

**Tensiones entre el acceso a la información pública y la protección de datos personales
en la contratación pública con persona natural**

Carlos Andrés Peña Moreno

**Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de Magíster en
Derecho Contractual Público y Privado**

Director

German Lozano Villegas

Doctor en Derecho

Universidad Santo Tomás

Facultad de Derecho

Maestría Derecho Contractual Público y Privado

Bogotá D.C., Colombia

16 de agosto de 2018

Contenido**Pág.**

Introducción	9
1. Tensiones entre el acceso a la información pública y la protección de datos personales en la contratación pública con persona natural.....	11
1.1 La protección de datos personales y el acceso a la información pública.....	11
1.1.1 Aproximación histórica de la protección de datos personales	11
1.1.2 La protección de datos personales	15
1.1.3 El Habeas data en su desarrollo jurisprudencial	18
1.1.4 Acceso a la información pública.....	24
1.2 Frontera invisible: acceso a la información pública y protección de datos personales	30
1.2.1 Acceso a la información pública: entre divulgar o resguardar	32
1.2.2 Principio de máxima publicidad para el titular universal	33
1.2.3 El principio de divulgación proactiva de la información.....	35
1.2.4 Principio de transparencia.....	36
1.2.5 Principio de facilitación	39
1.3 Algunos principios de la protección de datos personales: en correlación con el acceso a la información pública	39
1.3.1 Principio de confidencialidad	39

1.3.2 Principio de acceso y circulación restringida.....	41
1.3.3 Tensiones de la protección de datos personales y el acceso a la información pública pasiva	44
1.4 Conclusiones.....	47
Referencias bibliográficas.....	52
Introducción	63
2. Lineamientos para liberar tensión entre el acceso a la información pública y la protección de datos personales del contratista persona natural	68
2.1 La contratación estatal y su modalidad de contratación directa con persona natural	68
2.1.1 Aspectos relevantes en la evolución de las normas de contratación estatal	69
2.1.2 De las generalidades frente a las etapas de la contratación en la modalidad de prestación de servicios con persona natural	76
2.1.3 Algunas herramientas tecnológicas al servicio de la contratación estatal	80
2.1.4 De las principales herramientas tics para titulares que prestan servicios al Estado.....	83
2.2 Del tratamiento de información personal e íntima del contratista	88
2.3 Una mirada internacional sobre el tratamiento de datos de contratistas	94
2.4 Alternativas para liberal la tensión en materia de datos personales del contratista en Colombia.....	100
2.5 Conclusión	105
Referencias bibliográficas.....	110

Lista de ilustraciones

Pág.

Ilustración 1. Tendencia de al principio de máxima divulgación. **¡Error! Marcador no definido.**

Ilustración 2. Información pública e información clasificada y reservada de las ramas del poder público en Colombia 66

Ilustración 3. Componentes gobierno en línea 81

Resumen

El presente artículo es producto de una investigación jurídica con alcance analítico que busca estudiar el desarrollo del derecho a la protección de datos y el acceso a la información pública en el marco de la transparencia en la contratación pública, en forma de prestación de servicios con una persona natural. La investigación se centró en las siguientes fuentes de información: a. Las normas legales b. La jurisprudencia c. La doctrina legal d. Doctrina extranjera y e. Legislación extranjera. La metodología de la investigación es jurídica con enfoque cualitativo la cual se desarrolla a través de la caracterización del acceso a la información pública y la protección de datos en Colombia. Posteriormente se identifican los escenarios de tensión de las normas de protección de datos personales y el acceso a la información pública, para finalmente resaltar las tensiones generadas en la práctica jurídica en los procesos de contratación estatal en forma de prestación de servicios con personas naturales.

Para estos efectos, se inicia el análisis desde la Constitución Política de 1991, que desarrolla el derecho a la información desde dos aristas, como el derecho a la protección de los datos personales y como el de acceso a la información pública; derechos que despliegan el deber del Estado colombiano de garantizar la privacidad en materia de datos personales y permitir transparentar la información pública.

Con la expedición en Colombia de la Ley 1712 de 2014, conocida como la Ley de Transparencia, se desatan retos para la administración frente a las garantías legales y constitucionales que les permitan cristalizar su actuación, deber que desde luego no fue ajeno a la contratación estatal y que, para la presente investigación, incide en la modalidad de prestación de servicios con persona

natural, toda vez que se identifican diversas tensiones al interior del ordenamiento jurídico colombiano; pues, por una parte se tiene que proteger la información personal de los contratistas que prestan servicios al Estado, y, por la otra, se debe garantizar el acceso a la información pública a los administrados que realizan control. Bajo esta premisa se evidencia la necesidad de responder a la pregunta:

¿Cómo se desarrolla el derecho al acceso a la información pública y la protección de datos personales en el marco de la transparencia en la contratación estatal; bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios con persona natural en Colombia? Responder esta pregunta tiene como resultado la existencia de tensiones entre el derecho al acceso a la información pública y la protección de datos personales, que se desarrollará a lo largo del presente artículo y los lineamientos para superar las mismas.

Palabras clave: acceso a la información pública, dato personal, información, transparencia, *habeas data*, intimidad, privacidad, persona natural, contratista, datos abiertos, datos privados, Estado.

Abstract

This article is the product of a legal investigation that seeks to analyze the development of the right to data protection and access to public information within the framework of transparency in government procurement, in the form of service provision with a natural person. The investigation focused on the following sources of information: a. The legal norms b. The jurisprudence. c. The legal doctrine. d. Foreign doctrine and e. Foreign legislation. The research is developed through the characterization of access to public information and data protection in Colombia. Subsequently the research identifies the tension scenarios of personal data protection rules and access to public information, to finally highlight the tensions generated in the legal practice in the state contracting processes in the form of service provision with natural person.

For these purposes, the analysis begins from the Political Constitution of 1991, which develops the right to information from two edges; as the right to the protection of personal data and as the right to access public information. The aforementioned rights deploy the duty of the Colombian State to guarantee privacy in the area of personal data and to make public information transparent. With the issuance in Colombia of Law 1712 of 2014 known as the Transparency Law, challenges for the administration are unleashed against the legal and constitutional guarantees that allow them to crystallize their actions, a duty that of course was not alien to government contracting and that for the present investigation affect the modality of rendering services with a natural person. Since different tensions are identified within the Colombian legal system, because on the one hand the personal information of the contractors that provide services to the state must be protected and on

the other hand, access to public information must be guaranteed to those administrated who perform control. Under this premise there is evidence of the need to answer the question:

How the right to access public information and the protection of personal data is developed under the modality of contract for the provision of services with a natural person in Colombia within the framework of transparency in government procurement?

For the response, this article will develop the existence of tensions between the right to access public information and the protection of personal data and establish guidelines to overcome them.

Key Words: Access to public information, personal data, information, transparency, habeas data, privacy, natural person, contractor, open data, private data, state.

Introducción

Los avances de las tecnologías de la información y la comunicación han gestado cambios en los modelos económicos y jurídicos, pues hoy se ve cómo los estados se valen de las ventajas del internet como impronta de celeridad dentro de la actividad administrativa. Hoy en día las plataformas electrónicas disponibles, tienen un carácter abierto y descentralizado, la información que reposa en la web puede ser consultada por cualquier persona con acceso a la red remota o fija. Esto ha implicado para el Estado la necesidad de adaptar sus actividades a los nuevos esquemas tecnológicos, promulgando leyes que no solo propendan por el acceso y uso de la información pública, sino también por la protección de datos personales. De esta manera, se busca garantizar los principios de publicidad, transparencia, eficacia, así como el consecuente control ciudadano, sin desconocer los derechos derivados de la protección de los datos personales, la intimidad personal y familiar.

El derecho a la protección de datos personales y el derecho al acceso a la información pública, son en conjunto la esencia de la teoría jurídica constitucional propia de la información, y se convierten en la cumbre máxima de la idea de problematización del presente trabajo de investigación.

Desde el texto constitucional emitido en el territorio colombiano en el año de 1991, estos derechos fueron incluidos y salvaguardados con la protección y cuidado del aparato estatal. En la perspectiva internacional, la declaración conjunta de la OCDE, la OEA y la ONU del 6 de diciembre de 2004 afirmó que el derecho de acceso a la información en poder de las autoridades es un derecho humano fundamental que debería aplicarse a nivel nacional basada en el principio

de máxima divulgación. En este se establece la presunción de que toda información es accesible sujeta solamente a un sistema restringido de excepciones. Sin embargo el marco jurídico de la contratación estatal se ha desarrollado en Colombia de manera paralela y desarticulada con la regulación sobre el derecho a la protección de datos personales y el derecho a la información pública, lo que ha generado tensión entre las normas que desarrollan el derecho a la protección de datos, la privacidad e intimidad del contratista en el completo cumplimiento de las diferentes obligaciones jurídicas en cada una de las etapas de la contratación pública (planeación, ejecución y liquidación de los contratos) que existen.

En la cosa pública se requiere luz que nos permita ejercer el control ciudadano, exigir la garantía de los derechos, vigilar los dineros públicos, monitorear el funcionamiento estatal y en general facilitar la participación en las decisiones que nos afectan; la vida privada, en cambio, amerita sombras para un florecimiento de la autonomía, la auto determinación y la libertad. (Uprimny, 2006).

Es así como surge la necesidad de responder la siguiente pregunta de investigación: *¿Cómo se desarrolla el derecho al acceso a la información pública y la protección de datos personales en el marco de la transparencia en la contratación estatal; bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios con persona natural en Colombia?* Para resolver el planteamiento del problema se da origen al presente artículo el cual se aproxima a la tensión de los derechos en comento para en un segundo producto de investigación verificar en el marco de la contratación estatal los lineamientos para liberar las tensiones entre el acceso a la información pública y la privacidad del contratista en el Estado Social de Derecho.

1. Tensiones entre el acceso a la información pública y la protección de datos personales en la contratación pública con persona natural

1.1 La protección de datos personales y el acceso a la información pública

1.1.1 Aproximación histórica de la protección de datos personales

El hombre en sí mismo, como sujeto de derechos y obligaciones, es único desde la perspectiva que se desee mirar, y por ello se hace indispensable el requerimiento de información detallada, unipersonal y clara sobre cada sujeto y así hacerlo identificable.

Las diversas sociedades que han ido desarrollándose a lo largo de los siglos, vieron la necesidad de establecer caracteres específicos sobre cada ser humano, produciéndose con ello la aparición de figuras jurídicas como el nombre, la edad, el sexo, entre otras. Cada uno de estos datos es producto de una tarea personal y familiar que concluye con la fijación de características de cada ser humano, algunas son innatas desde el nacimiento, como por ejemplo el sexo, y otras son de posterior aparición como el nombre. Este conjunto abstracto de información hace parte de una esfera personal de cada ser humano, motivo que dio paso a la introspección de la ciencia jurídica en este escenario.

Además, no solamente la ciencia del derecho tomó partida en este asunto, sino que además se apoyó en construcciones teóricas de otras disciplinas y se consolidó de esta manera un nuevo campo del saber con implicaciones en diferentes espacios. Fue así como la privacidad paso a tener una posición privilegiada en todas las legislaciones del mundo sentándose como una de las columnas vertebrales de la protección de datos. Sería erróneo considerar que la privacidad es una

concepción de la modernidad, pues es evidente que en importantes civilizaciones del mundo antiguo fue un factor de valoración único que otorgaba estatus a quien lo poseía.

