Conclusiones

El ámbito de aplicación de la Ley 1581 del 2012 o Ley General de Protección de Datos Personales, enmarca tanto la actividad que desarrolla la administración pública como responsable del tratamiento de datos personales que posee en razón de las funciones que desempeña, así como las responsabilidades que se derivan de la función de vigilancia y control que en materia de protección de datos personales le asignó la ley.

Esta doble función incluye diferentes responsabilidades y consecuencias, por lo que actuando como responsable del tratamiento, todas y cada una de las entidades nacionales, departamentales y regionales, es decir, las entidades de derecho público están obligadas a cumplir con los deberes que la ley les impuso a quienes traten datos personales y decidan sobre su recolección, uso y disposición final.

Sin embargo, por existir normas que les imponen responsabilidades a las entidades de derecho público, quienes se encarguen del tratamiento que se haga de los datos personales que se recojan, en virtud de una norma, no están obligados a obtener la autorización de los titulares para ejercer su actividad, de acuerdo con los fines propios de la entidad, aunque si están obligados a garantizar todos y cada uno de los derechos con que la ley General de Protección de Datos Personales busca amparar el derecho de *habeas data*.

El cumplimiento de los deberes exigidos a los responsables del tratamiento conlleva una carga; sin embargo, en el caso de las entidades de derecho público, el ajuste y cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones, significa un esfuerzo y una planeación estratégica dentro cada entidad, ya que se debe depurar y reorganizar la información.

Tal deber implica capacitación humana, gestión administrativa e innovación tecnológica. Todo ello para que los funcionarios puedan desempeñar su función a cabalidad.

Los estudios preliminares realizados por el Departamento Nacional de Planeación, dan cuenta de que las entidades del orden nacional no han implementado eficientemente una estrategia que permita garantizar el cumplimiento de la Ley 1581 del 2012, por lo que pese a estar a dos años de la entrada en vigencia de la ley General de Protección de Datos Personales, la correcta puesta en marcha de los procedimientos que la Ley impone a los responsables del tratamiento, aún es

escueta, pese a la responsabilidad disciplinaria que se desprende del desconocimiento e incumplimiento del régimen de protección de datos personales.

Por otra parte, la administración pública, a través de la Superintendencia de Industria y Comercio, y en especial a través de la Delegatura para la Protección de Datos Personales ejerce la función de autoridad de vigilancia y control, mediante la cual desarrolla dos funciones: hacer investigaciones para ordenar a los responsables del tratamiento que actualicen, corrijan y eliminen los datos personales de las bases de datos que posee y realizar investigaciones administrativas de carácter sancionatorio, de acuerdo con lo establecido por el procedimiento sancionatorio consagrado en los Códigos de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

El crecimiento permanente del volumen de quejas presentadas, así como la mayor divulgación de la existencia del derecho le implica a la autoridad de control el desarrollo de estrategias más eficientes para ejercer la actividad de vigilancia, así como un crecimiento de sus recursos humanos, por lo que se requiere fortalecer la recientemente creada autoridad de vigilancia.

A dos años de entrada en vigencia de la Ley General Protección de Datos Personales, no se han reglamentado materias como el tratamiento de datos personales de menores de edad, las transferencias internacionales de datos ni la creación de terceras entidades certificadores de buenas prácticas en el tratamiento de datos, por lo que se puede aseverar que, si bien el esfuerzo como autoridad en materia de protección ha sido importante, la autoridad de control como órgano de la administración pública se encuentra aún en una etapa de desarrollo incipiente.

## MARCO GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO COLOMBIANO POR LAS ACTUACIONES DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES - PST

La llegada de las nuevas tecnologías ha presentado a la humanidad grandes cambios en la estructura social y ha replanteado las relaciones entre todos los individuos. Esta nueva situación tiene sin lugar a dudas consecuencias sobre el ordenamiento jurídico del Estado, que no se ha analizado de forma profunda o sencillamente no se ha contemplado todavía, a lo que no son ajenas las nuevas relaciones surgidas entre los privados y el Estado, por la prestación de servicios o su intermediación y la responsabilidad que se puede derivar, como en el caso de los proveedores de servicios de telecomunicaciones o PST.

Aún es incierto el alcance de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) en la estructura jurídica del país debido, principalmente, al hecho de que se están implementando de manera acelerada acciones a todos los niveles de la administración pública, sustentadas por una política pública que ordena, según los Conpes 3072 del 2000 y 3650 del 2010, la creación e implementación de medios electrónicos en la interacción entre los ciudadanos y el Estado. Es el caso de la intermediación que hacen los Operadores de Comunicaciones o Proveedores de Servicios de Telecomunicaciones (PST),<sup>257</sup> entre el ciudadano

.....  
257 Los PST también son llamados proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, según la legislación colombiana. Aquí su sentido se torna mucho más amplio, incluyendo la provisión de los medios físicos para la comunicación (redes).

y la administración, y como se puede derivar de esta intermediación una responsabilidad estatal, por ejemplo, cuando la prestación del servicio sufre una falla y como consecuencia se presenta una interrupción de la comunicación entre estos individuos y el Estado, que pueda acarrear la violación de derechos; caso concreto de la imposibilidad de participar en una licitación pública por falla del sistema, cuando la culpa es imputable al PST.

Una de las consecuencias que debe ser estudiada es la que se deriva de las actuaciones del propio Estado, teniendo en cuenta que estas pueden causar un daño antijurídico a los demás sujetos con los que interactúa.<sup>258</sup> Temas como la protección de los derechos fundamentales, la protección de los datos de carácter personal, la publicación de contenidos (ya tratados en capítulos anteriores del libro) y en especial, el papel de los proveedores de servicios de telecomunicaciones. Cabe aclarar que ante diversas definiciones y aproximaciones de quienes prestan los servicios de telecomunicaciones como operadores; prestadores de servicios de la sociedad de la información; proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones; proveedor de servicios de comunicaciones u operadores de comunicaciones han decidido acoger un concepto mixto construido a partir de estas definiciones y sustentado en Ley 1341 del 2009, en las resoluciones 202 y 588 del 2010 del Ministerio de Telecomunicaciones o la resolución 3066 del 2011 de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, definiéndolos para los efectos de esta investigación, como los Proveedores de Servicios de Telecomunicaciones (PST). Este análisis se hará desde la perspectiva de cuando los PST prestan los servicios en la actuación del Estado por medios electrónicos o sirven de intermediarios para su prestación, derivan en la necesidad del entendimiento, desde una nueva óptica jurídica, de la relación entre la responsabilidad y las actuaciones de la administración pública.

Este entendimiento de la responsabilidad estatal en sus actuaciones dentro de las TIC se debe concebir en un sentido amplio, en el que se contemple la aparición de nuevas fuerzas que interactúan a todos los niveles del ordenamiento jurídico, que pueden vulnerar derechos fundamentales y originar responsabilidad, donde las actuaciones de las administraciones públicas, en último término, se redefinen.

.....  
<sup>258</sup> Libardo Rodríguez, *Derecho Administrativo. General y colombiano*, 17 ed. (Bogotá: Temis, 2011).

•Marco general de la responsabilidad entre el Estado y los PST.

Esta posible responsabilidad se debe al conjunto de políticas públicas, leyes y decretos que se han creado en los últimos quince años en Colombia y que han contribuido a generar este conjunto de nuevas situaciones y relaciones jurídicas, que llevan a plantear el tema de la responsabilidad como un punto central del papel que juega y jugará el Estado a través de medios electrónicos.

Ya existe en la doctrina y en la legislación internacional, el precedente establecido de responsabilidad para los proveedores de servicios de telecomunicaciones en materia penal, por la no prevención de la actuación que causa el daño antijurídico a los usuarios de sus servicios<sup>259</sup> y que hace presumir que también existe una responsabilidad de los PST en otro tipo de situaciones cuando se relaciona con la administración y los ciudadanos. Si esto es así, existirá por tanto la responsabilidad del Estado conexas a la de los PST, si estos actúan en su nombre o como intermediarios.<sup>260</sup>

El caso de estudio del presente capítulo está dado por la relación entre los ciudadanos y el Estado cuando intervienen los PST y la fundamentación de la responsabilidad generada; y enmarca las situaciones concretas en las que la administración actúa con las personas naturales y jurídicas por medios electrónicos, para lo cual se necesita de intermediarios que faciliten o medien en el proceso, que actúen en nombre o representación de la administración pública supliendo sus actuaciones o cuando el Estado como garante del ordenamiento jurídico tiene el deber de regular y vigilar el cumplimiento de las funciones de los PST.

Por tanto, se intentará definir la relación entre el Estado y los proveedores de servicios de telecomunicaciones por medio de conceptos, los sujetos intervinientes, las fuentes, la responsabilidad de los operadores en la ley y la configuración de una posible responsabilidad del Estado.

.....  
259 Javier Gustavo Fernández Teruelo, "Las implicaciones penales de la LSSICE para los proveedores de servicios de internet" en Cotino Hueso, L. (ed.). *Libertades en Internet. La red y las libertades de expresión e información* (Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2007).

260 También se puede consultar en materia de la responsabilidad penal de los operadores a Óscar Morales García, "Criterios de atribución de responsabilidad a los prestadores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información". *RDPP*, núm. 5, (2001), 139-167.

## El concepto de TIC y su rol en la relación entre los proveedores de servicios de telecomunicaciones y la administración pública

Como primera medida se debe establecer que se presenta una relación entre la administración y los PST, definida en el marco internacional principalmente por la concepción relacional que existe entre Europa y los Estados Unidos a la hora de abordar el tema. Allí se establece claramente que la administración y los PST son dependientes y copartícipes de una relación, en el contexto de las funciones que cumplen y en su conexidad con las funciones del otro.<sup>261</sup> A su vez, se sustenta en el derecho administrativo por los mismos motivos.<sup>262</sup>

Por otro lado, en los Estados Unidos la *Communications Decency Act*<sup>263</sup> y la *Digital Millennium Copyright Act (DMCA)*<sup>264</sup> se ocupan de la responsabilidad y sirven de referencia de derecho comparado. La legislación de Estados Unidos exculpa a la administración y el tema se suscribe a la relación entre el contratante (administración) y contratista (operador o PST). La responsabilidad recae sobre los PST y no sobre la administración, concentrando el tema a los derechos de autor y a la entrega de información en materias civil y penal, cuando se tenga conocimiento de delitos cometidos.

La relación está dada por la propia definición del concepto de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y la acción concreta en la que interactúan el Estado y los PST.

261 Javier Cremades y Xaime Rodríguez-Arana, coords., *Comentarios a la Ley general de Telecomunicaciones, La Ley 2004* (Navarra, España: Aranzadi, 2004); Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo y José Vida Fernández, *Telecomunicaciones* (Madrid España: Portal Derecho, 2009). Luis González de la Garza, *El nuevo marco jurídico de las telecomunicaciones en Europa: redes sociales especializadas, neutralidad de la red y dividendo digital* (Madrid: La Ley, 2011); Juan José Montero Pascual, *Derecho de las telecomunicaciones* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007).

262 José Luis Palma Fernández, "Telecomunicaciones". Enero 2002 (Ejemplar dedicado a: Nuevas líneas doctrinales y jurisprudenciales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración); Joaquín García Bernardo de Quirós (dir.), "La regulación de las telecomunicaciones y la administración", José Marja Souvirón Morenilla, *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, No. 303, (enero-bril 2007). José Giménez Cervantes, *Alcance de las potestades de intervención de la CMT en los contratos de acceso a la Red*, *Noticias de la Unión Europea*, N° 313, (2011), 47-61; Carlos E. Delpiazzo, "Telecomunicaciones y administración" en *Gobierno, derecho y tecnología: las actividades de los poderes públicos*, Fernando Galindo (Madrid: Thomson Civitas, 2006).

263 Canada. Telecommunication Act. S.C. 1993, c. 38, (Last amended on June 29, 2012). Ministerio de Justicia, Canadá. (2014).

264 U.S. Digital Millennium Copyright Act. Public Law 105-304-Oct. 28, 1998.



•Marco general de la responsabilidad entre el Estado y los PST•

Para ello el artículo 6 de la Ley 1341 del 2009<sup>265</sup> por la cual el Gobierno nacional definió los principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las tecnologías de la información y las comunicaciones y que define a las TIC como: “[...] 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, vídeo e imágenes”. Esta norma lleva a establecer que todas las actuaciones del Estado o de un particular que estén encaminadas al tratamiento de información propia o de los individuos por cualquier medio electrónico o físico, se puede incluir como parte del sector TIC, y ya no solo las propias actuaciones que realizan las personas por medios electrónicos. Es el conjunto y en ellos se podrían incluir sistemas tan diversos como el Internet, la TV, el teléfono o incluso el telégrafo.

En el artículo 9, la Ley 1341 del 2009, define quién puede ser considerado como parte del sector TIC: empresas que manufacturen, comercialicen o pres-ten servicios que den como resultado productos que recojan, procesen, creen, transmitan o expongan datos o información por medios electrónicos. Aquí llama la atención si se suscribe a medios electrónicos concretamente. A su vez en ese mismo artículo establece los parámetros que caracterizan a estos sujetos cuando se prestan servicios: “[...] Para las industrias de servicios, los productos de esta industria deben estar diseñados para permitir la función de tratamiento de la información y la comunicación por medios electrónicos, sin afectar negativamente el medio ambiente.” Y aquí surge una inquietud: ¿puede entonces el Estado ser parte del sector TIC? La administración pública no es una industria, pero es innegable que de la definición amplia de las TIC que hace la propia ley, se incluye al Estado como parte del sector TIC y no solo de forma indirecta por medio de las empresas prestadoras de servicios que hagan parte de su estructura, sino de manera directa como quiera que el Estado presta servicios o los delega en particulares, a los que debe vigilar y controlar y sobre los cuales delega funciones que le corresponden.

.....  
265 Ministerio TIC, Ley 1341 del 2009.

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

El Estado puede delegar competencias a los particulares según la normatividad vigente en Colombia,<sup>266</sup> al hacer referencia a las calidades del funcionario público. A su vez, el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia y en especial de la Ley 678 del 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”, lo establece en temas generales de responsabilidad.

La administración puede, y de hecho es, un proveedor de servicios de telecomunicaciones, que en muchos casos delega esta función en los particulares, determinando las calidades de los contratistas como servidores públicos. Por tanto, esta condición establece claramente que un particular puede a su vez ser un servidor público. Igualmente, la administración puede contratar y suplir actividades que requiere para su funcionamiento y para la extensión de la responsabilidad, por lo que a su vez, el particular puede ser responsable lo que implica que la responsabilidad también se extiende a la propia administración.

La legislación colombiana establece claramente los elementos de la responsabilidad, como las sentencias del Consejo de Estado 10948 y 11643 del 21 de octubre de 1999,<sup>267</sup> que definen la ruta a seguir para la vinculación por responsabilidad y su existencia, tanto para la administración como para los PST en los casos que se delega.

### *El cuerpo normativo*

Existe un cuerpo político y legislativo que sustenta la búsqueda de la relación de responsabilidad entre los PST y el Estado. Están los documentos que justifican el desarrollo de políticas públicas para la intervención del Estado en el sector de las telecomunicaciones y la transformación de sus actuaciones con los ciudadanos

266 Libardo Rodríguez, *Derecho administrativo. General y colombiano*. 17 ed. (Bogotá: Temis, 2011).

267 Consejo de Estado, *Sentencias 10948*, C. P. Alier Hernando Hernández Enriquez y *11643 de 1999*, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

•Marco general de la responsabilidad entre el Estado y los PST•

como el Conpes<sup>268</sup> 3072 del 2000 conocido como la Agenda de Conectividad que establece la justificación, los plazos y procedimientos para la inclusión de las TIC en Colombia y el papel que el Estado juega como constructor, promotor y sobre todo, como agente activo del sector. Y el Conpes 3650 del 2010 fija la importancia estratégica de la política pública del Gobierno en línea, por la cual el gobierno tiene la obligación de relacionarse con los ciudadanos por medios electrónicos, buscando la implementación de estas tecnologías en plazos definidos y de la cual debe surgir una responsabilidad.

En el ámbito legislativo se encuentra la Ley 527 de 1999 que reguló la firma electrónica y se complementó con el Decreto 2364 del 2012; la Ley 1480 del 2011 –que establece el estatuto del consumidor y asigna funciones y medios en el sector TIC–, la Ley 1564 del 2012 que creó el Nuevo Código General del Proceso e incluye la regulación de las actuaciones judiciales del Estado por medios electrónicos; la Ley 1437 del 2011 que crea el Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y establece la utilización de medios electrónicos en el procedimiento administrativo; la Ley 1266 del 2008 sobre *habeas data*; la Ley 1581 del 2012 sobre protección de datos personales, la Ley 1712 del 2014 sobre el acceso a la información pública o el Decreto 2573 del 2014 que establece los lineamientos generales de la Estrategia de Gobierno en línea.

En materia de PST se puede hacer referencia a la Ley 1341 del 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”, y además se crea la Agencia Nacional del Espectro, encargada de regular el espacio físico que permite las comunicaciones; también el Decreto 2693 del 2012 que establece los lineamientos generales de la estrategia del Gobierno en línea y ayuda a reglamentar las leyes 1341 del 2009 y 1450 del 2011, que establece el plan de desarrollo del país para el periodo 2011-2014; el Decreto 1972 del 2003 del antiguo Ministerio de Comunicaciones<sup>269</sup> “por el cual se establece el régimen unificado de contraprestaciones por concepto de concesiones, autorizaciones, permisos y registros en materia de telecomunicaciones y los trámites para su liquidación,

.....  
268 Estos son los documentos que expide el Consejo Nacional de Política Económica y Social adscrito al Departamento Nacional de Planeación y que fija los lineamientos de Colombia en temas de políticas públicas y su desarrollo.

269 Actualmente el Ministerio TIC.

cobro, recaudo y pago”; o el Decreto 4948 del 2012 del Ministerio TIC “por el cual se reglamenta la habilitación general para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones y el registro de TIC”.

Sin embargo, y pese a este gran esfuerzo legislativo, es notoria la falta de articulación que existe entre las diferentes normas y sobre todo el desconocimiento generalizado sobre sus implicaciones, sus alcances y la responsabilidad que se puede derivar de las actuaciones que ordenan.

### *Los sujetos que intervienen*

Así como existe un cuerpo normativo que sustenta el sector de las TIC, existen unos sujetos relevantes para el ordenamiento jurídico, que se definen de la siguiente manera: los usuarios, los proveedores de aplicaciones, los proveedores de contenidos y los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones. Definido en la Resolución 202 del 2010 del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), sustentado por el mandato que le confiere el artículo 6 de la Ley 1341 del 2009, para que expida un conjunto de definiciones relativas al sector TIC, en concordancia con la regulación internacional.<sup>270</sup>

Los usuarios son todas las personas naturales o jurídicas que consumen los servicios que utilizan tecnologías de la información y la comunicación.

Los proveedores de aplicaciones son las personas naturales o jurídicas que proporcionan servicios para aplicaciones por medios electrónicos.

Los proveedores de contenidos son las personas naturales o jurídicas que generan un contenido determinado dentro del sector TIC.

Y los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones (los PST) son las personas jurídicas responsables de la operación de redes o provisión de servicios de telecomunicaciones.

Entonces, tres actores intervienen en la relación de responsabilidad (ciudadanos, Estado y los PST), que actuarían de la siguiente manera: los ciudadanos serían o podrían ser considerados como los usuarios de los servicios, los operadores serían los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones y el Estado

.....  
270 La regulación internacional en materia TIC que obliga a Colombia es la que emana principalmente de la Unión Internacional de Telecomunicaciones y de los tratados internacionales vigentes que ha suscrito Colombia con otros Estados. Un buen ejemplo de ello pueden ser los tratados de libre comercio TLC, suscritos con Estados Unidos o Europa, en los que el país debe a su vez modificar su legislación en diversos temas.

•Marco general de la responsabilidad entre el Estado y los PST•

podría actuar en una función mixta, bien como un proveedor de aplicaciones, como un proveedor de contenidos o incluso como un proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones, dependiendo del caso.

En el proyecto de ley se introduce el tema de la responsabilidad por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en Internet. En el 2011 se presentó pero se archivó el concepto de prestador de servicios de Internet o proveedores de servicios de Internet, conocidos como *Internet Service Providers*, (ISP) es decir, operadores de telecomunicaciones que hacen parte de la intermediación de Internet desarrollada por medio de diferentes modalidades que incluyen el acceso a Internet, el alojamiento de páginas y el ofrecimiento de servicios como el comercio electrónico y las redes sociales<sup>271</sup> y que se definían como aquellos que desarrollan alguna o varias de estas actividades:

1. La transmisión, enrutamiento o suministro de conexiones para materiales sin modificaciones en su contenido o el almacenamiento intermedio y transitorio de dicho material en el curso de ello.<sup>272</sup>
2. El almacenamiento temporal llevado a cabo mediante un proceso automático (*caching*).<sup>273</sup>
3. El almacenamiento a petición del usuario del material que se aloja en un sistema o red controlado u operado por o para el proveedor de servicios.<sup>274</sup>
4. Referir o vincular a los usuarios a un sitio en línea mediante la utilización de herramientas de búsqueda de información, incluyendo hipervínculos y directorios.<sup>275</sup>

Y dentro de sus funciones se destacan:

1. Brindar el acceso a la red: posibilitar la conexión a Internet, es decir, realizar el enlace entre las redes de ordenadores.<sup>276</sup>

271 Senado de Colombia. Proyecto de Ley 241 – Ley Lleras. 2011. “Por la cual se regula la responsabilidad por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en Internet”. Archivado. Colombia.