Un breve ejemplo de lo descrito era la treta que se presentaba en el Imperio Romano respecto a la diferenciación de la información personal que debía ser pública y la que por su carácter tenía que estar reservada a la intimidad de cada ciudadano romano: la figura de la intimidad en este periodo histórico se ubicó en un contexto más filosófico y espiritual que jurídico. La intimidad reverenciaba a la soledad de la cual podía hacer uso cualquier persona que necesitara hacer un examen interior de sus actuaciones. Sin embargo, la ley romana fijaba criterios para la diferenciación de lo que tenía la potestad de público y lo que era netamente privado, en especial lo que concernía a la privacidad del domicilio y la correspondencia.

En cuanto, a las manifestaciones jurídicas de la intimidad, debe precisarse, antes que nada, que la diferencia entre “dominium” e “imperium” era una de las características de la sociedad política romana y que la distinción entre derecho privado y derecho público era familiar a los jurisconsultos del Imperio. Más concretamente, parece existir en derecho romano una protección a la correspondencia y al domicilio. (Ruiz, 1922, p. 22).

Sin embargo, aproximadamente hasta 1890, el derecho a la intimidad comenzó a tener unos aspectos definidos en la ley, la jurisprudencia y a la doctrina. El Estado pionero en este tema fue los Estados Unidos de Norteamérica y el presunto primer caso tanto judicial como doctrinal que existe sobre la protección de datos personales, además de la intimidad personal, es conocido con el nombre *Warren-Brandeis*.

El caso que sirvió de marco de referencia para el surgimiento de la discusión doctrinal sobre el derecho a la intimidad viró sobre la vida privada de un hombre común de los Estados Unidos de Norteamérica, Samuel Dennis Warren, quien había contraído nupcias con la hija de un famoso

senador de la Nación; Warren llevaba una vida personal fuerte en lo que tenía que ver con su sexualidad y el tratamiento violento que realizaba a su familia, por lo que se convirtió en el blanco perfecto para la prensa sensacionalista. A partir de ahí, se publicaron diferentes artículos sobre la privacidad de Warren, que lo terminaron sumiendo en una evaluación personal sobre la violación de derechos de la cual estaba siendo víctima.

Después de hacer un estudio minucioso del texto constitucional americano, el reconocido jurista Samuel Warren enfatizó en ponderar la privacidad como un rasgo identificable de la dignidad humana y la encerraba como un círculo privado de cada persona en el cual no puede intervenir ningún actor, a menos que el propietario de la información así lo desee.

Warren y Brandeis se pronuncian por asegurar cómo, a partir del derecho general de la personalidad, nace el derecho a ser dejado solo o *privacy*; manifiestan así la necesidad de conceptualizar un principio que pueda ser invocado para proteger la vida privada del individuo frente a su invasión por modernos mecanismos de interceptación o grabación que amenazan con la difusión indiscriminada de información privada, y es ésta una de las principales contribuciones de este artículo al desarrollo de los derechos fundamentales. (Clímaco, 2012, p. 17)

Con este referente, tanto doctrinal como jurisprudencial, comenzó un arduo trasegar en el tema de protección y reivindicación de derechos fundamentales. Es así como el derecho a la protección de datos personales y la intimidad fueron considerados como aliados inseparables en el restablecimiento de la dignidad humana.

La doctrina europea se interesó de forma permanente en la protección de datos y tomó la batuta de su investigación, convirtiéndose en el gran precursor de las fuentes objeto de análisis de esta investigación. El antecedente más relevante en todo caso se suscita con la violación de derechos humanos que se presenta por el uso indebido de los datos personales del censo de la población.

Muestra de ello es lo sucedido en el holocausto Nazi cuando Hitler contrató las maquinas Hollerith las cuales permitían el procesamiento de los datos con impresionante velocidad para identificar, clasificar y cuantificar la información de la población censada con motivos religiosos y raciales y que permitieron organizar el Reich con el censo poblacional pues “*los resultados salieron con velocidad casi mágica. En poco más de 48 horas todos los formularios habían sido procesados con el fin de separar a los judíos de los arios*” (Black, 2001, pág. 237)

Acto seguido en el año de 1941 justo antes del ataque de Pearl Harbor, el gobierno norteamericano emplea el censo poblacional para ubicar a los ciudadanos descendientes de japoneses nacidos y no nacido en los Estados Unidos de Norte América, realizando una vez más una vulneración al principio de libertad, tratando los datos personales para fines no autorizados.

Tras los antecedentes descritos, Europa prioriza la protección de la información personal en su agenda legislativa y hoy en día es el referente legal de Iberoamérica. Sobre lo afirmado es claro el profesor Velasco cuando caracteriza lo siguiente:

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, buscando con base en estos ordenamientos jurídicos, proteger a los ciudadanos europeos al momento en que proporcionen información personal a empresas, filiales, sitios y organismos gubernamentales y no gubernamentales en línea que se encuentren físicamente localizados dentro del continente europeo o que tengan sus servidores fuera de países miembros de la Unión Europea. (Velasco San Martin, 2003)

Es pertinente conmemorar la Resolución 509 de 1968 del Consejo Europeo y la Resolución 3384 de 1975 de las Naciones Unidas como precedente que destaca la importancia de las tecnologías y la advertencia frente a los riesgos de la privacidad. Asimismo, las directrices de la OCDE de 1980 y el posterior Convenio 108 de 1981 de la Unión Europea, cuya finalidad es garantizar la vida privada en el tratamiento de la información personal.

Centrándose en el tema que es motivo de estudio, la protección de datos personales en Colombia es el resultado de la observancia de casos de éxito de manejo de estos a lo largo y ancho del mundo; tomando objetos de las teorías y legislaciones adoptadas en Europa y el concepto de autodeterminación informática del fallo del Tribunal Alemán de 1983. La Constitución Política de Colombia de 1991 tiene como antecedente el anterior texto constitucional de 1886 que regía en Colombia en el que se realizaba una leve indicación a la privacidad desde el derecho a la honra así:

Artículo 19.- Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, **honra** y bienes, y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales, previniendo y castigando los delitos. (Constitución Política de Colombia de 1886, artículo 19)

Artículo 42.- La prensa es libre en tiempo de paz; pero responsable, con arreglo a las leyes, cuando atente a la **honra** de las personas, al orden social o a la tranquilidad pública. Ninguna empresa editorial de periódicos podrá, sin permiso del Gobierno, recibir subvención de otros Gobiernos ni de compañías extranjeras. (Constitución Política de Colombia de 1886, artículo 42)

De lo citado es claro cómo la intimidad y el *habeas data* no eran tenidas en cuenta en Colombia desde la norma suprema. Sin embargo, con la Constitución Política de 1991 se previó la intimidad y la protección de la información personal como derecho fundamental.

1.1.2 La protección de datos personales

Aunque en algún momento se utilice indistintamente, privacidad y protección de datos personales no son lo mismo. El término privacidad es un concepto amplio que no tiene una definición concreta debiendo considerar que, como se indica en el informe de la Casa Blanca, abarca no solo el famoso derecho a ser dejado en paz, o mantener los asunto o relaciones personales en secreto, si no también la posibilidad de compartir la información de forma selectiva pero no pública. (Universidad de los Andes, 2017)

Es vital dejar claro que la protección de datos se encuentra dentro de la idea de personalidad y por ello se deriva en la protección de datos personales, debido a que hace alusión a la información que determina y hace identificable a las personas; información que puede ser transmisible y tratable en diversos escenarios mecánicos o automatizados.

Por una parte, el término de protección de datos o *habeas data*, hace referencia, en el caso colombiano, a un derecho fundamental enfocado en la información y tratamiento, buscando resguardar la esfera de libertad y privacidad. Lo preliminar se traduce, en una noción básica de protección de datos como una garantía constitucional y legal orientada a la salvaguardia de los datos asociados al ser humano que colateralmente afectan la privacidad personal, familiar, laboral, sexual, racial, etc.; y de forma conexas las implicaciones en que esto se deriva.

Al respecto, es importante traer a colación lo referido por el profesor Nelson Remolina Angarita, el cual ha precisado que:

El dato personal es información sobre las personas independientemente del medio que se utilice para captarla, almacenarla, manejarla, usarla, registrarla o comunicarla. Estos datos pueden hacer referencia a diversos aspectos de la misma como su entorno familiar, sus transacciones financieras, la salud, la solvencia económica, las creencias religiosas, los procesos y condenas criminales, el origen racial y étnico, la profesión, los títulos y grados académicos, el comportamiento sexual, los hobbies, el salario e ideas políticas, entre otros. (Remolina, 2015, p.68)

En Colombia la autodeterminación ha sido definida como “interdicto, acción u orden para actualizar, rectificar o destruir, si son falsos o afectan negativamente el derecho fundamental a la intimidad, datos de personas que consten de registros, archivos o bancos de datos, tanto públicos o privados. (Camargo, Mayo de 2013, pág. 73)

Frente al concepto de Protección de datos, se ha manifestado que el mismo puede dar lugar a una percepción equivocada sobre el contenido y objeto de la regulación legal, ya que podríamos entender que lo que se pretende proteger son los datos en sí, la información, cuando la realidad es bien distinta pues lo que se pretende proteger es al sujeto titular de esos datos y no a los propios datos. (Verdaguer López y Bergas Jané, 2012).

La información personal que exista sobre determinado sujeto no puede custodiarse bajo un velo de privacidad absoluta que impida su tránsito entre otros sujetos; los cuales en la mayoría de las ocasiones cuentan con razones legítimas y suficientes para ser conocedores de los datos que existen sobre determinado ser humano. Se deriva de esto que la protección más que abarcar un espacio impenetrable de la personalidad, propende por una circulación adecuada de información regida por parámetros de pertinencia y eficacia y con plena garantía de los derechos reconocidos a las personas frente a su uso de la información personal, máxime cuando en ejercicio del principio de la libertad el titular de la información autoriza, conoce y ejerce sus derechos para la circulación uso y almacenamiento de sus datos personales.

Lo indicado tiene su justificación en la Constitución Política de 1991, la cual en su artículo 15 establece:

[...]Todas las personas tienen derecho a su **intimidad personal y familiar y a su buen nombre**, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen **derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas** y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución [...] (Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 15).

Entorno a esta categorización constitucional de la intimidad personal y familiar y la protección de datos, se desprende la idea de que la salvaguarda de la información se desenvuelve en un círculo

amplio y abarca aspectos que en algún momento fueron desconocidos y que hoy han tenido relevancia en la vida común de las personas, tales como información financiera, sexual, económica, académica, familiar, social, personal, educativa. A lo que al *habeas data* refiere, se le otorgó también un carácter de acción a la que puede acudir cualquier persona que sobre sus datos requiera que sean actualizados, rectificados, conocidos e incluso cancelados. Esta acción constitucional es la forma expedita para hacer posible la protección de datos personales y para lograr que el artículo 15 constitucional no pierda su norte en la búsqueda de la existencia de un Estado social de derecho, ajustado a los presupuestos de la contemporaneidad.