272 Senado de Colombia. Proyecto de Ley 241 – Ley Lleras. 2011

273 Senado de Colombia. Proyecto de Ley 274 – Ley Lleras. 2011.

274 Senado de Colombia. Proyecto de Ley 274 – Ley Lleras. 2011.

275 Senado de Colombia. Proyecto de Ley 274 – Ley Lleras. 2011

276 Gabriela Isabel Guerriero, “El seguro de responsabilidad civil de la ISP”. Asociación Argentina de Alta Tecnología [http://www.aadat.org/el\\_seguro16.htm](http://www.aadat.org/el_seguro16.htm) (acceso diciembre 1, 2014); Delia Lipszyc, “La responsabilidad de los proveedores de servicios de intermediación en línea”, *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*, Año 11, N°. 2. (febrero 2009); En Senado de Colombia. Proyecto

2. Hospedaje de páginas web: almacenamiento y alojamiento en su servidor a fin de que los usuarios puedan conectarse a través de un PSI, acceder a los contenidos y recuperarlos.<sup>277</sup>
3. Servicio de *mail* o correo electrónico: posibilita el envío de correspondencia, archivo o mensaje que se transmite a una o más personas en la red.<sup>278</sup>
4. Desenvolvimiento de *web sites*: facilitar la puesta a disposición y desarrollo de los sitios web, alojándolos en su servidor.<sup>279</sup>
5. Servidor Proxy: mecanismo de seguridad implementado por el PSI en un entorno de Intranet para desactivar el acceso o filtrar las solicitudes de contenido para ciertas web consideradas ofensivas o dañinas para la red y los usuarios.<sup>280</sup>
6. Salas de chat: espacios de conversación que requieren la presencia en tiempo real de los usuarios.<sup>281</sup>
7. Gerenciamiento de bancos de datos con grupos de discusión sobre diversos asuntos: operar los foros de discusión donde los individuos intercambian ideas, a través de mensajes que pasan por miles de ordenadores.<sup>282</sup>

En Europa la Directiva 31 del 2000 relativa al comercio electrónico define y distingue a los sujetos que interactúan o intervienen en la comunicación por medios electrónicos y señala que existen los operadores de redes y aquellos que proveen acceso a la red; los prestadores de servicios que hacen copias de datos de manera temporal a solicitud de los usuarios; los prestadores de servicios para el alojamiento y almacenaje de datos e información y los prestadores de servicios que permiten el enlace de contenidos.<sup>283</sup>

---

de Ley 241 – Ley Lleras. 2011. “Por la cual se regula la responsabilidad por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en Internet”. Archivado. Colombia.

277 Senado de Colombia. Proyecto de Ley 274 – Ley Lleras. 2011.

278 Senado de Colombia. Proyecto de Ley 274 – Ley Lleras. 2011.

279 Senado de Colombia. Proyecto de Ley 274 – Ley Lleras. 2011.

280 Senado de Colombia. Proyecto de Ley 274 – Ley Lleras. 2011.

281 Senado de Colombia. Proyecto de Ley 274 – Ley Lleras. 2011.

282 Senado de Colombia. Proyecto de Ley 274 – Ley Lleras. 2011.

283 Senado de Colombia. Proyecto de Ley 274 – Ley Lleras. 2011.

•Marco general de la responsabilidad entre el Estado y los PST.

Así mismo, la legislación alemana en la ley de multimedia de 1997 diferencia entre los conceptos de *Information Providers*, *Hosting Service Providers* y *Access Providers*, por lo cual a cada uno de estos sujetos se les determina su responsabilidad, según si su actuación se enmarca dentro de cada actividad diferenciadora.<sup>284</sup>

Finalmente, con respecto a la responsabilidad es importante precisar que los PST podrán a su vez actuar como proveedores de contenidos o de aplicaciones, pero deberá ser en mandato de la intermediación de las actuaciones del Estado en los medios electrónicos, para evitar que dicha relación se considere entonces solo de carácter privado y pase a ser de derecho público entre los usuarios y los operadores.

### *De la responsabilidad*

Ahora bien, se debe tener en cuenta que la teoría de la responsabilidad estatal se encuentra ampliamente definida en el ordenamiento colombiano, pues establece un marco jurídico que determina y le da validez a la responsabilidad de la administración pública. Por ejemplo, como mecanismo de protección de los administrados, en Sentencias como la C-333 de 1996 de la Corte Constitucional colombiana, reiterada por la C-892 del 2001; en las sentencias del Consejo de Estado 10948 y 11643 del 21 de octubre de 1999 se identifican los elementos de la responsabilidad; la sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, C-892 del 2001 aborda el tema de la cláusula general de responsabilidad estatal y la Sentencia del Consejo de Estado, AG-2001-213 del 26 de enero del 2006<sup>285</sup> establece la finalidad de protección de las autoridades públicas.

El tema se debe tratar desde la perspectiva de la responsabilidad subjetiva del Estado<sup>286</sup> en los casos de la prestación de un servicio por parte de los PST. Como lo ha dicho el Consejo de Estado, en el ordenamiento actual no se excluye esta responsabilidad, sino más bien se amplía, para abordar la responsabilidad en su

.....  
284 Senado de Colombia. Proyecto de Ley 274 – Ley Lleras. 2011.

285 Se pueden consultar para profundizar los términos: Consejo de Estado, responsabilidad extracontractual del Estado –presupuestos, elementos, daño antijurídico, imputación/responsabilidad del Estado–, constitucionalización y mecanismos de protección de los administrados.

286 Gilberto Martínez Rave, *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*, 4 ed., (Bogotá: Biblioteca jurídica Diké, 1988).

conjunto lo que lleva a concentrarse en el daño antijurídico resultante,<sup>287</sup> sin dejar de lado la responsabilidad subjetiva, por extensión.

El punto de partida es el artículo 90 de la Constitución Política, que establece la orientación de la legislación actual sobre la responsabilidad basada en el daño antijurídico: “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas [...]”.<sup>288</sup> Igualmente, el Consejo de Estado define el daño antijurídico a partir de la doctrina española: “un daño será antijurídico cuando la víctima del mismo no esté obligada por imperativo explícito del ordenamiento a soportar la lesión de un interés patrimonial garantizado por la norma jurídica”,<sup>289</sup> para finalmente establecer las condiciones que se deben tener en cuenta para su configuración: que sea un hecho injusto, efectivo, económicamente evaluable y susceptible de individualización personal o grupal.<sup>290</sup>

Esto lleva a plantear el problema jurídico: ¿existe responsabilidad del Estado por daños antijurídicos cuando los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones prestan estos los servicios de Internet a la administración pública?

Desde esta perspectiva sí existe una responsabilidad del Estado, ya que él está obligado a la prestación adecuada del servicio en amplio espectro. Es decir, es una responsabilidad completa en cuanto a: 1) la omisión de la administración por los vacíos de ley o la no regulación, entendiéndose que es el mismo Estado el obligado a ofrecer las garantías e instrumentos legales de las propias cargas que impone a los ciudadanos; 2) el deber de garantizar y responder cuando a los ciudadanos se les violen o no se les brinde una adecuada protección de sus derechos por terceros que actúen en su nombre (caso de los PST); 3) cuando se les imponga a los ciudadanos la obligación de recurrir a los PST para su relación con la administración.

287 Rachid Nader, “Evolución jurídica de la responsabilidad extracontractual del estado en Colombia”. *Revista Advocatus, Edición especial*. No. 15 (Agosto 2010), 55-71.

288 República de Colombia, *Constitución Política* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2008), art. 90.

289 Consejo de Estado, *Sentencia del 22 de noviembre de 1991*, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. Julio César Uribe Acosta.

290 Consejo de Estado, *Sentencia del 22 de noviembre de 1991*, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. C. P. Julio César Uribe Acosta.



### *La responsabilidad de los PST*

La legislación colombiana ha establecido que el régimen jurídico de los proveedores de redes y servicios de las tecnologías de la información serán las normas de derecho privado, dentro de las cuales se incluirán:

[...] Todas las comunicaciones, los actos y los contratos, incluidos los relativos a su régimen laboral y las operaciones de crédito de los proveedores de las tecnologías de la información y la comunicación, cualquiera que sea su naturaleza, sin importar la composición de su capital [...].<sup>291</sup>

Se entiende que sus actuaciones se deben a las personas jurídicas en el ámbito privado.

Así pues, la ley les responde a los operadores por principios como la promoción y garantía de la libre competencia, pero les impone el deber de protección de los derechos de los usuarios, que aseguraría que exista una responsabilidad de los operadores, cuando no se actuó de manera adecuada en la protección de tales derechos, pudiendo ser el caso de la falla o interrupción en la prestación del servicio, que genera consecuencias jurídicas.

Basándose en el principio de protección a los usuarios la ley colombiana instituye los principios de acceso, uso e interconexión,<sup>292</sup> que deriva en una obligación generadora de responsabilidad a los PST que le exige mantener y permitir el acceso, uso e interconexión a los usuarios<sup>293</sup> con cualquier otro operador, para garantizarles objetivos como los de trato no discriminatorio, transparencia o el no deterioro de la red en procesos de interconexión, que les permitan, en últimas, disfrutar del servicio que se les brinda, sin importar la existencia de uno o más operadores o la relación de derecho privado que estos sustenten.

Para la relación de responsabilidad es importante el artículo 50 de la Ley 1341 del 2009, porque establece cómo la prestación del servicio de telecomunicaciones ofrecido por los PST, debe darse respetando su continuidad, sin poder invocar

.....  
291 Mintic, Ley 1341 del 2009, Artículo 55.

292 Mintic, Ley 1341 del 2009, Artículo 50.

293 Se define como interconexión: "A la vinculación de recursos físicos y soportes lógicos de las redes, incluidas las instalaciones esenciales, para permitir el funcionamiento de los servicios y/o aplicaciones y la interoperabilidad de las plataformas". Mintic, Resolución 202 del 2009.

causales como las anteriormente mencionadas. Así, un PST es responsable de que el servicio se preste, y si no, de que el usuario pueda exigir una responsabilidad.

La legislación también incluye un régimen de sanciones por parte del Ministerio TIC o por la entidad que esté facultada por la ley,<sup>294</sup> cuando se cometan infracciones a la confidencialidad de las comunicaciones, se provean redes o servicios que no estén previstos, se incumpla el acceso, uso, homologación e interconexión de las redes, no se cumpla con los parámetros de calidad y eficiencia o se modifiquen las medidas técnicas de las redes, que las afecten.<sup>295</sup>

Estos parámetros ayudan a establecer que los proveedores de servicios de telecomunicaciones deberán responder por sus actuaciones cuando le presten sus servicios al Estado o cuando actúen en su nombre por delegación y se conviertan en funcionarios públicos para estos efectos, tal como lo dispone el artículo 2, párrafo 1, de la ley 678 del 2001 y, por tanto, sean sujetos incluso de una posible acción de repetición.

Se pueden presentar dos situaciones que relacionan a los operadores y al Estado, y las cuales generan una responsabilidad de la administración. La primera tiene que ver con la prestación misma del servicio de conexión y redes por medio de las cuales el Estado se relaciona con los ciudadanos para realizar diversos trámites o procesos (notificaciones, presentación de documentos oficiales, expedición de certificados, licitaciones, etc.) y en los que el ciudadano o usuario podría exigir al Estado que provea o garantice una conexión permanente y fluida para que se le respeten sus derechos. Por lo que a pesar de ser una obligación del PST la prestación adecuada del servicio, debería ser también el Estado el que le garantice la comunicación correcta, fluida e ininterrumpida, pues él mismo les impone la obligación a los individuos de relacionarse por este medio con la administración y no por ningún otro.

La segunda sucede cuando los proveedores de servicios de telecomunicaciones actúan en representación o supliendo las funciones del Estado o prestándole a este las herramientas necesarias para su relación con los ciudadanos. Se presenta cuando un particular, llamado operador o PST, presta el servicio de notificaciones, correos electrónicos de la administración o realiza la gestión y administración de

.....  
294 Mintic, Ley 1341 del 2009, Artículo 63.

295 Mintic, Ley 1341 del 2009, Artículo 64.

•Marco general de la responsabilidad entre el Estado y los PST•

una página web del Estado, y por lo cual, no puede el Estado eximirse de su responsabilidad ante los ciudadanos, ni siquiera bajo la figura de la contratación o cláusulas que eximan de responsabilidad, ya que el operador o PST es un mero intermediario y la administración es el sujeto realmente responsable.

En el proyecto de ley presentado recientemente al Congreso de la República, que fue archivado, se planteaba la responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet, para lo cual los proveedores de servicios en Internet podían ser responsables por las eventuales infracciones que se derivaran del manejo de la información protegida por el derecho de autor y los derechos conexos. Esta podía ser de tipo civil, penal o administrativa. En materia civil, el proveedor de servicios en Internet estaría eventualmente expuesto a una responsabilidad indirecta o por el hecho de terceros, mientras que el llamado “proveedor de contenidos” sí sería susceptible de asumir una responsabilidad directa o dolosa. No obstante, la obligación del proveedor de servicios en Internet se encontraría matizada o condicionada a la concurrencia de ciertas causales bajo las cuales los proveedores de servicios en Internet podrían resultar exonerados.

En la ley denominada *Digital Millenium Copyright Act (DMCA)*, de los Estados Unidos, de la que ya se ha hablado, se establece un mecanismo para lograr que los contenidos en la red que sean violatorios de derechos de autor sean rápidamente retirados, además de lograr que los Proveedores de Servicios de Internet (como PST) sean considerados solo como intermediarios de las comunicaciones y de los contenidos, y por tanto, sin responsabilidad por las actuaciones de los usuarios que los utilizan, aclarando que estos deben prestar actividades solo como intermediarios de la información que los usuarios despliegan.<sup>296</sup> Es muy común hoy en día ver avisos en diferentes páginas web y enlaces de proveedores de servicios de Internet, que aclaran o pretenden establecer solo una relación de intermediación en la información, para poder limitar su responsabilidad.

En la DMCA se establecen tres tipos de responsabilidad:

1. *Direct Copyright Infringement* (responsabilidad directa): el que se encarga de reproducir, distribuir o comunicar una obra protegida sin previa y expresa autorización de su autor o titular de derecho es responsable directo de la infracción.

.....  
296 Senado de Colombia. Proyecto de Ley 274 – Ley Lleras. 2011.

2. *Contributory Copyright Infringement* (responsabilidad contributiva): se está llamado a responder por el comportamiento de aquella persona que, con conocimiento, induce o contribuye a la producción de una infracción directa de los derechos de autor por parte de otra persona.
3. *Vicarious Copyright Infringement* (responsabilidad delegada o indirecta): se debe responder por la conducta dañina de otro sujeto, sobre el cual se tiene la obligación de controlar y vigilar y que además se ve beneficiado por la infracción.<sup>297</sup>

La responsabilidad de los proveedores de servicio de Internet en la DMCA no partiría del supuesto de que estén obligados a supervisar o monitorear todos y cada uno de los contenidos que se sirvan de su infraestructura o utilicen su servicio, pues el alcance de la responsabilidad no es genérica sobre toda la información, sino específica respecto de los contenidos que mediante procedimientos o notificaciones se les informa sobre la posibilidad de que se incurra en infracciones al derecho de autor y los derechos conexos.

En Europa la directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 8 de junio del 2000 determina que los proveedores de servicios de internet no tienen la obligación de controlar la información y/o datos que almacenen o transmitan, pero se les puede ordenar este control si tienen conocimiento de ilícitos, de tal manera que informen de estos hechos a las autoridades. Además, deben la información que permita la identificación de las personas que los cometan.

También es necesario tener en cuenta el ámbito de la exoneración de la responsabilidad, cuyo ejemplo son las limitaciones a la responsabilidad de los proveedores de servicios, en el marco del Tratado de Libre Comercio (TLC) celebrado entre Colombia y los Estados Unidos en temas de derecho de autor y derechos conexos,<sup>298</sup> para lograr que los proveedores de servicios:

Colaboren con los titulares de derechos de autor en disuadir el almacenaje y transmisión no autorizados de materiales protegidos por el derecho de autor y limitaciones en su legislación relativas al alcance de los recursos disponibles contra los proveedores de servicios por infracciones a los derechos de autor que ellos no controlen, inicien o

297 Senado de Colombia. Proyecto de Ley 274 – Ley Lleras. 2011.

298 Senado de Colombia. Proyecto de Ley 274 – Ley Lleras. 2011.

•Marco general de la responsabilidad entre el Estado y los PST•

dirijan y que ocurran a través de sistemas o redes controladas u operadas por ellos o en su representación, según se describe en este subpárrafo (b).<sup>299</sup>

A su vez se puede determinar una exoneración de responsabilidad de los prestadores de servicios de transmisión de datos, enrutamiento o suministro de conexiones en los datos transmitidos a condición de que el prestador no modifique ni seleccione el contenido de la transmisión, no inicie la transmisión, no seleccione a los destinatarios de la información, establezca condiciones generales y públicas, bajo las cuales el prestador de servicios podrá hacer uso de la facultad de finalizar los contratos de los proveedores de contenido que sean infractores reincidentes de los derechos protegidos por las leyes de derecho de autor o derechos conexos; no interfiera en las medidas tecnológicas de protección y de gestión de derechos de obras protegidas o no genere ni seleccione el material o a sus destinatarios.<sup>300</sup>

En este punto se podría establecer la responsabilidad en el marco general de la responsabilidad de los proveedores de servicios de telecomunicaciones, así como de los prestadores de servicios de Internet de una forma más detallada, por los planteamientos realizados en el proyecto de ley para cumplir con el Tratado de Libre comercio con los Estados Unidos, pero que no ha trascendido a ley de la Republica, por lo cual no deja de ser mera doctrina argumentativa, que sin embargo se encuentra establecida en un tratado internacional firmado y ratificado por Colombia.

### *La responsabilidad del Estado*

La administración pública se ha autolimitado en la forma de relacionarse con los ciudadanos, por medio de la ley, imponiendo como tema prioritario desarrollar y lograr la masificación de políticas públicas en la materia, como la estrategia del Gobierno en línea,<sup>301</sup> que fija los fines y temas prioritarios para la masificación de esta iniciativa y, además, señala los porcentajes de penetración e implementación

.....  
299 Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estado Unidos.

300 Senado de Colombia. Proyecto de Ley 274 – Ley Lleras. 2011.

301 "La estrategia Gobierno en línea, liderada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, es el conjunto de instrumentos técnicos, normativos y de política pública que promueven la construcción de un Estado más eficiente, transparente y participativo y que a su vez preste mejores servicios con la colaboración de toda la sociedad mediante el aprovechamiento de la tecnología. Lo anterior con el fin de impulsar la competitividad y el mejoramiento de la calidad de vida para la prosperidad de todos los colombianos". Se puede consultar para más información: <http://programa.gobiernoenlinea.gov.co/que-es.html>.

en los municipios y departamentos establecidos,<sup>302</sup> así como las condiciones técnicas, administrativas, legales y financieras tendientes a su desarrollo. Por ejemplo: “[...] la provisión de trámites y servicios por múltiples canales y uso de tecnologías de información y comunicaciones en los procedimientos administrativos”.<sup>303</sup>

Esta ley también le impone el principio de responsabilidad. Un ejemplo es la estrategia de Gobierno en línea establecida en el Decreto 2693 del 2012 en su artículo 3, da como principio y fundamento de este programa la responsabilidad consagrada en los artículos 209 de la Constitución Política, el artículo 3 de la Ley 489 de 1998 y el artículo 3 de la Ley 1437 del 2011, de los que no se puede abstraer el Gobierno.

La presente investigación ha logrado establecer algunas de las situaciones en las que el Estado podría ser responsable objetiva y subjetivamente,<sup>304</sup> cuando en sus actuaciones a través de medios electrónicos intervienen los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones. Este planteamiento se hace desde el reconocimiento de que la ley ha impuesto la obligación a los ciudadanos de relacionarse de manera electrónica con la administración, y que para ello, es necesario que intervengan los llamados PST. Esta relación está dada de facto, ya que de una u otra manera los PST garantizan el acceso a Internet (medio usado para relacionarse con la administración de manera electrónica) y en casos particulares, la propia administración les delega algunas de sus obligaciones para la prestación del servicio, obligándolos a actuar como administración, sin serlo, tal como se ha advertido en este escrito.