1.1.3 El Habeas data en su desarrollo jurisprudencial

En los albores de la Corte Constitucional el tema de protección de datos personales era un tema desconocido y de reciente inclusión dentro de la normatividad suprema que direccionaba el país, puesto que se acaba de crear el artículo 15 constitucional y de la misma forma la Corte Constitucional hacia su aparición dentro de la escena social del país. De ahí, que en los primeros años de este organismo se efectuaron resoluciones de conflictos sobre la protección al buen nombre y a la honra por vulneraciones que en su mayoría eran producto de publicaciones periodísticas hechas a la ligera y sin la rigurosidad técnica que requiere una ciencia como estas.

Por ello, el buen nombre ocupó un primer plano en protección por intermedio de la Corte Constitucional y se brindaron directrices orientadoras sobre el mismo, llegándose a conjugar varios derechos alrededor de este, como lo son la reputación, la honra, la dignidad humana, la libertad, entre otros. En definitiva, el artículo 15 de la Constitución tuvo una visión acorde a las exigencias de finales del siglo XX y la entrada progresiva de tecnologías y sistemas de información y comunicación.

La Sentencia T-412 de 1992 resaltó la afinidad entre los derechos contenidos en el artículo en estudio así:

El artículo 15 de la Constitución relativo al derecho a la intimidad, contiene una zona de reserva para la propia persona, de la que quedan excluidos los demás, a menos que la persona protegida decida voluntariamente compartir dicho ámbito. Contiene dicho artículo, entre otros, los derechos a la intimidad personal y familiar, al buen nombre, al habeas data y a la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación privada. Todos estos derechos están unidos por su finalidad, cual es la de aislar a la persona de las injerencias de terceros, así como proteger su imagen.

Bajo esta bandera, en principio, el máximo órgano constitucional consideró que el habeas data era una garantía del derecho a la intimidad, de allí que se hablara de la protección de los datos que pertenecen a la vida privada y familiar, entendida como la esfera individual impenetrable, en la que cada cual puede realizar su proyecto de vida y en la que ni el Estado ni otros particulares pueden interferir. (En adelante, entiéndanse resaltadas todas las citas en el texto). (Colombia, Corte Constitucional, 1992, 17 de junio)

Seguidamente, tal como lo recuerda la Sentencia T-729 de 2002

[...] surgió al interior de la Corte una segunda línea interpretativa que consideraba el habeas data una manifestación del libre desarrollo de la personalidad. Según esta línea, el habeas data tiene su fundamento último “(...) *en el ámbito de autodeterminación y libertad que el ordenamiento jurídico reconoce al sujeto como condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad y en homenaje justiciero a su dignidad*” (Colombia, Corte Constitucional, 2002, 05 de septiembre)

Finalmente, con la sentencia de unificación de la Corte Constitucional se consideró que “*el derecho al Habeas Data es entendido como un derecho autónomo compuesto por la autodeterminación informática y la libertad.*” (Colombia, Corte Constitucional, 1997, 10 de Julio, 1997)

Sin embargo, hasta el año 2002 el máximo órgano de la Justicia reunió unos criterios más específicos de la protección de datos personales desde una definición concreta y autónoma.

La Sentencia T-729 de 2002 producto de una revisión de acción de tutela que buscaba la protección de los postulados del artículo 15 de la Constitución Política que se estaban vulnerando por parte del Departamento Administrativo de Catastro del Distrito Capital, al crear una base de datos informática que posibilitaba a cualquier ciudadano tener información sobre cualquier predio, únicamente con el número de identificación del titular del derecho de dominio. En esta oportunidad, consideró la corporación, que la entidad estatal accionada sí estaba efectuando una afectación de derechos fundamentales con la creación de dicha base de datos y la posibilidad de ser consultada por cualquier persona que así lo deseara. En esta sentencia se logra vislumbrar con claridad vestigios de las tensiones de lo que sería hoy la ley de transparencia con la ley de protección de datos personales. Fue este el sustento y además llamado de atención que dio pie a la promulgación de la Ley 1266 de 2008. Como aporte de dicha sentencia se definieron conceptos básicos del dato personal, como:

- i) Estar referido a aspectos exclusivos y propios de una persona natural,
- ii) Permitir identificar a la persona, en mayor o menor medida, gracias a la visión de conjunto que se logre con el mismo y con otros datos;
- iii) Su propiedad reside exclusivamente en el titular del mismo, situación que no se altera por su obtención por parte de un tercero de manera lícita o ilícita
- iv) Su tratamiento está sometido a reglas especiales (principios) en lo relativo a su captación, administración y divulgación.

Años más tarde se da la promulgación de la Ley 1266 de 2008, la cual señala “*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.”

Con la expedición de la Ley 1581 de 2012 y el Decreto reglamentario 1377 de 2013 se establecen los deberes y derechos frente al tratamiento de información personal de forma general, *“indicando cómo deben comprenderse los datos personales, la clasificación de los mismos y las formas en que la información puede ser accesible”*.

Sobre el asunto vale la pena revisar la sentencia de tutela T-828 de 2014 en la que se formulan criterios sobre las categorías de información, así:

De acuerdo con el titular de la información:

1. Información personal: Cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables;

2. Información impersonal.

Desde un punto de vista cualitativo, en función de su publicidad y la posibilidad legal de acceder a la misma:

1. Información pública: es aquella que, según los mandatos de la ley o de la Constitución, puede ser obtenida y ofrecida sin reserva alguna y sin importar si se trata de información general, privada o personal. Se trata por ejemplo de los documentos públicos, las providencias judiciales debidamente ejecutoriadas, los datos sobre el estado civil de las personas o sobre la conformación de la familia

2. Información semiprivada: Datos que versan sobre información personal o impersonal que no está comprendida en la regla general anterior, porque para su acceso y conocimiento presenta un grado mínimo de limitación, de tal forma que 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 y al comportamiento financiero de las personas.

3. Información privada: Es aquella que por versar sobre información personal y por encontrarse en un ámbito privado, sólo 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, los documentos privados, las historias clínicas, y la información extraída a partir de la inspección del domicilio.

4. Información reservada: Información personal y guarda estrecha relación con los derechos fundamentales del titular a la dignidad, a la intimidad y a la libertad, motivo por el cual 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. (Colombia, Corte Constitucional 2014, 05 de noviembre)

La anterior tipología permite delimitar la información que se puede publicar en desarrollo del derecho fundamental a la información y aquella que, por mandato constitucional, no puede ser revelada, porque de hacerlo se transgredirían los derechos a la intimidad y al habeas data.

De la clasificación puntualizada, la Corte Constitucional aclara que la tipología descrita permite delimitar la información que se puede publicar en desarrollo del derecho fundamental a la información, así como aquella información que por disposición constitucional no puede ser revelada. Del asunto reseñado se distinguen los siguientes lineamientos:

1. La información es un conjunto organizado de datos impersonales, generales y/o personales que constituyen un concepto, mensaje o idea que modifica el estado de conocimiento. Los datos personales han sido definidos por la ley colombiana como aquella información alusiva a un ser humano y cuya información puede ser determinada o determinable a esa persona natural. En este sentido se encuentra que la relación entre la información y el dato personal es una relación de género (información) especie (dato personal).

2. Que la información en custodia y procesamiento por el Estado Colombiano contiene una categoría según lo establecido por la Corte Constitucional y la ley 1712 de 2014.

3. Que dentro de la información en cabeza del Estado podemos encontrar información de carácter personal denominados por la ley 1581 de 2012 como datos personales.

4. Que las personas naturales tienen una esfera de privacidad las cuales deben ser armónicas con las esferas de la intimidad y las categorías de datos personales.

En la era de la información, encontramos también, datos Biométricos los cuales se definen como “estudio mensurativo o estadístico de los fenómenos o procesos biológicos” y el termino biometría *“es el mecanismo de identificación basado en las características o información biológica de cada persona, es decir huellas dactilares, el iris y el acido desoxirribonucleico (ADN), entre otras”*. (Remolina Angarita, 2011, pág. 225)

Así mismo, con referencia a la información de tipo biométrica, también se ha referido el citado autor, el cual manifiesta que:

La información biométrica incluye datos sobre las características físicas (rostro, huella dactilar, palma de la mano, retina, ADN) y ‘comportamentales’ (forma de firmar, tono de voz) de las personas. Se está empezando a explorar el uso de otros datos biométricos, denominados de segunda generación, como el análisis de ondas neuronales, la luminiscencia de la piel, la exploración remota

del iris, el reconocimiento facial avanzado y el olor corporal, con grandes avances en las interfaces de los sistemas y la biometría del comportamiento. (Remolina, 2013, pág. 162).

1.1.4 Acceso a la información pública

“El derecho de acceso a la información es un derecho fundamental protegido por el artículo 13 de la Convención Americana, se trata de un derecho particularmente importante para la consolidación, el funcionamiento y la preservación de los sistemas democrático” (Resolución AG/RES. 2, 2009). La convención citada dispone que los estados tienen una obligación de tipo positivo que consiste en permitir a los ciudadanos acceder a la información que está en su poder.

Adicionalmente, de forma sistemática debe contemplarse la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, la cual rotula qué *“toda persona tiene el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en los términos que estipula el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”*, y que *“todas las personas deben contar con igualdad de oportunidades para recibir, buscar e impartir información”*. Seguidamente contempla el tercer principio el cual indica que *“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”*. Y, finalmente el cuarto principio indica que *“el acceso a la información (...) es un derecho fundamental de los individuos. Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho”*. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2000)

Bajo estas premisas comparto lo señalado por la OEA cuando afirma qué: *“El derecho de acceso a la información es un requisito fundamental para garantizar la transparencia y la buena gestión pública del gobierno y de las restantes autoridades estatales.”* (Organización de los Estados

Americanos-OEA, 2009, pág. 2) En consonancia a lo mencionado se tiene también lo dispuesto por CIDH cuando destaca que *“el libre acceso a la información es un medio para que, en un sistema democrático representativo y participativo, la ciudadanía pueda ejercer adecuadamente sus derechos políticos”*. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2010)

En Colombia, en 1985 se expidió el primer compendio legal que reunió de forma ordenada lo concerniente al acceso a los documentos que emitían las diferentes escalas de la Administración Pública. La Ley 57 de 1985, tenía como finalidad lo siguiente: *“Por la cual se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales”*.

Posteriormente, con la firma de la Carta Magna de 1991 se involucra el acceso a la información pública y el derecho a la información como pilar del Estado Social de Derecho, bajo la sombra de los principios propios de la administración dentro de los que se destaca la seguridad jurídica, la buena fe administrativa, la moralidad, la igualdad, entre otros.

El acceso a la información pública cumple la función de visibilizar de manera efectiva el cumplimiento de los fines esenciales del Estado colombiano. Para comprender el acceso a la información pública en el ejercicio práctico, se tiene que contar con clasificación de la información y si sobre esta existe alguna prerrogativa constitucional y legal.