Tal como se analizó en el capítulo precedente la responsabilidad del Estado por falla presunta del servicio se presenta cuando, por ejemplo, conmina a sus ciudadanos a un proceso licitatorio en el que intervienen medios electrónicos<sup>305</sup> y a responder cuando no se les asegure a los licitantes la participación en condiciones de igualdad (el caso de una plataforma electrónica que deja de funcionar por

302 Véase el documento Conpes 3650 del 2010.

303 Mintic, Decreto 2693 del 2012.

304 Hugo Andrés Arenas, *El régimen de la responsabilidad objetiva. Lineamientos generales de la responsabilidad objetiva en Colombia*. 1 ed. (Bogotá: Legis, 2013).

305 Presidencia de la República de Colombia, *Decreto 2170 del 2012*, “Por el cual se reglamenta la ley 80 de 1993, se modifica el decreto 855 de 1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999” (Bogotá: *Diario Oficial* No. 44952 del 3 de octubre del 2002).

•Marco general de la responsabilidad entre el Estado y los PST.

causa imputable al PST del servicio y que les impide a una parte de los licitantes acceder al proceso). En otras legislaciones como la española se ven claros indicios de los principios de igualdad y proporcionalidad en su ley de administración electrónica, para evitar cualquier tipo de restricciones a los ciudadanos en su relación con la administración por medios electrónicos.<sup>306</sup>

Del mismo modo, no se puede eximir de responsabilidad al Estado cuando este delegue en los operadores la custodia y salvaguarda de la información de los ciudadanos (el expediente electrónico, en manos de operadores),<sup>307</sup> así se tramite por medio de un contrato que exima de responsabilidad, pues en ese momento el PST actúa en nombre de la administración y cumple las funciones que a este le han sido encomendadas por ley, lo que configura la necesidad de vigilancia y control sobre los delegatarios elegidos, *la culpa in vigilando*.

En estos casos la responsabilidad es del PST, pero se extendería al Estado, como garante en el cumplimiento de las obligaciones que tiene con los ciudadanos.

Finalmente, se advierte una responsabilidad del Estado por las fallas de control o regulación sobre los servicios que prestan los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que ocasionen un daño antijurídico, ya que recae sobre la administración la obligación de control como quiera que como lo expresa el Consejo de Estado:<sup>308</sup> si un particular debiera soportar individualmente una carga anormal y excepcional, constituiría un daño especial por el cual debe responder la administración.<sup>309</sup>

## Conclusiones

Existe una relación de causalidad entre los servicios que prestan los proveedores de servicios de telecomunicaciones y el actuar de la administración pública

306 Eduardo Gamero Casado, "Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la ley de administración electrónica: Su posición en el sistema de fuente", en *La ley de Administración electrónica. Los principios de la Administración Electrónica*, eds. Eduardo Gamero Casado y Julián Valero Torrijos, J. (Navarra, España: Aranzadi, 2008).

307 Marco Emilio Sánchez, *Eficacia y validez del acto administrativo electrónico. Los medios electrónicos como instrumento al servicio de la administración pública - Una perspectiva en el derecho comparado Colombia y España* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2014); Jarvey Rincón Ríos y Victoria Naranjo Duque, *Delito informático electrónico de las telecomunicaciones y de los derechos de autor* (Bogotá: Grupo editorial Ibáñez, 2012).

308 Consejo de Estado. Sentencia del 28 de octubre de 1976, expediente 1.482 (708).

309 Libardo Rodríguez, *Derecho administrativo. General y colombiano*, 17 ed., (Bogotá: Temis, 2011).

por medios electrónicos, que debe comportar una responsabilidad para el Estado sustentada en el mandato de la ley de que se creen y desarrollen actuaciones con los ciudadanos mediante estos canales, imponiéndoles la obligación de hacerlo.

El Estado debe garantizar tales actuaciones y no puede eximirse de la responsabilidad establecida en la Constitución Nacional de 1991 y en su ordenamiento secundario, de tal manera que las políticas públicas al respecto se deberán realizar observando las garantías de actuación del Estado, que protegen a los ciudadanos.

Los proveedores servicios de telecomunicaciones - PST tienen una responsabilidad regida por las normas de derecho privado y generan una responsabilidad de la administración en el caso de la prestación misma del servicio de conexión y redes por medio de las cuales el Estado se debe relacionar con los ciudadanos, y cuando estos PST actúan en representación o supliendo las funciones del propio Estado, y una responsabilidad derivada de su propia actuación a su vez como prestadores del servicio de Internet.

Además de las responsabilidades que se derivan de la actuación de los proveedores, se presentan las directamente relacionadas con la actuación del Estado, como la que se deriva de la presunta falla en el servicio, que se presenta como consecuencia de la salvaguarda de información de particulares en manos de los proveedores de servicios y la que resulta de la falla en su control o regulación.



## CONCLUSIONES

A lo largo del presente libro se analizó el marco de la responsabilidad del Estado por sus actuaciones a través de medios electrónicos desde diferentes perspectivas, lo cual permite presentar unas conclusiones que resumen los hallazgos de esta investigación de manera global y como refuerzo a las conclusiones de cada capítulo, de la siguiente manera:

En primera medida, uno de los retos contemporáneos de la teoría de los derechos consiste en la explicación de las transformaciones que sufren tanto los derechos como sus concepciones en la era digital. Estos cambios, incluso, no solo plantean la existencia de nuevos derechos, como la inclusión digital, sino que ponen al límite la teoría liberal de los derechos en asuntos como la determinación de la titularidad de los sujetos, y desde, luego la fijación de las obligaciones y de los obligados que de allí se desprende. La fundamentación de los derechos es el paso necesario para establecer una ruta que explore estas nuevas realidades tanto sociales como jurídicas.

A su vez, Internet está pasando o ha pasado ya a ser esencial para la vida. Es un instrumento indispensable para ejercer libertades (expresión, información, asociación) y derechos participativos y sociales (educación, cultura, etc.). Puede ser un vehículo para mejorar la igualdad de oportunidades y la generalización de servicios de los poderes públicos que antes eran casi inimaginables. Es por ello que está emergiendo la consideración de que el acceso a Internet es un derecho fundamental autónomo de última generación. Como nuevo derecho tendría un

componente prestacional muy importante, que conlleva como corolario toda una serie de obligaciones de actividad del Estado. Pero también sería un viejo derecho esencialmente negativo, en la órbita de la libertad de expresión e información, que garantiza que el Estado no ponga barreras o censure el acceso mismo a la red y a sus contenidos.

En cuanto a la publicación de contenidos por parte de la administración y su marco de responsabilidad, es necesario determinar el cumplimiento o cumplimiento defectuoso de los principios y requerimientos legales de seguridad de la información, así como de los controles de seguridad impuestos en el nivel reglamentario. El cumplimiento de la reglamentación y de las normas técnicas por las administraciones incorpora un elemento adicional de examen en temas de la posible responsabilidad de la administración, en especial a la luz de incidentes que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de su producción. No se puede defender la exoneración de responsabilidad pues violenta la legítima expectativa indemnizatoria de un ciudadano que ha sufrido un daño efectivo. Se convierte en imprescindible el cumplimiento pleno del Esquema Nacional de Seguridad por las administraciones. Son de aplicación los preceptos que regulan la responsabilidad patrimonial de la administración pública.

La responsabilidad patrimonial es un instrumento para garantizar una adecuada prestación de servicios públicos electrónicos de calidad. La aplicación del instrumento de la responsabilidad es una garantía para los ciudadanos, que le otorga seguridad jurídica a la realización de actividades y procedimientos electrónicos con las administraciones.

Así también, el modelo de protección de datos personales europeo y, en especial la trasposición de la Directiva 95/46 del Consejo de Europa en España, fue la tendencia que marcó la existencia hoy en Colombia de un Registro Nacional de Bases de Datos (RNBD). La creación de la Ley General de Protección de Datos Personales, en el 2012, responde a la búsqueda que Colombia ha hecho para ser considerado un país con un nivel adecuado de protección de datos personales. El artículo 25 de la Ley 1581 del 2012 creó la obligación a los responsables del tratamiento de bases de datos personales de registrar ante la autoridad de protección de datos colombiana, la información de identificación de la base, el número de titulares registrados, los tipos de datos personales, la finalidad y la duración

de la base misma, así como el modelo de seguridad bajo el cual se custodia la información dentro del Registro Nacional de Bases de Datos, con dos objetivos: 1) como mecanismo para garantizar el derecho que tienen los titulares de acceder al responsable de los datos que tengan las entidades de naturaleza pública y privada de cada titular; 2) como herramienta para que la autoridad de protección de datos colombiana ejerza efectivamente las facultades de vigilancia y control.

Finalmente, se puede establecer la existencia de una responsabilidad del Estado derivada de los servicios que prestan los Proveedores de Servicios de Telecomunicaciones (PST) en los casos en los que estos prestan el servicio de conexión y redes por medio de las cuales el Estado se relaciona con los ciudadanos y cuando estos PST actúan en representación o supliendo las funciones del propio Estado como proveedor del servicio de Internet. Además, se puede establecer la existencia de un nexo que genera responsabilidades para el Estado derivada de la participación de los PST, como la responsabilidad por presunta falla del servicio, la que se presenta como consecuencia de la salvaguarda de información de particulares en manos de los PST o la derivada de la falla en el control o regulación de los PST, por parte del Gobierno.

## BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Victor y Curtis, Cristian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.
- Access Info Europe y Open Knowledge Foundation, Beyond access: Open government data and the right to reuse, 2010.
- Aguado Renedo, César. *El estatuto de autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*. Madrid: CEC, 1996.
- Alcolea, José Miguel. *La incorporación de las técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas a la actividad de la administración del Estado*. Elcano: Aranzadi, 2000.
- Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994.
- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Anderson, Evan y Choobinech, Joobin. 2008. “Enterprise information security strategies”, *Computers & security*, 27, marzo.
- Arango, Roberto. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis-Universidad Nacional de Colombia, 2005.
- Arenas, Hugo. *El régimen de la responsabilidad objetiva. Lineamientos generales de la responsabilidad objetiva en Colombia*. 1 ed. Bogotá: Legis, 2013.
- Ariño Ortiz, Gaspar. *Principios de derecho público económico*, 3 ed. Granada: Comares, 2004.
- Ariño Ortiz, Gaspar. “La crisis de la noción de servicio público”, en *Las transformaciones del Régimen Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1954. Ashford, Douglas. *La aparición de los Estados de bienestar*. Madrid: Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, 1989.