Con relación a la importancia de la transparencia se ha dicho que esta *“cobra especial trascendencia en la medida en que se configura en propulsor de formas de expresión y protección, especialmente en los sectores sociales marginados o carenciales.”* (Torres, 2014, pág. 77)

Encontrar un concepto exacto de acceso a la información pública es entender todos los vértices que se encuentran en este deber y derecho; las limitaciones que pueden predicarse del mismo debido a causales específicas, la protección de datos, entre muchos otros elementos que convergen

en la estipulación de una figura jurídica de tal tipo. Optando por una definición general se encuentra en la doctrina un esbozo así:

El derecho de acceso a la información es un derecho fundamental reconocido a nivel internacional como tal, debido a la naturaleza representativa de los gobiernos democráticos; es un derecho esencial para promover la transparencia de las instituciones públicas y para fomentar la participación ciudadana en la toma de decisiones. Además, las Administraciones Públicas se financian con fondos procedentes de los contribuyentes y su misión principal consiste en servir a los ciudadanos por lo que toda la información que generan y poseen pertenece a la ciudadanía. (Access Info Europe, 2010, pág. 3)

De lo citado podemos inferir las siguientes características: Se trata de un derecho fundamental; es reconocido a nivel internacional; promueve la transparencia; coadyuva al logro de la democracia y es una forma de participación ciudadana.

En el caso colombiano, el derecho mencionado es desarrollado por el artículo 74 constitucional, el cual cita que: *“Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezcan la ley.”* Si se efectúa un análisis integral al texto constitucional vigente en Colombia se logran identificar fundamentos respecto al acceso a la información pública. El primer artículo que da un apoyo inminente al derecho a conocer los datos con carácter público es el artículo 20 del texto constitucional el cual refiere:

“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 de comunicación masiva”.

Este, es una prescripción en doble vía que vincula a los sujetos que manejan información, dándoles la obligación de informar con veracidad, claridad, idoneidad y al margen de los

presupuestos constitucionales y legales; de igual manera se conjuga en un derecho de recibir la información que se necesita de acuerdo con los mismos parámetros. Para el caso motivo de investigación, la dualidad que se requiere para que se configure el derecho analizado es entre cualquier ciudadano y una entidad que tenga la calidad de pública y que sus actuaciones estén orientadas por el Derecho Administrativo.

Por lo tanto, existen ciertos requisitos para que el acceso a la información pública no termine por trasgredir derechos fundamentales de los ciudadanos, los cuales son exigencias que no deben interpretarse como obstáculos para el conocimiento efectivo de la información expedida o en poder por autoridades públicas, sino como límites para la demarcación con otros derechos de igual categoría como la intimidad, el buen nombre, la protección de datos personales, y en si todo el conjunto protegido por el artículo 15 constitucional.

Como desarrollo de este derecho hoy con categoría de fundamental, se crea al interior del ordenamiento jurídico colombiano la Ley 1712 de 2014 mediante la cual se crea la *Ley de transparencia y del Derecho al Acceso a la Información Pública Nacional*; regulada por el Decreto 103 de 2015. Dicha legislación nació como desarrollo del artículo 74 de la Constitución Política de 1991 y su objeto fue encaminado hacia la consecución de la transparencia fijando cimientos para la realización de un Gobierno en línea desarrollado mediante cuatro componentes básicos: Tic para el gobierno abierto, Tic para servicios, Tic para la gestión y seguridad-privacidad.

Aunado a lo informado, la Ley 1712 de 2014 brinda elementos primordiales en el manejo de la información que se hacen necesarios para la consolidación de un sistema de acceso a la información pública justo y garante de otras manifestaciones de los derechos fundamentales de la Carta Magna. Se encuentran en dicha Ley la clasificación general de la información en poder del Estado o producida por este así:

Datos abiertos: De acuerdo con el literal j del artículo 6 de la Ley 1712 de 2014 estos

[...] son todos aquellos datos primarios o sin procesar, que se encuentran en formatos estándar e interoperables que facilitan su acceso y reutilización, los cuales están bajo la custodia de las entidades públicas o privadas que cumplen con funciones públicas y que son puestos a disposición de cualquier ciudadano, de forma libre y sin restricciones, con el fin de que terceros puedan reutilizarlos y crear servicios derivados de los mismos. (Ley 1712 de 2014, artículo 6, literal j).

Es decir, se entiende por dato abierto cualquier tipo de información producida o recolectada por entidades de carácter público que puede ser objeto de circulación, tratamiento y transmisión sin ningún obstáculo, puesto que al hacerse este tipo de operaciones no se está poniendo en juego ningún derecho fundamental o algún otro motivo por el cual puede limitarse el uso de la información pública como la seguridad nacional.

Todos estos datos que pueden ser objeto de redistribución y reutilización por parte de terceros nacen de un trabajo analítico y administrativo por parte de la entidad responsable del tratamiento de los mismos, para no poner en jaque la información clasificada o reservada. En tal enfoque, la cartilla titulada Guía de datos abiertos en Colombia emitida por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones señala que hay tres pasos esenciales para considerar que un dato adquiere la calidad de abierto y estos son: la documentación, la estructuración y la carga de datos; cada etapa con pasos y estrategias específicas para obtener un resultado acorde a los requerimientos de la Ley 1712 de 2014. (MINTIC , 2017)

Información pública clasificada: Señala el artículo 6 de la Ley 1712 de 2014 en su literal c sobre este tipo de información lo siguiente:

[...] es aquella 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 o privados consagrados en el artículo 18 de esta ley. (Ley 1712 de 2014, artículo 6).

Se traduce este concepto en la información que involucra datos personales y que por lo tanto su circulación genera una disyuntiva frente a las excepciones de ley para su transmisión o transferencia.

1. Información pública reservada: El artículo 6 de la Ley 1712 de 2014 estipula en su literal d respecto a este tipo de información que 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 esta ley. (Ley 1712 de 2014, artículo 6).

A mayor abundamiento, la Ley 1712 de 2014 designa un catálogo de principios que son la muestra de que el derecho que aquí se estudia requiere de una actividad analítica propia, puesto que se encuentran en los ejercicios prácticos de la actividad administrativa colisión y/o tensión con otros derechos y principios de su misma categoría. Lo mencionado permite plantear una pequeña alegoría a algunos de los principios propuestos en dicha ley, para dar lugar a la discusión sobre el engranaje de los mismos con los principios planteados en la Ley 1581 de 2012.

1.2 Frontera invisible: acceso a la información pública y protección de datos personales

Hablar en los términos de datos personales no resulta sencillo, puesto que se requiere de una idea general de lo inmaterial que puede resultar una partícula de información, pero del valor jurídico que llega a ganar al momento de su tratamiento, circulación, manipulación, modificación, entre otras, máxime cuando sobre esta recae derechos y deberes emanados de un Estado Social de Derecho. La información ha contado con su espacio de valoración en todas las civilizaciones, resulta erróneo considerar que tal tema ha sido exclusivo de la propagación del internet y sus similares; puesto que desde la idea de jeroglífico de antiguos grupos humanos se puede concebir la idea de dato, base ineludible de la información.

Es difícil dibujar una línea clara y definitiva: si el concepto de privacidad es elusivo, las fronteras entre lo público y lo privado se construyen local y comunitariamente. Qué es público y qué es privado finalmente dependerá de las fronteras que cada una de las comunidades erijan, de la extensión y alcance de la esfera pública, del nivel de tolerancia de sus miembros a la exposición e injerencia de su vida íntima. (Torres, 2017, pág. 3)

Es por ello por lo que se pretende efectuar una aproximación a algunos principios del Acceso a la información pública y protección de datos personales o *habeas data*, para así identificar los puntos de confluencia, como los de distanciamiento que existen entre estas dos máximas del derecho; con la colaboración de los principios que sobre ellas se han formulado.

La lectura objetiva de ambos requiere presupuestos tales como considerar que los dos han sido definidos por la ciencia jurídica en cierta medida como derechos fundantes del Estado social de derecho, acompañados de forma insoslayable de principios rectores de la administración pública, para lograr ver en conjunto todo lo que ello implica. Resulta casi que imperioso y contradictorio

separar un concepto del otro. Otro presupuesto que surge del análisis realizado es que no es imaginable plasmar dentro de un lienzo en blanco la nueva figura del Estado moderno y la idea de que en este no se conserve la esencia tanto de difundir la información que requiere cualquier administrado, como el objetivo de salvaguardar con ahínco la información que lo amerita o requiere.

Es una relación simbiótica entre la protección de datos personales, la intimidad y la divulgación de la información pública, a partir de la figura de los datos personales; entendidos estos como la herramienta minúscula que envuelve el derecho de la información y como la cúspide suprema de este. Se traduce que ambos resultan siendo el ojo de Dios de las recientes formas de juridicidad en lo que refiere a tecnologías de la información y la comunicación.

Miguel Urabayen sostiene que entre los derechos a la intimidad y a la información hay que encontrar un equilibrio, porque ambos son de esencial y equivalente importancia, pero de no ponérseles límites, cada uno tratará de anular al otro. De inmediato agrega que como el interés general prima sobre el particular, *“podría partirse de la base de que el derecho a la información es la regla y el derecho a la intimidad la excepción”*. Termina afirmando que hay que examinar cada caso planteado, que es lo que he venido sosteniendo. (Carpizo, 2009, pág. 11)

En línea con lo anterior, Alfredo Steinmeyer argumenta que:

Mientras que el derecho de acceso a la información tiene por objeto acceder a los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, además de a la información elaborada con el presupuesto pública y toda otra que obre en poder del Estado, el derecho de acceso o habeas data tiene por objeto acceder a datos personales. (Steinmeyer, 2013, pág. 24).

Dicho lo preliminar, se concreta que las dos normas analizan la Ley 1712 de 2014 y la Ley 1581 de 2012 a partir de la óptica propia de algunos de sus principios, para de esta manera encontrar la posibilidad de una respuesta adecuada al problema de investigación que se circunscribe en la tensión de las normas en comento y su incidencia en el contrato estatal en la modalidad de prestación de servicios con persona natural; pero que de igual manera requiere de un análisis universal para desentrañar el punto central del problema jurídico.

1.2.1 Acceso a la información pública: entre divulgar o resguardar

El verbo acceder envuelve la connotación lingüística de entrar, solicitar, petitionar, etc.; y si se ajusta al contexto de información pública claramente se entiende la propuesta en aras a que el interesado en conocer algún dato se remita a quien tienen la información en procura de que el segundo sujeto se lo garantice. De la premisa, se han desprendido figuras jurídicas de talante constitucional como es el caso del derecho de petición.

Entonces existe por deducción una posición negativa y una positiva en la idea de acceso a la información pública que se explicaría de la siguiente manera:

Positividad del acceso a la información pública: el poseedor de la información por deber y obligación constitucional o legal debe dar amplia circulación a la misma para así cumplir con preceptos fundamentales del Estado democrático y social de derecho. La no observancia de tal garantía ocasionaría la trasgresión de los ya mencionados derechos en juego.

Negatividad del acceso a la información pública: nace de la posibilidad que tiene el tenedor de información pública de no hacer eco de algún tipo de dato, lo que conlleva a que el interesado en ella recurra mediante figuras específicas a la solicitud para su conocimiento.