- Bauzá Martorell, Felio José. *Procedimiento administrativo electrónico*. Granada: Comares, 2002.
- Barnes Vázquez, Javier. “Una reflexión introductoria sobre el derecho administrativo y la administración pública de la sociedad de la información y del conocimiento”. *Revista andaluza de administración pública*. ISSN 1130-376X, N.º. 40, (2000), 25-76.
- Barriuso Ruiz, Carlos. *Administración electrónica*. Madrid: Dykinson, 2007.
- Bastida, Francisco y otros. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid: Tecnos, 2004.
- Bell, Daniel. *El advenimiento de la sociedad post-industrial*. Madrid: Alianza Editorial, 2001.
- Berners-Lle, Tim. “Putting Government data online” <http://www.w3.org/DesignIssues/GovData.html>
- Berlin, Isaiah. *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza, 1988.
- Bertoni, Eduardo Andrés. “La libertad de expresión en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. [www.adc.org.ar/download.php?fileId=344](http://www.adc.org.ar/download.php?fileId=344) (acceso octubre 23, 2014).
- Borowski, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Bowman y Willis, We Media. *How audiences are shaping the future of news and information*. Reston, Va: Thinking Paper of The Media Center, 2005.
- Bustamante Donas, Javier. “La sociedad de la información. Hacia la cuarta generación de Derechos Humanos: repensando la condición humana en la sociedad tecnológica”. *Revista iberoamericana de Ciencia y Tecnología*, OEIB (septiembre-diciembre 2001).
- Cabellos Espiérrez, Miguel Ángel, “Distribución competencial”, *Revista Española de Derecho Constitucional* (2012): 201 y ss.
- Cabezudo Rodríguez, Nicolás, ed. *Inclusión digital: perspectivas y experiencias*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 2011.
- Canadá. Ministerio de Justicia. *Telecommunication Act. S.C. 1993*, c. 38 (Last amended on June 29, 2012), 2014.
- Carbonell, Miguel. ed. *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010.
- Cascajo Castro, José Luis. *La tutela constitucional de los derechos sociales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- Cascán Angulo, Alberto. *La administración fiscal electrónica*. Barcelona: Marcial Pons, 2004.
- Castells, Manuel. *La era de la información: economía, sociedad y cultura. (I) La sociedad Red*. Madrid: Alianza, Editorial, 2005.
- Cerrillo Martínez, Agustí. *Órganos colegiados electrónicos*. Navarra, España: Aranzadi, 2006.

## •Bibliografía•

- Cerrillo Martínez, Agustí. “La contribución de las TIC a mejora de la transparencia administrativa”. *Arbor*, 188 (756), (2012), 107-124.
- Cerrillo i Martínez, Agustí. “Cooperación entre administraciones públicas para el impulso de la administración electrónica”, en *La ley de administración electrónica*, coordinado por Eduardo Gamero Casado y Julián Valero Torrijos. Navarra, España: Aranzadi, 2009.
- Colombia. *Constitución Política*. Bogotá: Leyer, 1991.
- Colombia. Comisión de Regulación de Comunicaciones, *Resolución 3066 del 2011*, “Por la cual se establece el Régimen Integral de Protección de los Derechos de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones”. Bogotá: CRC, 2011.
- Colombia. Departamento Nacional de Planeación. Consejo Nacional de Política Económica y Social. *Conpes 3650*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, 2010.
- Colombia. Departamento Nacional de Planeación. Consejo Nacional de Política Económica y Social. *Conpes 3072*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación, 2000.
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 1712 del 2014*, “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”. Bogotá: *Diario Oficial* 49.084 de 6 de marzo del 2014.
- Congreso de la República de Colombia. *Decreto 1377 del 2013*, “Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1581 del 2012”. Bogotá: *Diario Oficial* 48834, 27 de junio del 2013.
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 1564 del 2012*. “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: *Diario Oficial* 48489 del 12 de julio del 2012.
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 1581 del 2012* “Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 48.587, 188 de octubre del 2012.
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 1450 del 2011*, “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”. Bogotá: *Diario Oficial* 48102 del 16 de junio del 2011.
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 1437 del 2011*, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. Bogotá: *Diario Oficial* 47.956 del 18 de enero del 2011.
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 1480 del 2011*, “Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: *Diario Oficial* 48220 del 12 de octubre del 2011.
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 1341 del 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* 47426 del 30 de julio del 2009.
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 1266 del 2008* “Por la cual se dictan las disposiciones generales del habeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de

datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países”. Bogotá: *Diario Oficial* 47.219, 31 de diciembre del 2008.

Congreso de la República de Colombia. *Ley 1266 del 2008*, “Por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en 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 de 31 de diciembre de 2008.

Congreso de la República de Colombia. *Decreto 2170 del 2002*, “Por el cual se reglamenta la ley 80 de 1993, se modifica el decreto 855 de 1994 y se dictan otras disposiciones en aplicación de la Ley 527 de 1999”, modificado por los Decretos 2334 del 2006, 0066 y 2474 del 2008 y el 734 del 2012. Proceso de contratación por medios electrónicos, Bogotá: *Diario Oficial* 44952 del 3 de octubre del 2002.

Congreso de la República de Colombia. *Ley 671 del 2001*, “Por medio de la cual se aprueba el “Cuarto Protocolo anexo al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios con la Lista de Compromisos Específicos de Colombia Anexa”, hecho en Ginebra el 15 de abril de 1997”. Bogotá: *Diario Oficial* 44.503, 30 de julio del 2001.

Congreso de la República 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* No. 43.673 Año CXXXV del 21 de agosto de 1999.

Congreso de la República de Colombia, *Ley 170 de 1994*, “por medio de la cual se aprueba el Acuerdo por el que se establece la “Organización Mundial de Comercio (OMC)”, suscrito en Marrakech (Marruecos) el 15 de abril de 1994, sus acuerdos multilaterales anexos y el Acuerdo Plurilateral anexo sobre la Carne de Bovino”. Bogotá: *Diario Oficial* 41.637, 16 de diciembre de 1994.

Colombia. Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. *Resolución 202 del 2010* “Por la cual se expide el glosario de definiciones conforme a lo ordenado por el inciso segundo del artículo 6 de la Ley 1341 del 2009”. Bogotá: Mintic, 2010.

Contreras Peláez, Fernando. *Derechos sociales: teoría e ideología*. Madrid: Tecnos, 1994.

Consejo de Estado. *Sentencia del 21 de octubre*, expedientes: 10948 y 11643 de 1999. C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado. *Sentencia AG-2001-213 del 2006*. C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-643 del 2013*, M. P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-892 del 2009*. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-748 del 2011*. Estudio Proyecto de ley estatutaria de habeas data y protección de datos personales. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-1011 del 2008*. M. P. Jaime Córdova Triviño. Colombia.

- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-892 del 2001*. M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-333 de 1996*. M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia SU-082 de 1995*. M. P. Jorge Arango Mejía. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia SU-089 de 1995*. M. P. Jorge Arango Mejía. Colombia.
- Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia T-473 de 1992*. M. P. Ciro Angarita Barón.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Herrera Ulloa. [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr) (consultada el 16 de septiembre del 2014).
- Cotino Hueso, Lorenzo. “Retos, amenazas, tendencias y “olvidos” de la libertades de expresión e información de los usuarios, prestadores de servicios e intermediarios de internet”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, monográfico. *Comunicación, nuevas tecnologías y constitucionalismo democrático*, coordinado por Rubén Martínez Dalmau y José María Vidal Beltrán, nº 76-77, 2014.
- Cotino Hueso, Lorenzo. “Datos personales y libertades informativas. Medios de comunicación social como fuentes accesibles al público (artículo 3 de la LOPD)”, en *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales* dirigido por Antonio Troncoso Rejjada. Navarra, España: Thomson-Civitas, 2010.
- Cotino Hueso, Lorenzo. “Los derechos de la ciudadanía ante la administración electrónica en la legislación española”, *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías* nº 26, febrero del 2011, 19-45. Más extenso en: “El derecho a relacionarse electrónicamente con las administraciones y el estatuto del ciudadano e-administrado en la Ley 11/2007 y la normativa de desarrollo”, en *La Ley de administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11 del 22 de junio del 2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos* coordinado por Eduardo Gamero Casado y Julián Valero Torrijos. Navarra, España: Aranzadi, 3ª edición, 2010, 177-344.
- Cotino Hueso, Lorenzo. ed. *Libertad en internet. La red y las libertades de expresión e información*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- Cotino Hueso, Lorenzo. “Derechos del ciudadano administrado e igualdad ante la implantación de la Administración electrónica”. *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 68. (2004).
- Cotino Hueso, Lorenzo. “La administración y el gobierno electrónicos en los documentos institucionales básicos de la sociedad de la información”, en *Actas del XVII Congreso de Derecho e informática*. Madrid: Universidad de Comillas, U. Comillas-Instituto de Informática Jurídica, 2003, 257-289.
- Cotino Hueso, Lorenzo. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEC, 1995.
- Cremades, Javier y Rodríguez-Arana, Xaime, coords. *Comentarios a la Ley general de telecomunicaciones, La Ley 2004*. Navarra, España: Aranzadi, 2004.
- D’agostini, Franca. *Analíticos y continentales*. Madrid: Cátedra, 1997.



- Dabin, Jean. *Doctrina general del Estado: elementos de filosofía política*. México: UNAM, 2003.
- Declaración de Ginebra. Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información; Declaración de Principios de la Segunda Fase de esta Cumbre, celebrada en Túnez en noviembre del 2005, conocida como Compromiso de Túnez, que incluye un “Plan de Acción sobre la Sociedad de la Información”, 2003.
- Delpiazzo, Carlos. “Telecomunicaciones y administración” en *Gobierno, derecho y tecnología: las actividades de los poderes públicos* por Fernando Galindo, Madrid: Thomson Civitas, 2006.
- Devis Granados, Isaac Alfonso. *Aspectos constitucionales de las telecomunicaciones en Colombia - Análisis Doctrinal Jurisprudencias*. Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2005.
- Del Río Sánchez, Olga. 2009. “TIC, derechos humanos y desarrollo: nuevos escenarios de la comunicación social”. *Revista Análisis* 38, 55-69.
- 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. *Rights as Trumps. Theories of Rights*. New York: Oxford University Press, 1984.
- Eguiagaray Ucelay, Juan Manuel. *Las políticas socialdemócratas en un mundo globalizado. Estado de Bienestar y Socialdemocracia*. Madrid: Alianza, 2001.
- Escobar Roca, Guillermo, dir., *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*. Navarra, España: Thomson-Aranzadi, 2012.
- Feinberg, Joel. *Social Philosophy*. New Jersey: Prentice Hall, 1973.
- Fernández Teruelo, Javier Gustavo. “Las implicaciones penales de la LSSICE para los proveedores de servicios de internet” en *Libertades en Internet. La red y las libertades de expresión e información* por Lorenzo Cotino Hueso. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- Fioravanti, Mauricio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Trotta, 2003.
- Fuertes, Mercedes. *Neutralidad de la red, ¿realidad o utopía?* Madrid: Marcial Pons, 2014.
- Fumero, Antonio, Roca, Genís y Sáez Vacas, Fernando. *Web 2.0*. Madrid: Fundación Orange, 2007.
- Galindo, Jairo. 2009. “Ciudadanía digital”. *Signo y Pensamiento* 54 (2009), 164.
- Gamboa Benavides, Javier Humberto. *Derecho de las Telecomunicaciones*. Bogotá: Temis, 2008.
- Gamero, Eduardo. “Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la ley de administración electrónica: su posición en el sistema de fuente” en *La ley de Administración electrónica. Los principios de la Administración Electrónica*, Eduardo Gamero Casado & Julián Valero Torrijos, edits. Navarra, España: Aranzadi, 2008.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández Rodríguez, Tomás Ramón. *Curso de derecho administrativo*, Tomo II, 8 Ed. Madrid: Civitas, 2002.