Claro está, que los “casos difíciles”, las informaciones que más buscamos y el gobierno más quiere proteger, nunca serán entregadas de forma automática, si no es por error. Pero existe un enorme volumen de información útil que se podría y se debería poner en el dominio público. Esto es de interés para el mismo gobierno, ya que cuánta más información se publique automáticamente, menos decisiones tendrá que tomar con relación a solicitudes de información, volviendo el manejo del nuevo sistema más económico. (Neuman, 2002, pág. 27)

Verificando el espíritu de la ley en los debates de su aprobación se encontró que la finalidad concreta con él que se promovió y sancionó la Ley 1712 de 2014 fue la obligación de hacer pública la información que se trata por parte del organismo administrativo en los distintos escenarios en que es factible apilar datos y crear bases con los mismos. Lo que en cambio se echó de menos en la discusión fueron las siguientes preguntas ¿Cómo se aplicaría esta norma en una realidad contractual de una persona natural que presta sus servicios al Estado? ¿Cuál es el alcance práctico de las excepciones de la mencionada ley frente a la intimidad y el *habeas data*?

Tras los cuestionamientos es importante hacer una aproximación al catálogo de principios que rigen la aplicación efectiva del acceso a la información pública en paralelo con algunos principios de la ley de protección de datos. Esto da lugar a la discusión sobre el engranaje de los mismos con los principios planteados en la Ley 1581 de 2012, aplicados en la realidad de los contratistas personas naturales que prestan sus servicios al Estado.

1.2.2 Principio de máxima publicidad para el titular universal

El artículo 2 de la Ley 1712 de 2014 se dedica a esta prerrogativa indispensable en el estudio del acceso a la información pública. En líneas generales dice: *“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”. Este refiere a todos los elementos necesarios para la conjugación y nacimiento de tal derecho como lo son:

Sujeto Obligado:

1. Público

2. *Privado*

Información:

1. Pública

2. Reservada

3. Limitada por excepción de la ley.

Los elementos que se señalan son las diferentes opciones que se pueden presentar al momento de querer divulgar o acceder a la petición de información pública. Esto invita a la administración a evaluar si el sujeto al que se le reclama o quien va a hacer público algún dato está obligado por disposición constitucional o legal; además de contrastar si la información tiene el carácter de público, limitado o reservado. En otras palabras, la información se presenta como un todo, el cual puede llegar a desintegrarse por acción o efecto de la Ley, lo que desemboca en que quien tiene disposición de divulgar la misma puede llegar a resguardarse alguna parte del todo, pero siempre con destino a preservar el bien común o llegado el caso, el interés particular de algún sujeto que puede verse afectado por la intervención indebida a su privacidad.

Según Fausto Kubli García (2010), dicho principio parte de dos acepciones que lo ubican tanto como derecho como principio, al respecto ha dicho:

El funcionamiento del principio de máxima publicidad- sin perjuicio de las opiniones de los colegas- se puede comparar con la herramienta general de interpretación de los derechos humanos que describimos supra como el principio por persona. Esto significa que el principio de máxima publicidad tendría dos vertientes: la normativa y la interpretativa.

- Estamos ante el escenario de aplicación de normativo del principio de máxima publicidad cuando hay dos normas que regulen el acceso a la información pública, en virtud del principio se optará por la norma que más favorezca la divulgación de la información.
- Por lo que respecta a la aplicación interpretativa del principio de máxima publicidad, tendría lugar cuando a alguna norma se le puede atribuir varios sentidos, por lo que se aplicaría el sentido que más favorezca a la publicidad. (p. 861)

Desde el ámbito internacional es pertinente traer a colación lo descrito por la Corte Interamericana de Derechos humanos así: *“La CIDH ha explicado que, en virtud del artículo 13 de la Convención Americana, el derecho de acceso a la información se debe regir por el principio de la máxima divulgación”*. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010)

1.2.3 El principio de divulgación proactiva de la información

Encarnar la divulgación proactiva de la información pública no es tarea sencilla dada la inmensa cantidad de datos que día a día circula por las bases de quienes se ciñen a los lineamientos de la Ley 1712 de 2014.

De acuerdo con el inciso 10 del artículo 3 de la Ley 1712 de 2014, la divulgación de los datos públicos debe ser el resultado de la administración clara y efectiva de los sujetos obligados; señala dicho inciso lo siguiente:

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 también en el deber de los sujetos obligados de promover y generar una cultura de transparencia, lo que conlleva la obligación de publicar y divulgar 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 recursos físicos y financieros. (Ley 1712 de 2014, artículo 3, inciso 10).

1.2.4 Principio de transparencia

El principio que mayor incidencia genera la discusión sobre el *habeas data* y el acceso a la información pública es la transparencia. Este se concibe como el deber que tienen los sujetos obligados de proporcionar una información veraz donde los sujetos interesados puedan satisfacer su interés de conocer, además de no crear trabas administrativas o procesales que dificulten la concretización del derecho de acceder a lo público. Señala el artículo tercero de dicha norma en su inciso primero lo siguiente:

Principio conforme al cual toda la información en poder de los sujetos obligados definidos en esta ley se presume pública, en consecuencia, de lo cual dichos sujetos están en el deber de proporcionar y facilitar el acceso a la misma en los términos más amplios posibles y a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley, excluyendo solo aquello que esté sujeto a las excepciones constitucionales y legales y bajo el cumplimiento de los requisitos establecidos en esta ley.

En complemento la Procuraduría General de la Nación explica la transparencia así:

La Ley 1712 de 2014 estableció dos canales a través de los cuales las personas pueden acceder a la información pública: la Transparencia Activa y la Transparencia Pasiva.

1. Todos podemos acceder a la información pública consultando la información que los sujetos obligados deben divulgar de forma proactiva en las páginas web, carteleros y cualquier otro medio. Esta forma de acceso se conoce también como **Transparencia Activa**.

2. También podemos acceder a la información pública a través de las solicitudes que se pueden hacer ante los sujetos obligados, quienes deben responder en un término de 10 días hábiles. Este canal de acceso se conoce como **Transparencia Pasiva**. (Procuraduría General de la Nación, 2016, pág. 9)

Para que se identifique el principio de transparencia dentro del acceso a la información pública se requiere que los diferentes actores que confluyen al momento de divulgar o solicitar la misma, como lo son Estado y particulares; no pretendan más que conocer y dar a conocer una información libre de prejuicios e intenciones subjetivas con falencias en cuanto a contenido. El resultado de divulgar información errónea, mentirosa, falsa, etc.; termina por convertirse en una afectación grave a los derechos fundamentales de quienes la reciben. De otro lado, cuando a acceso se refiere en transparencia pasiva se encuentra el sujeto obligado en el entramado que resulta la decisión de negar la información con ocasión a la intimidad o el *habeas data*.

La transparencia junto a la máxima publicidad, se acoplan como una sola forma y van en la misma dirección, para en últimas lograr una divulgación certera de la información pública.

Se debe partir del hecho de que el principio de transparencia es de carácter constitucional y aunque no se da una configuración positiva en el texto superior, sí emerge en relación con otros postulados constitucionales, como el principio de publicidad, el derecho de acceso a la información, el derecho de petición y el derecho al debido proceso (Rúa, 2012). La transparencia en Colombia adquiere una trascendencia mayor en el entendido de que en nuestra legislación aparece como principio y como concepto polisémico con un ámbito de acción amplio y transversal.

Al decir de Robert Alexy (1993), los principios son mandatos de optimización que deben cumplirse según las posibilidades fácticas y jurídicas existentes (Rodríguez, 2012, p. 122)

Desde el ámbito internacional se encuentra que la Convención de Naciones Unidas de lucha contra la corrupción, instituyó el principio de transparencia de cara a la contratación estatal en los estados parte. Es así, como diseñó lineamientos que buscaban con respecto a la contratación pública *“la adopción de medidas para garantizar la transparencia a fin de prevenir la corrupción”* (Matallana Camacho, 2015, pág. 45), y textualmente plasmó en el artículo 9 lo siguiente: *“Cada estado parte de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en transparencia”*. (Naciones Unidas, 2017)

En el caso colombiano, se ha entendido la transparencia en tres aspectos relevantes:

- a. Transparencia de la gestión pública, que implica la existencia de reglas claras y conocidas para el ejercicio de la función pública (planeación, decisión, ejecución y evaluación de programas y planes), así como de controles para la vigilancia de las mismas.
- b. Transparencia en la rendición de cuentas, que conlleva la obligación de quienes actúan en función de otros, de responder eficaz y recíprocamente sobre los procesos y resultados de la gestión pública.
- c. Transparencia en el acceso a la información pública, que supone poner a disposición del público de manera completa, oportuna y permanente, la información sobre todas las actuaciones de la administración, salvo los casos que expresamente establezca la ley (Secretaría de Transparencia Presidencia de la República, 2016, p. 4).

En este caso frente a la contratación directa en modalidad de prestación de servicios con persona natural, estaremos ante información del contratista que se enmarca en la transparencia para gestión pública y en el acceso a la información pública en el que se realizará un tratamiento de los datos

de naturaleza personal de este en la etapa precontractual, contractual e incluso pos contractual asunto que será estudiado en un segundo producto de la presente investigación.

1.2.5 Principio de facilitación

La misma definición de acceso a la información pública trae implícita el principio de facilitación pues acceder tiene cierta sinonimia con la definición de facilitación. Dentro de dichas características propias de facilitar la información pública, se pueden estipular las siguientes:

1. Creación de mecanismos y herramientas que posibiliten la divulgación idónea de información pública por parte de los sujetos obligados.
2. Indicación de formas sencillas y claras para quienes desean acceder al conocimiento de la información pública lo hagan de forma justa y rápida.
3. Vinculación de medios tecnológicos para el mejor y fácil acceso a la información pública.
4. Eliminación de barreras administrativas, dificultades procesales, trámites innecesarios, etc., que convierten a la información pública más que en un derecho, en una opción.
5. Disminución del secretismo estatal y público.

1.3 Algunos principios de la protección de datos personales: en correlación con el acceso a la información pública

1.3.1 Principio de confidencialidad

En términos de la Ley la confidencialidad debe entenderse de la siguiente manera

Todas las personas que intervengan en el Tratamiento de datos personales que no tengan la naturaleza de públicos están obligadas a garantizar la reserva de la información, inclusive después de finalizada su relación con alguna de las labores que comprende el Tratamiento, pudiendo sólo realizar suministro o comunicación de datos personales cuando ello corresponda al desarrollo de las actividades autorizadas en la presente ley y en los términos de la misma. (Ley 1581 de 2012, artículo 4, literal h).

Para respaldar esta definición y de acuerdo con lo esbozado en el presente artículo, tanto la ley como la jurisprudencia han convenido en la existencia de una clasificación de datos personales. Esta subdivisión en asocio con la confidencialidad da las pautas para que titulares, responsables y encargados del tratamiento fijen los parámetros consecuentes dentro de los cuales pueden intervenir los datos, estableciéndose límites razonables y mecanismos de protección en caso de contravención a dichos limitantes. En este orden de ideas, *“hoy se define confidencialidad como un derecho y secreto como un deber, esto es que el deber de guardar secreto es correlativo al derecho de los seres humanos a guardar la confidencialidad de sus datos.”* (Rodríguez, 2009, pág. 11)

Es inadmisibles la postura de un Estado que asevere proteger la privacidad pero que no establece cláusulas de confidencialidad a los datos personales, o que no distingue dentro del ejercicio práctico de la carpeta de ejecución de un contrato cuales documentos son contentivos de información íntima o de datos personales que revisten el carácter de confidenciales por su naturaleza.