## •Bibliografía•

- García Mexía, Pablo. *Derechos y libertades, Internet y TIC*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- García Rubio, Fernando. *Las nuevas tecnologías ante el derecho y la organización administrativa*. Madrid: INAP-MAP, 2003.
- Garrido Falla, Fernando. “El concepto de servicio público en el Derecho español”. *Revista de Administración pública*. ISSN 0034-7639, N° 135, (septiembre-diciembre 1994), 7-36.
- Garrido Mayol, Vicente. (dir.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana*. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013).
- GECTI. *Internet, comercio electrónico y telecomunicaciones*. Bogotá: Legis y Universidad de los Andes, 2002.
- Giménez Cervantes, José. 2011. Alcance de las potestades de intervención de la CMT en los contratos de acceso a la Red. Noticias de la Unión Europea 313, (Ejemplar dedicado a: El mercado de las telecomunicaciones), (julio): 47-61.
- Gomes Canotilho, Joaquim. “Tomemos en serio los derechos sociales y culturales”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 1 (septiembre 1988): 239-260.
- Gómez Sánchez, Yolanda. *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004.
- González Moreno, Beatriz. *El Estado social: naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*. Madrid: Civitas, 2002.
- 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*. Madrid: La Ley, 2011.
- González Pérez, Jesús. *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, 4 ed. Navarra, España: Thomson-Civitas, 2006.
- Grupo de protección de datos del artículo 29. Dictamen 1/2010. Comisión Europea. 16 de febrero del 2010. “Los conceptos de responsable y de encargado del tratamiento”. <http://ec.europa.eu>
- Guerriero, Gabriela Isabel. El seguro de responsabilidad civil de la ISP. Asociación Argentina de Alta Tecnología. [http://www.aadat.org/el\\_seguro16.htm](http://www.aadat.org/el_seguro16.htm) (consultado el primero de diciembre del 2014).
- Guichot Reina, Emilio. “La comunicación de datos personales en poder de la administración. Aspectos generales y especialidades derivadas de la comunicación por vía telemática” en *Administración Electrónica*, coordinado por Lorenzo Cotino Hueso y Julián Valero Torrijos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Guichot Reina, Emilio. *Datos personales y administración pública. Publicidad y privacidad de la información administrativa*. Navarra, España: Thomson Civitas, 2005.
- Griffin, James. “Derechos de bienestar”. *Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella* 1 (noviembre 1999), 1-16

- Haberle, Peter. *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.
- Hartmut, Maurer. *Derecho administrativo General*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- Henderson, Angus y otros. "WTO principles and telecommunications in developing nations: challenges and consequences of accession". *Telecommunications Policy*, Vol. 29 (agosto 2005): 221.
- Hilbert, Martin R. y Cairó, Osvaldo. *¿Quo vadis, tecnologías de la información y de las comunicaciones?* Bogotá: Cepal, 2009.
- Huigen Jos y Cave Martin. Regulation and promotion of investment in the next generation networks. An european dilemma. *Telecommunications policy* Vol 28, (diciembre 2008): 713-721.
- Internet World Stats. <http://www.internetworldstats.com/stats.htm>
- Japón. Gobierno de Japón. "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". *Act No. 137* of November 30, 2001.
- Lessig, Lawrence. *Code: And Other Laws of Cyberspace, Version 2.0*. New York: Basic Books, 2006.
- Lessig, Lawrence. *The Future of Ideas*, at 46-48, 155-76, 246-49 (2001).
- Lipszyc, Delia. "La responsabilidad de los proveedores de servicios de intermediación en línea". *Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación*, Año 11, N° 2. (febrero 2009), 3-22.
- Llinares, Javier. 2010. Las 10 claves para entender la colaboración en el Modelo Open Government en *Open government-information flow in web 2.0*. Cesar Calderón, Sebastián Lorenzo, Peter Parycek y Michael Sachs. *European Journal of General practice*.
- Loreto Corredoira, Alonso. "Lectura de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en el paradigma de la nueva Sociedad de la Información. Estudio específico del artículo 19", en *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Lorenzo Cotino Hueso. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- Malaret García, Elisenda. Los servicios informacionales: la emergencia de nuevos servicios públicos en la sociedad de la información y del conocimiento. *Revista Catalana de Dret Públic*, ISSN-e 1885-8252, ISSN 1885-5709, N° 35, 2007, 161-206.
- Martín Mateo, Ramón y Díez Sánchez, Juan José. *Manual de derecho administrativo*, 29 ed. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2012.
- Martínez Gutiérrez, Rubén. "Servicio público electrónico y responsabilidad". *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 155, (julio-septiembre 2012).

## •Bibliografía•

- Martínez, María Salvador “Sobre el contenido objetivo de los derechos fundamentales”, en *Derechos constitucionales y formas políticas. Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y Estado autonómico*, coordinado por Miguel Ángel Aparicio Barcelona: Cedec, 2001.
- Martínez Nadal, Apol-lonia. *Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación*. Madrid: Civitas, 1998.
- Martin-Retortillo Baquer, Luis. *Régimen constitucional de los derechos fundamentales. Derechos Fundamentales y Constitución*. Madrid: Civitas, 1988.
- Martínez Rave, Gilberto. *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*. 4 ed. Bogotá: Biblioteca jurídica Diké, 1988.
- Mendoza Losana, Ana Isabel. “Eficacia privada de la pena de destierro virtual ¿Están los proveedores de acceso a Internet obligados a negarse a contratar con los condenados por delitos cometidos por medio de la red? Página documentos noticias breves, marzo de 2013” <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/eficacia-privada-de-la-pena-de-destierro-virtual-estan-los-proveedores-de-acceso-a-internet-obligados-a-negarse-a-contratar-con-los-condenados-por-delitos-cometidos-a-traves-de-la-red.pdf>
- 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 Tecnologías de la Información y la Comunicación. *Decreto 2693 del 2012* “Por el cual se establecen los lineamientos generales de la Estrategia de Gobierno en línea de la República de Colombia, se reglamentan parcialmente las Leyes 1341 de 2009 y 1450 de 2011 y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: Mintic, 2012.
- Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. *Decreto 1074 del 2015*, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo”. Bogotá: Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, 2015.
- Ministerio de Tecnologías de la Información y la Comunicación. *Decreto 4948 del 2010* “Por el cual se reglamenta la habilitación general para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones y el registro de TIC”. Bogotá: Mintic, 2010.
- Ministerio de Tecnologías de la Información y la Comunicación. *Decreto 1972 del 2003* “Por el cual se establece el régimen unificado de contraprestaciones, por concepto de concesiones, autorizaciones, permisos y registros en materia de telecomunicaciones y los trámites para su liquidación, cobro, recaudo y pago”. Bogotá: Mintic, 2003.
- Ministerio de Tecnologías de la Información y la Comunicación, *Resolución 202 del 2010*, “Por la cual se expide el glosario de definiciones conforme a lo ordenado por el inciso segundo del artículo 6 de la Ley 1341 de 2009”. Bogotá: Mintic, 2010.
- Ministerio de Tecnologías de la Información y la Comunicación, *Resolución 588 del 2010* “Por la cual se determina el trámite para la aplicación de los incisos primero y tercero del artículo 69 de la Ley 1341 de 2009 Ministerio TIC”. Bogotá: Mintic, 2010.

- Moles Plaza, Ramón J. *Derecho y calidad. El régimen Jurídico de la normalización técnica*. Barcelona: Ariel, 2001.
- Molina Mateos, José María. Esquema Nacional de Seguridad en la Administración Electrónica. *Revista datospersonales.org*. núm. 46, (julio 2010).
- Montero Pascual, Juan José. *Derecho de las telecomunicaciones*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2007.
- Mossberger, Karen. *Digital citizenship the internet, society, and participation*. Boston: MIT Press Cambridge, 2008.
- Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos 17º período de sesiones Tema 3 de la agenda Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, 16 de mayo de 2011, A/HRC/17/27.
- Naciones Unidas-Comité DESC Observación General n.º 13. *El derecho a la educación* (artículo 13 del PIDESC). Doc. E/C.12/1999/10, del 8 de diciembre de 1999, n.º 46-47.
- Naciones Unidas. Directrices de Maastricht sobre violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales, n.º 7. Los derechos económicos, sociales y culturales, Manual de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Serie de Capacitación Profesional n.º 12, Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2004.
- Nader, Rachid. “Evolución jurídica de la responsabilidad extracontractual del estado en Colombia”. *Revista Advocatus*, Edición especial. No. 15 (agosto 2010.): 55-71.
- Noor, Huijboom y Tijs, Van Den Broek. “Open data: an international comparison of strategies”. *European Dynamics S. A.* (marzo-abril 2011) [https://joinup.ec.europa.eu/sites/default/files/76/a7/05/ePractice%20Journal-%20Vol.%2012-March\\_April%202011.pdf](https://joinup.ec.europa.eu/sites/default/files/76/a7/05/ePractice%20Journal-%20Vol.%2012-March_April%202011.pdf) (acceso diciembre 3, 2014).
- Nogueira López, Alba. “¿Reactivación económica o pretexto desregulador? Cambios en el control del acceso y ejercicio de actividades económicas y crisis”. Ponencia presentada en el VI Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo. Palma de Mallorca, 11 de febrero del 2011.
- Observatorio Nacional de las Telecomunicaciones y de La Sociedad de la Información. *Estudio sobre objetivos, estrategias y actuaciones nacionales e internacionales en materia de Gobierno abierto*. Madrid: Ontsi, 2013.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. Directriz. *Protección de la intimidad y de la circulación transfronteriza de datos personales*. París: OCDE, 1980.
- Organización Mundial del Comercio. “El acuerdo general sobre el comercio de servicios (AGCS): objetivos, alcance y disciplinas”. [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/serv\\_s/gatsqa\\_s.htm#3](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/gatsqa_s.htm#3) (consultada el 10 de septiembre del 2014)
- Ortega y Gasset, José. *Meditación de la técnica y otros ensayos sobre ciencia y tecnología*. Madrid: Alianza, 1982.