En una apertura mayor de uso de la información se encuentra el principio de acceso y circulación restringida que se describe a continuación.

1.3.2 Principio de acceso y circulación restringida

La protección de datos personales no es una oposición a que exista un manejo de los mismos, sino que es la debida orientación a un tratamiento justo, idóneo, tolerante, cuidadoso, cierto, real, entre muchas otras características; objetivos que se logran a través de un acceso y circulación restringida.

Acceder y circular restringidamente dentro del espacio propio de los datos personales merece de la comprensión de varios conceptos, su ciclo de tratamiento y calidades o cualidades que lo describen. Literalmente, esta fórmula, se traduce en mirar con detenimiento el dato personal, encasillarlo dentro de alguna clasificación de la información y deducir las variaciones y manejos que este puede tener en razón a la constitución o la ley.

La definición de este principio se encuentra en el artículo 4 literal f de la Ley 1581 de 2012 así:

Principio de acceso y circulación restringida: El Tratamiento se sujeta a los límites que se derivan de la naturaleza de los datos personales, de las disposiciones de la presente ley y la Constitución. En este sentido, el Tratamiento sólo podrá hacerse por personas autorizadas por el Titular y/o por las personas previstas en la presente ley;

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 sólo a los Titulares o terceros autorizados conforme a la presente ley. (Ley 1581 de 2012, artículo 4, literal f).

Encuéntrese en este apartado legal que la tesis de acceso y circulación restringida es sencillamente una limitación a la libertad de publicidad. De no considerarse la restricción de datos personales o de información protegida por la intimidad se estaría primando la apertura desmedida.

Intimidad, privacidad, protección de datos, personas, reúnen bajo su regazo la idea de acceso y circulación restringida. Lo afirmado haciendo un símil que puede explicarse tomando en cuenta

que el titular autoriza de forma libre, voluntaria, consciente, al responsable de la información para que haga un debido uso de los datos que le son encomendados. De igual manera sucede con la intimidad, puesto que esta supone

[...] la existencia y goce de una órbita reservada en cada persona, exenta del poder de intervención del Estado o de las intromisiones arbitrarias de la sociedad, que le permita a dicho individuo el pleno desarrollo de su vida personal, espiritual y cultural. (Colombia, Corte Constitucional, 2004 18 de agosto)

Es así como el titular del derecho decide frente a sus cuatro niveles o esferas de intimidad las cuales son según el núcleo esencial del derecho: *la intimidad personal, familiar, social y gremial* (Constitución Política. art. 15).

En la Sentencia de Unificación número 458 del año 2012 expresó la Corte Constitucional que,

El principio de circulación restringida que, según la misma sentencia C-1011 de 2008, ordena que toda actividad de administración de información personal esté sometida a los límites específicos determinados por el objeto de la base de datos (...) y por el principio de finalidad. [Por lo cual, está] prohibida la divulgación indiscriminada de datos personales. (Colombia, Corte Constitucional, 2012, 21 de junio).

En este punto encontramos que desde la perspectiva pública hemos analizado el principio de máxima divulgación y transparencia por pasiva y de otra parte el principio de acceso y circulación restringida que invita a reflexionar sobre la siguiente premisa

No habrá revelación automática de dichos datos personales mientras sigan sirviendo para identificar a las personas, pues nos encontramos ante la excepción legal que exige autorización para su tratamiento y divulgación. Ni siquiera si media autorización para publicarlos, o si han sido recolectado en ejercicio de una función legal, parecieran perder su naturaleza. (Newman, 2015, pág. 45)

Es tal la incertidumbre que la Corte Constitucional aclara el alcance del artículo 21 de la Ley 1712 de 2014 así:

El artículo 21 recoge la posibilidad de permitir el acceso a documentos que contengan simultáneamente información pública e información clasificada o reservada. Esta disposición ordena la creación de versiones públicas de documentos en la que sea posible conocer aquellos apartes no protegidos por excepciones o reservas constitucionales o legales, con lo cual se garantiza el principio de máxima divulgación, de manera armónica con los parámetros constitucionales que protegen el derecho a acceder a la información pública. (Colombia, Corte Constitucional 2013, 12 de noviembre)

Sin embargo, no soluciona la práctica jurídica, pues el mayor riesgo se evidencia en el ejercicio del acceso a la información (transparencia por pasiva) cuando se reviste sobre información clasificada, en la que encontramos por excelencia los datos personales. Si bien es cierto, la ley y la cartilla de la Procuraduría General de la Nación guían el caso en comento, permitiendo el rechazo motivado al acceso a la información bajo la siguiente premisa: *“La entrega de esta información pudiere causar un daño al derecho a la intimidad; al derecho de toda persona a la vida, la salud o la seguridad; y a los secretos comerciales, industriales y profesionales.”* (Procuraduría General de la Nación, 2015 p. 20)

Igualmente, la Procuraduría General de la Nación en interpretación de la norma sugiere como la información clasifica aquella asociada a:

- a. El derecho de las personas a la intimidad y hábeas data o protección de datos personales)
- b. El derecho a la vida, salud o seguridad.
- c. Los secretos comerciales, industriales y profesionales.

Así las cosas ¿Cuál es el camino para argumentar objetivamente el rechazo con ocasión a los derechos constitucionales y legales mencionados? Y garantizar el acceso a la información pública de un ciudadano que busca ejercer control a los soportes de la actuación a un contratista del Estado y por otra parte salvaguardar los derechos asociados la intimidad, la vida la salud, la seguridad y el habeas data del contratista mismo.

1.3.3 Tensiones de la protección de datos personales y el acceso a la información pública pasiva

De lo analizado es menester partir de que *“ni el acceso a la información ni la protección de datos son absolutos. Es imprescindible conseguir un equilibrio entre ambos derechos”* (Agencia Vasca de Protección de Datos, 2007, p. 15). Es por esto que se busca entender las dos normas en materia de manejo de la información: la Ley 1712 de 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*; y la Ley 1581 de 2012, *Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales*. Todo desde una mirada que vincule a tales figuras a partir de la óptica propia de algunos de sus principios. En el entendido de que las dos normas de carácter estatuario buscan materializar el Estado social de derecho cumpliendo con los fines esenciales del Estado colombiano frente a los administrados.

Como resultado del análisis de la relación entre la administración y los administrados, se destaca que el derecho al acceso de la información pública debe concretarse en armonía con el derecho a la protección de datos. Así mismo, las tensiones que puedan surgir con la máxima de publicidad de la información pública, lo establece la Ley 1712 de 2014 en su artículo 2 donde se destaca que

toda información en posesión o bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada salvo disposición constitucional o legal y los principios de confidencialidad, acceso y circulación restringida y libertad; estableciendo con dicha disposición que no exista revelación automática de los datos personales.

Lo referido, se encuentra acorde a lo expuesto por Vivian Newman quien explica que

[...] Los datos personales, por decisión de Leyes estatutarias, no son información pública, sino protegida y, por estar bajo el control a la custodia de un sujeto obligado, no son automáticamente revelables, puesto que su esencia, la de ser datos personales, constituyen una excepción a la información pública [...] (Newman, 2015, p. 45)

La Corte Constitucional ha evolucionado sobre el derecho a la intimidad, la autodeterminación informática y el acceso a la información pública, habiendo abordado el particular conforme los siguientes frentes:

En sentencia de tutela 022/1993, aborda la tensión a partir de la finalidad de cada derecho, bajo la mirada de las reglas para el tratamiento de los datos personales. Posteriormente una segunda línea manejada por la alta corporación fue la descrita en la sentencia C-872/2003, en la que se desarrolla un ejercicio de juicio de proporcionalidad mediante la ponderación de los principios de necesidad, finalidad e idoneidad con una proporcionalidad estricta donde la divulgación o publicidad no implique la trasgresión de valores constitucional mayores, a mantener en reserva la información o, al contrario. En el año de 2004 la sentencia T-846/2004, evolucionó verificando la clase de información involucrada, los límites de los derechos en controversia, para dar respuesta a la situación de tensión que se expone. (Newman, 2015)

Estos ejercicios, empleados en un caso en el cual la función veedora de los ciudadanos abre la puerta a la petición de información que puede ser sobre data clasificada por tener el carácter de personal, implican necesariamente la aplicación de estas reglas y sub-reglas para la divulgación y circulación total o parcial según el caso de los datos contenidos en repositorios públicos.

Bajo esta línea se puede concluir que, en los casos de acceso a la información pública, que contengan datos especialmente protegidos por las normas, la entidad que reciba la petición considerará el acceso previa argumentación razonada que enmarque el interés público y el derecho particular, en el que estén en juego el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos. Para lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia C-274 de 2013 y sentencia a C-951 de 2014 precisa algunos lineamientos que recogen la conjugación de la ponderación mediante un juicio de proporcionalidad y la verificación de los datos involucrados en el ámbito de los derechos en cuestión recogiendo dos de las tendencias empleadas por la alta corte.

Es decir, que cuando a los datos personales se refiera, en cabeza o custodia de una entidad pública, se está ante información clasificada que, según el caso, se sitúa en la necesidad de hacer el ejercicio hermenéutico para aplicar una evaluación del daño y demostrar que la información cumpla el objetivo legítimo establecido por la Ley o la Constitución, catalogando este dentro de las excepciones del artículo 18 y 19 de la ley de transparencia. Es de esta manera como a través de la interpretación que hace la alta corte de la excepción al acceso de la información pública que permite la negación de la misma. En este sentido el primer lineamiento a incluir es que se debe verificar si el titular de la información *“ha consentido en la revelación de sus datos personales o privados o bien cuando es claro que la información fue entregada como parte de aquella información que debe estar bajo el régimen de publicidad aplicable.”* (Ley 1712 de 2014, Artículo 18 y 19)

El artículo 28 invita a una demostración concreta de que la información se relaciona en un interés legítimo legal o constitucional, y/o indica si se está bajo la excepción de los artículos 18 y 19 de la mencionada ley, y, finalmente, evidencia si la publicación o circulación de la información es susceptible de causar un daño específico probable y presente, en armonía con el Decreto Reglamentario 103/2015.

En esta orden, estos ejercicios de ponderación citados por la jurisprudencia de las altas cortes serán necesarios en el ejercicio del acceso a la información pública en general, en lo que atañe a la contratación pública en modalidad de prestación de servicios con persona natural y a lo que refiere a los datos personales del contratista desde la etapa precontractual, la contractual y la poscontractual que serán objeto de análisis en un segundo artículo.

1.4 Conclusiones

Del análisis del derecho al acceso a la información pública y a la protección de datos personales se desprende que, como cualquier derecho fundamental, no son derechos ilimitados y que encuentran su límite cuando de su aplicación deriva la lesión del contenido del núcleo esencial de otro derecho fundamental. Es por esto que el estudio realizado pone de manifiesto la tensión que se produce entre los derechos fundamentales en comento reconocidos por la Carta Magna. Como primer aporte al planteamiento del problema de investigación se invita a una actividad integral que establece la necesidad de realizar el inventario de activos de información en manos de la administración pública, según la clasificación de la ley 1712 de 2014. Acto seguido, la información personal contenida en los reservorios de información clasificada merece la realización del

inventario y categorización para determinar qué datos conforman la información personal no pública y, en especial, cuáles de estos datos son sensibles o de especial protección.