## •Bibliografía•

- Palma Fernández, José. Luis. 2002. “Telecomunicaciones y responsabilidad patrimonial en la doctrina del Consejo de Estado”. *Cuadernos de derecho judicial*, N°. 2, (enero 2002): 29-90 (Ejemplar dedicado a: Nuevas líneas doctrinales y jurisprudenciales sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración / Joaquín García Bernardo de Quirós (dir.).
- Parlamento Europeo y del Consejo. 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”.
- Parejo Alfonso, Luciano y Palomar Olmeda, Alberto. *Gestión de la publicidad contractual por medios electrónicos, informáticos y telemáticos*. Barcelona: La Jurídica S.L., 2009.
- Parra, Samuel y Campañilla, Jorge. “El procedimiento administrativo electrónico y la normatividad de protección de datos de carácter personal” en *Administración Electrónica. La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y los retos jurídicos*, coordinado por Lorenzo Cotino Hueso y Torrijos, Julián. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- Peces Barba Martínez, Gregorio. *Los derechos económicos, sociales y culturales: apuntes para su formación histórica. Historia de los derechos fundamentales*, Cap. XXVIII, Vol. II, Madrid: Dykinson, 2007.
- Peguera, Miguel. “La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet” en *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet* coordinado por José Ernesto Fernández, Fermín Morales Prats y Óscar Morales García. Navarra, España: Aranzadi, 2002.
- Perdomo Castaño, Carlos. *Derechos fundamentales a medias e integralidad de derechos*. Bogotá: Defensoría del Pueblo, 2011.
- Pintore, Ana. *Los derechos insaciables en los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.
- Piñar Mañas, José Luis. “Responsabilidad de la administración pública por información publicada en internet”. *Aranzadi social*, número 17, (abril 2008).
- Piñar Mañas, José Luis. “Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por difusión de contenidos propios en Internet”, en *VV.AA. Responsabilidad de los proveedores de información en Internet*. Granada: Comares, 2007.
- Piñar Mañas, José Luis. “Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en la prestación de servicios de intermediación”, en *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento* por Santiago Cavanillas Mugica. Granada: Comares, 2005.
- Presidencia de la República de Colombia. *Decreto 2573 del 2014*, “Por el cual se establecen los lineamientos generales de la Estrategia de Gobierno en línea, se reglamenta parcialmente la Ley 1341 de 2009 y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: *Diario Oficial* 49363 de diciembre 12 de 2014.
- Prieto Sanchís, Luis. *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Debate, 1990.

- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. *Notas prácticas: el acceso a la información*. Oslo: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2003.
- Quadra-Salcedo y Fernández del Castillo, Tomás y Vida Fernández, José. *Telecomunicaciones*. Madrid, España: Portal Derecho, 2009.
- Quintanilla Navarro, Ignacio. “El cambio tecnológico: cuatro apuntes desde la filosofía”. *Revista Empresa y Humanismo* Vol. IX, 1/06. 2006.
- Ramos Ramos, Leonor. *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*. Madrid: Reus, 2008.
- Ramón Fernández, Francisca. (coord.), *La influencia del Derecho valenciano en las disciplinas tecnológicas*. Valencia: Universidad Politécnica de Valencia-Tirant o Blanch: 2009.
- Rebollo Puig, Manuel. Sobre la reforma del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración. *Estudios para la reforma de la administración pública / Fernando Sáinz Moreno (dir.)*, ISBN 84-7088-742-4, págs.215-244, 2004.
- Remolina Angarita, Nelson. *Tratamiento de datos personales, aproximación internacional y comentarios a la ley 1581 de 2012*. Bogotá D.C.: Legis, 2013.
- Reporteros Sin Fronteras. *Enemigos de Internet 2015* <http://www.rsf-es.org/grandes-citas/dia-contra-censura-en-internet/>
- Rincón, Erick y Devis Granados, Isaac Alfonso. *Derecho de los usuarios de las telecomunicaciones*. Bogotá: Editorial Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2008.
- Rincón, Jarvey y Naranjo, Victoria. *Delito informático electrónico de las telecomunicaciones y de los derechos de autor*. Bogotá: Grupo editorial Ibáñez, 2012.
- Robles Morales, José Manuel. *La ciudadanía digital: una introducción a un nuevo concepto de ciudadano*. Barcelona: UOC, 2011.
- Rodríguez, Libardo. *Derecho administrativo. General y colombiano*. 17 ed. Bogotá: Temis, 2011.
- Rodríguez García, Luis Fernando. “Políticas de la Federal Communications Commission en materia de neutralidad de la red”, en *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías* editado por Lorenzo Cotino Hueso. Valencia: Publicaciones de la Universidad de Valencia, 2011.
- Rorty, Richard. *Derechos humanos, racionalidad y sentimentalidad. De los Derechos Humanos*. Madrid: Trotta, 1998.
- Rorty, Richard. *El pragmatismo, una versión*. Barcelona: Ariel, 2000.
- Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo general*, Tomo II. Madrid: Iustel, 2009.
- Sánchez Blanco, Ángel. “Administración Local y Sistema Administrativo, la Interrelación procedimental y telemática de registro, archivo y secretaría”. *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica* (marzo 2006).

## •Bibliografía•

- Sánchez, Marco. *Eficacia y validez del acto administrativo electrónico. Los medios electrónicos como instrumento al servicio de la Administración Pública - Una perspectiva en el derecho comparado Colombia y España*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2014.
- Sommermann, Karl-Peter. “La exigencia de una administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de Derecho”, en *Derecho administrativo de la información y administración transparente*. Ricardo García Macho, editor. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- Schneider, Hans. Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional democrático. *Revista de Estudios políticos* 7 (enero-febrero 1979), 7-35
- Sen, Amartya. *Desarrollo y libertad*. Barcelona: Planeta, 2000.
- Sha, Perikan. *La sociedad de la información como sociedad post-industrial*. Tokio: Institute for the Information Society, 1980.
- Sha, Perikan. *Una introducción a la sociedad de la información*. Tokio: Tecnos, 1968.
- 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, No. 19 (septiembre 2012), 259-282.
- Souvirón Morenilla, José María. “La regulación de las telecomunicaciones y la administración”. *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, No. 303 (enero-abril 2007), 9-64.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Investigación No. 13-211943. Resolución No. 36901 del 30 de mayo del 2014.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Investigación No. 13-249768.
- Thomas Marsden, Christopher. “Neutralidad de la Red: historia, regulación y futuro”, 24-43 y Joan Barata, “El concepto de net neutrality y la tensión entre regulación pública y autorregulación privada de las redes”, 44-52, ambos en *IDP: revista de internet, derecho y política* n° 13, 2012 (Ejemplar dedicado al VII Congreso Internacional internet, Derecho y Política. Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de internet).
- Torres Ávila, Jheison. *El mandato del Estado social de derecho en la Constitución colombiana: los derechos sociales y el mínimo vital*. Bogotá: USTA, 2013.
- Truyol y Serra, Antonio. *Historia de la filosofía del derecho y del Estado. Del Renacimiento a Kant*. Tomo 2. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1995.
- Tushnet, Mark. “An Essay On Rights”. *Texas Law Review*, volume 62, number 8 (mayo 1984), 1363-1403.
- Villán Durán, Carlos. *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*. Madrid: Trotta, 1995.



- Waldron, James. *Rights and Needs: The Myth of Disjunction Legal Rights, Historical and Philosophical Perspectives*. Ann Arbor: Universidad de Michigan, 1996.
- Unesco. *Les droits de l'homme a communiquer de Jean D'Arc*. Ginebra: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 1978.
- United States. *Digital Millenium Copyright Act*. Public Law 105-304-Oct. 28, 1998.
- Valero Torrijos, Julián. *Responsabilidad de la administración pública por información pública en Internet*. Comentario a la STSJ de Canarias de 25 de enero de 2007 (AS 2007, 1961), ISSN 1131-5369, N° 5, 2007, 1224-1226, 2007.
- Valero Torrijos, Julián. *Régimen Jurídico de la e-administración*. Granada: Comares, 2004.
- Villoria Mendieta, Manuel. "El gobierno abierto como subsistema de políticas: una evaluación desde el institucionalismo discursivo" en *La promesa del gobierno abierto* coordinado por Andrés Hofmann, Álvaro Ramírez Alujas y José Antonio Bojórquez Pereznieto. México: Itaip e Infodf, 2012.
- Wells Branscomb, Ann. "Who owns information? From Privacy to Public Access". *Harvard Journal of Law & Technology* (octubre-diciembre 1994).
- Wu, Tim. Network Neutrality, Broadband Discrimination, 2 J. *On Telecomm. & High Tech*. L. 141, 145-46, 165-68 (2003).
- Zataráin del Valle, Reyes. *Recepción jurídica de la administración electrónica en España. Estrategias para su desarrollo, en la administración electrónica y procedimiento administrativo*. Madrid: Ministerio de Economía, 2004.



**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 domun

Bogotá, D. C., Colombia

LA RESPONSABILIDAD DEL  
ESTADO POR LA UTILIZACIÓN  
DE LAS TECNOLOGÍAS DE  
LA INFORMACIÓN  
Y LA COMUNICACIÓN (TIC)

6

El presente libro fue elaborado por el grupo de investigación en Derecho Público y TIC, G-TICCY de la Universidad Católica de Colombia, como resultado del proyecto de investigación sobre la responsabilidad del Estado por la utilización de las administraciones públicas de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación – TIC, atendiendo especialmente la promoción y respeto de los derechos fundamentales en general, la protección de los datos, las actuaciones administrativas respecto de los proveedores de servicios de telecomunicaciones, y la generación y difusión de contenidos en internet a través del gobierno en línea.

Se ha pretendido en este libro, no solo plantear una serie de problemas todos ligados a la responsabilidad del Estado, sino analizar que estos explican diversos niveles de esta responsabilidad, difusa cuando el modelo de aplicación se refiere a asuntos típicos de marcos regulatorios generales y concreta cuando hace referencia directamente a derechos fundamentales.