Esta caracterización de la información según las normas de protección de datos y la norma de transparencia en comento, permitirá reseñar la data existente y la data en producción por parte del Estado. La introspección y mapeo no será suficiente para comprender el desarrollo de los derechos en estudio, pues solo en el ejercicio práctico de las actividades administrativas se enfrenta a la necesidad de definir tensiones que se desplieguen de la información asociadas a la intimidad o a la protección de datos especialmente.

Es así como la ponderación de los bienes jurídicos protegidos por los derechos fundamentales de acceso a la información pública y de habeas data, así como el de intimidad, y dentro de esta el juego del principio de proporcionalidad, se instituyen como la clave para la coexistencia de los mismos en el Estado Social de Derecho colombiano.

La proporcionalidad y razonabilidad se establecen como límites tanto para quien divulga la información pública como para quien la recibe o solicita; tal frontera se vuelve infranqueable y es requisito para lograr que el campo de acceso a la información pública no se entrometa o interfiera en otros derechos de igual talante, que por ende tienen el mismo grado de protección y respeto.

Pese a que no se califica como tal, la protección de datos es un límite o una excepción a la apertura y acceso a la información, límite que encuentra en todas las normas nacionales y texto internacionales que regulan la transparencia y que como hemos dicho en la ley merecen tratamiento diferenciado y más detallado del resto de límites. (Piñar Mañas, 2014, pág. 59)

En suma, a lo reseñado entonces, la proporcionalidad y la razonabilidad están consagradas como conectores jurídicos que legalizan cualquier tipo de vínculo que nazca a raíz de la divulgación y

acceso de la información pública. El sentido material de la proporcionalidad y la razonabilidad en el caso que compete al presente texto, claramente se encuentra que la estrategia hermenéutica está dictaminada por dos elementos aplicativos en la práctica cotidiana:

Proporcionalidad y razonabilidad en aras a divulgar información pública: El poseedor de la información con carácter de pública debe actuar bajo estos criterios con el animus de que toda la información pública llegue a la mayor cantidad de receptores posibles mediante los medios útiles e idóneos para cumplir con este objetivo, garantizando siempre y en todo momento el respeto por las garantías fundamentales y básica de toda persona.

Proporcionalidad y razonabilidad para reservar o limitar información pública: El responsable de la información pública tiene la potestad de reservar o limitar cierta información a pesar de revestirse del carácter de común; sin embargo, tal situación debe ajustarse a los principios de proporcionalidad y razonabilidad argumentativa y fáctica que sustente la verdadera esencia de la limitación y de firmeza a la decisión que se toma en tal sentido.

Con lo expuesto, aunado al análisis de las posiciones más representativas en la Corte Constitucional frente a la convivencia entre los dos derechos objeto de estudio en el presente artículo, se concluye que, según la tipología del dato y la esfera de la intimidad, se aumenta o abrevia la predisposición a publicar la información. Bajo esta perspectiva se tiene que la intimidad personal, familiar, los datos privados y sensibles son inversamente proporcionales a la máxima de divulgación. La siguiente gráfica logra diagramar la tendencia a la cercanía al principio de divulgación y transparencia por activa y pasiva, según los siguientes parámetros:

- Y= a la Autorización a la divulgación
- X= La rata de derecho asociados a la privacidad
- Cuando el respeto a la privacidad tiende a 0 “Y” tiende a infinito.
- Cuando Y tiende a cero la privacidad tiende a infinito.

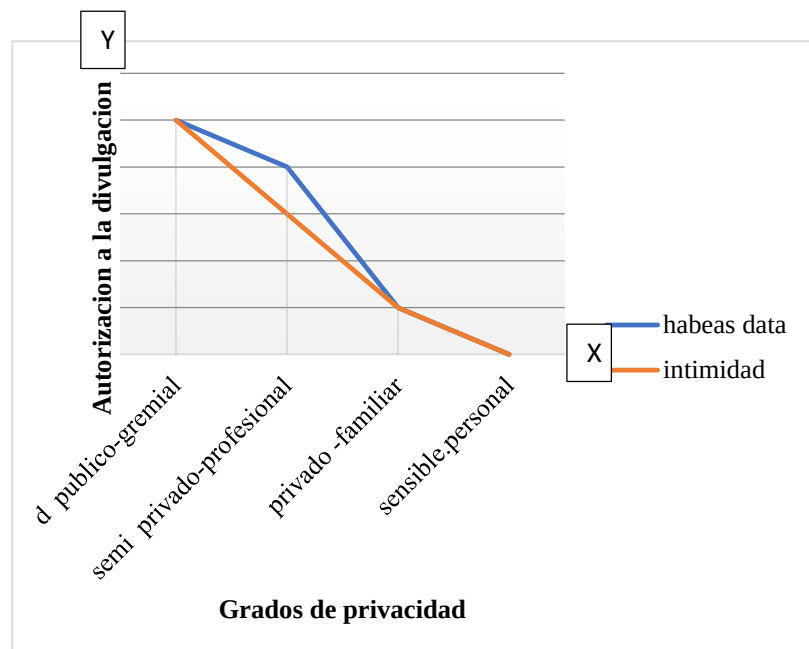


Ilustración 1. Tendencia de al principio de máxima divulgación.

Fuente: Elaboración del autor.

En conclusión, de lo reflexionado en líneas anteriores y del análisis constitucional, legal y jurisprudencial se observa como lineamiento para la coexistencia entre los dos derechos y sus principios, las reglas establecidas en la Sentencia C-274 de 2013, aplicándolas no solo a la información reservada sino a la información clasificada que demanda un estudio y ponderación de derechos y principios eventualmente así:

El sujeto obligado que niegue el acceso a un documento información pública, alegando su carácter reservado deberá (i) hacerlo por escrito y demostrar que (ii) existe un riesgo presente, probable y específico de dañar el interés protegido, y (iii) que el daño que puede producirse es significativo. (Colombia, Corte Constitucional 2013, 12 de noviembre))

Así las cosas, es posible manifestar que la coexistencia y desarrollo de las normas de transparencia, protección de datos y los derechos fundamentales asociados, en escenarios tales como la contratación estatal, son de vital importancia para la consolidación de un gobierno abierto, lo que denota la importancia de investigar sobre estos temas que permitan la construcción de lineamientos para la armonización de derechos y principios en comento, lo cual claramente no es ajeno a la contratación estatal. Lo anterior bajo el entendido de que *“sobre transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno es un pilar básico sobre el que se sustenta una sociedad democrática. Es lo que la doctrina ha calificado como “una característica intrínseca al buen gobierno.”* (Pintos,2016, p. 60)

Referencias bibliográficas

- Access Info Europe. (2010). El Derecho de acceso a la información: Definición, protección internacional del derecho y principios básicos. Recuperado de: https://www.access-info.org/wp-content/uploads/El_Derecho_de_acceso_a_la_informacin._principios_bsicos.pdf
- Agencia Vasca de Protección de Datos. (2017). Reglamento general de protección de datos. Recuperado de: <http://www.avpd.euskadi.eus/informacion/reglamento-general-de-proteccion-de-datos/s04-5273/es/>
- Black, E. (2001). IBM y el holocausto: la alianza estratégica entre la Alemania Nazi y la más poderosa corporación norteamericana. Madrid: Atlántida S.A.
- Camargo, Pedro Pablo. (mayo de 2013). El hábeas data derecho a la intimidad. Editorial: Leyer. Edición: Segunda. Pág. 73
- Carpizo, J. (2009). Transparencia, acceso a la información y universidad pública autónoma. Universidades, (43). Recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/373/37313029002.pdf>
- Chaparro, M. (2014). Legislación informática y protección de datos en Colombia, comparada con otros países. INVENTUM (17). Recuperado de: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/legislacion_informatica_y_proteccion_de_datos_en_colombia_comparada_con_otros_paises.pdf
- Clavijo, S. (2017). Colombia: resultados del informe de competitividad global 2016-2017. Centro de estudios económicos. Recuperado de: <http://anif.co/sites/default/files/feb20-17.pdf>
- Clímaco, E. (2012). Génesis histórico-normativa del derecho a la protección de los datos personales desde el derecho comparado a propósito de su fundamento. España.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2000). Declaración de principios sobre libertad de expresión. Recuperado de: <https://www.cidh.oas.org/basicos/basicos13.htm>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2010). El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/acceso%20a%20la%20informacion%202012%202da%20edicion.pdf>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2011). El derecho de acceso a la información pública en las américas. Estándares Interamericanos y comparación de marcos legales. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/el%20acceso%20a%20la%20informacion%20en%20las%20americas%202012%2005%2015.pdf>

Consejo Nacional de Política Económica y Social-CONPES. (2000). Departamento Nacional de Planeación/DNP.3072. Agenda de la conectividad. Recuperado de: http://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3498_documento.pdf.

Colombia, Corte constitucional. (1995, 01 de agosto). Expediente No. T-67332. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Colombia, Corte constitucional. (1995, 01 de marzo). Expediente T- 40.966. M.P. Jorge Arango Mejía.

Colombia, Corte Constitucional. (2016, 10 de enero). Expediente T-5.145.787. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Colombia, Corte constitucional. (2013, 12 de noviembre). Expediente T-3.933.163. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Colombia, Corte Constitucional. (2004. 18 de agosto) expediente T-722765. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Colombia, Corte constitucional. (2012, 21 de junio). Expediente T-2.651.508 AC. M.P. Adriana María Guillén Arango.

Colombia, Corte constitucional. (1994, 31 de agosto). Expediente T- 36390. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Colombia, Corte constitucional. (2004, 06 de mayo). Expediente T-832492. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Colombia, Corte Constitucional. (2013, 09 de mayo). Expediente PE-036. M.P. María Victoria Calle Correa.

Francescutti, P. (2015). Regímenes del secreto y sociedad de la información. Letra. Imagen. Sonido L.I.S. Ciudad Mediatizada, 7(13). Recuperado de: <http://revistalis.com.ar/index.php/lis/article/view/189/237>

García, D. (2010). Principio de la buena fe en materia de derecho civil: fundamento constitucional y aplicación jurisprudencial en el distrito judicial de Bucaramanga. (Tesis de pregrado). Universidad Industrial de Santander, Colombia. Recuperado de: <http://tangara.uis.edu.co/biblioweb/tesis/2010/138102.pdf>

Kubli-García, F. (2010). El principio de máxima publicidad en el régimen constitucional mexicano. Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2834/35.pdf>

Matallana, E. (2015). Manual de contratación de la administración pública. Bogotá: Externado de Colombia.

Ley 1712 (2014), Diario Oficial No. 49.084, 06 de marzo.

- Ministerio de las Tecnologías de la Información y la Comunicación. (2016). Guía de datos abiertos en Colombia. Recuperado de: http://estrategia.gobiernoenlinea.gov.co/623/articles-8248_Guia_Apertura_Datos.pdf
- Naciones Unidas. (2017). Convención de naciones unida de lucha contra la corrupción. Recuperado de: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf
- Neuman, L. (2002). La llave para la democracia. Recuperado de: <https://www.cartercenter.org/documents/1273.pdf>
- Newman, V. (2015) Datos personales en información pública: Oscuridad en lo privado y luz en lo público. Documentos Dejusticia 20.
- Organización de los Estados Americanos-OEA. (2009). Resolución Ag/res2, 2514 acceso a la información pública: Fortalecimiento a la democracia. Recuperado de: http://www.oas.org/dil/esp/ag-res_2514-2009.pdf
- Orti, C. (2012). Recursos tecnológicos en educación y logopedia. Universidad de Valencia. Recuperado de: <http://www.uv.es/bellochc/pdf/pwtic2.pdf>
- Peñalver, A. & Contreras, M. P. (2014). Derecho al Habeas Data en el Comercio Colombiano. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Pintos, S. (2016). Estudio del derecho de la contratación pública argentino y de la Unión europea sobre la base del principio de transparencia. Revista Contratación administrativa práctica, la ley. Número 141.
- Piñar Mañas, J.L. (2014). Transparencia y protección de datos una referencia a la ley 19/2013 del 9 de diciembre. En P. J. Luis, Transparencia acceso a información y protección de datos. Madrid: REUS.

Presidencia de la República de Colombia. (20 de enero de 2015). Decreto por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1712 de 2014 y se dictan otras disposiciones. [Decreto 103 de 2015]

Procuraduría General de la Nación. (2016). ABC del acceso a la información pública. Recuperado de:

<https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Cartilla%20ABC%20de%20la%20información.pdf>

Remolina Angarita, Nelson. (2011). Derecho & TIC 10.0. Editorial Temis S.A. Edición: Primera. Pág. 225

Remolina Angarita, Nelson. (2015). Recolección internacional de Datos personales: Un reto del mundo Post-internet. España. Agencia Española de Protección de Datos.

Revista: Derecho Comunicaciones y Nuevas Tecnologías. Universidad de los Andes –Número 17. (enero- junio de 2017). Big Data: Hacia la protección de datos personales basada en una transparencia y responsabilidad aumentada. e-ISSN 1909-786. Disponible en: https://derechoytics.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoytics/ytics260.pdf

Rodríguez, G. (2009). La confidencialidad en el ámbito de la salud y sus valores implícitos: secreto, intimidad y confianza. (Tesis de pregrado). Universidad El Bosque, Colombia. Recuperado de: http://www.bioeticaunbosque.edu.co/Investigacion/tesis/SALUD/GLORIA_LUCIA_RODRIGUEZ.pdf

Rodríguez, L. (2012). El principio de transparencia en el ordenamiento jurídico colombiano y su conexión con el derecho a la libertad de expresión en el sistema interamericano de derechos

humanos. Revista Ciencias Humanas, 9(1). Recuperado de:
<http://revistas.usb.edu.co/index.php/CienciasHumanas/article/view/1746>

Ruiz, M. (1995). La configuración constitucional del derecho a la Intimidad. Tesis doctoral. Madrid: TECNOS. Secretaría de Transparencia Presidencia de la República. (2014). Informe de Gestión Secretaría de Transparencia. Recuperado de:
http://www.anticorruccion.gov.co/SiteAssets/Paginas/Publicaciones/informe_secretaria_transparencia2014.pdf

Secretaría de Transparencia Presidencia de la República. (2015). ABC Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública. Recuperado de: <http://quindio.gov.co/home/abc-ley-transparencia.pdf>

Senado de la República. (20 de junio de 2012). Acta de plenaria 58. Recuperado de:
http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=02&p_numero=58&p_consec=33296

Steinmeyer, A. (2013). ¿Permite el derecho de acceso a la información pública, el acceso a datos personales? Serie Bibliotecnología y Gestión de la Información No. 79. Recuperado de
<http://eprints.rclis.org/18890/1/Serie%20N%C2%B079%2C%20Febrero%202013%20Steinmeyer.pdf>

Tenorio, M. (2012). La protección de datos personales desde el derecho al acceso a la información y como derecho fundamental autónomo, el caso mexicano. Revista Internacional de Protección de Datos Personales, (1). Recuperado de: https://habeasdatacolombia.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/5_-Manuel-Tenorio_FINAL.pdf

- Torres, J. (2014). Una mirada crítica a los derechos a la transparencia, acceso a la información pública y rendición de cuentas. *Ambiente Jurídico* No. 16. Centro de Investigaciones sociojurídicas.
- Torres, N. (2017). Acceso a la información y datos personales: una vieja tensión, nuevos desafíos. Recuperado de: http://www.palermo.edu/cele/pdf/DatosPersonales_Final.pdf
- Uprimny, R., Fuentes, A., Botero, C., & Jaramillo, J. (2006). Libertad de prensa y derechos fundamentales, análisis de la jurisprudencia constitucional en Colombia (1992 – 2005). Bogotá. Andiaros, Fundación Konrad Adenauer y Dejusticia.
- Valiente, E. C. (2012). Génesis histórico-normativa del derecho a la protección de los datos personales desde el derecho comparado a propósito de su fundamento. (Tesis de maestría). Universidad Carlos III, Madrid.
- Velasco San Martín, C. (2003). Privacidad y protección de datos personales en Internet ¿Es necesario contar con una regulación específica en México? *Boletín de política informática* (1). Recuperado de: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/privacidad_y_proteccion_de_datos_em_internet.pdf
- Verdaguer López J, y Bergas Jané M. (2012). Todo protección de Datos. España. Ciss Grupo Wolters Kluwer España, S.A.

Resumen

El presente artículo es producto de una investigación jurídica y su metodología tuvo un alcance analítico con enfoque cualitativo que busca estudiar el desarrollo del derecho a la protección de datos y el acceso a la información pública en el marco de la transparencia en la contratación estatal, en la modalidad de prestación de servicios con persona natural. La investigación se desarrolla a través de la caracterización del acceso a la información pública y la protección de datos en Colombia. Seguidamente en la investigación se identifican los escenarios de tensión de las normas de protección de datos personales y el acceso a la información pública, para finalmente evidenciar las tensiones generadas en la práctica jurídica en los procesos de contratación estatal en la modalidad de prestación de servicios con persona natural.

Para estos efectos, se inicia con el análisis de la Ley 1712 de 2014 conocida como la Ley de Transparencia y su incidencia en la contratación pública en la modalidad de prestación de servicios con persona natural, la cual genera retos frente a la intimidad y el habeas data del contratista. Es así como se busca analizar la divergencia existente entre proteger la información personal de los contratistas que prestan servicios al Estado y por la otra, el deber de garantizar el acceso a la información pública a los administrados que realizan control ciudadano. Bajo esta premisa se pretende responder a la siguiente pregunta:

¿Cómo se desarrolla el derecho al acceso a la información pública y la protección de datos personales en el marco de la transparencia en la contratación estatal; bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios con persona natural en Colombia?

Respuesta que se plasmó en el desarrollo de un artículo principal que caracteriza la tensión en comento y como segundo producto el presente escrito que busca proponer lineamientos para el tratamiento de información privada del contratista en el recuadro de la transparencia.

Palabras Claves: acceso a la información pública, dato personal, información, transparencia, habeas data, intimidad, privacidad, persona natural, contratista datos abiertos, datos privados, estado.

Abstract

This article is the product of a legal investigation that analyze the development of the right to data protection and access to public information within the framework of transparency in government procurement, in the form of service provision with a natural person. The research is developed through the characterization of access to public information and data protection in Colombia. Subsequently the research identifies the tension scenarios of personal data protection rules and access to public information, to finally highlight the tensions generated in the legal practice in the state contracting processes in the form of service provision with natural person.

For these purposes, it begins with the analysis of Law 1712 of 2014 known as the Transparency Law and its impact on public procurement in the form of providing services with a natural person, in the face of challenges to privacy and habeas dating of the contractor. This is how it seeks to analyze the divergence between protecting the personal information of the contractors who provide services to the state and in the other party evidenced the duty to ensure access to public information to those who perform citizen control over information Under this premise we try to answer the following question:

How the right to access public information and the protection of personal data is developed within the framework of transparency in government procurement; under the modality of contract for the provision of services with a natural person in Colombia?

Response that was reflected in the development of a main article that characterizes the tension in comment and as a second product the present paper that propose guidelines for the treatment of private information of the contractor in the transparency box.

Key words: access to public information, personal data, information, transparency, habeas data, privacy, natural person, contractor, open data, private data, state.

Introducción

En el marco de la protección de datos personales y del acceso a la información pública, en un Estado que trabaja por la defensa de la transparencia, se desarrolla la contratación estatal en la modalidad de prestación de servicios con persona natural. En la relación Estado-contratista se busca cumplir un objetivo contractual tendiente a satisfacer las necesidades de la administración pública, en lo relacionado con la gestión administrativa, y de funcionamiento, con el fin de que se realice un apoyo especializado. Así pues, el ordenamiento jurídico colombiano clasifica a las personas que deseen prestar servicios al Estado de acuerdo con los niveles de conocimiento que determina el departamento administrativo de la función pública, el Sistema Nacional de Información de Educación Superior (SNIES) y los núcleos básicos del conocimiento.

En el desarrollo de las etapas de la contratación en la modalidad de prestación de servicios, los contratistas se ven abocados a suministrar y publicar información de carácter personal bajo la bandera de la transparencia, aun cuando existe información no susceptible de ser publicada, por la actuación activa del Estado, sin embargo, puede accederse a esta bajo el ejercicio del derecho al acceso la información pública. Resulta en efecto imprescindible aclarar la relación existente entre el acceso la información pública y la protección de datos, reconociendo que la transparencia es capital para el desarrollo de una sociedad abierta y no debe considerarse un obstáculo para la protección de la privacidad del contratista en un Estado democrático social de derecho.

En el articulado de la Constitución Política de Colombia de 1991, el legislador fue visionario al incluir el tema del acceso a la información pública como un derecho, por lo que en el imaginario sociopolítico colombiano se reconocía el tema y existía un referente legal que desvelaba un interés en el tratamiento del mismo. Esto se ha implementado desde las leyes de organización administrativa emitidas a finales del siglo XIX, que pretendieron constituir una República en pleno

proceso de actualización y modificación de rasgos propios aun de la colonia, donde se obligaba a los gamonales de los distintos lugares del país a otorgar la posibilidad a quien lo solicitase de obtener la información que el mismo Estado manejaba y la cual no estuviese bajo un mandato de restricción definido en la misma Ley. Por lo que más allá de ser un derecho propio del ciudadano, se mutaba en una dignidad y claramente se respetaba a quien demostraba contar con el honor y el estatus propios de un ciudadano colombiano.

No fue sino hasta 1985 que se expidió el primer compendio legal que reunió de forma ordenada y adecuada el acceso a los documentos que emitían las diferentes escalas de la Administración Pública. La Ley 57 del 05 de junio de 1985, tenía como finalidad la siguiente “*Por la cual se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales*” (Congreso de Colombia, 5 de julio de 1985). Es decir, para la época el sistema escritural estaba en furor y los documentos se inoculaban como las herramientas correctas de expresión del querer del Estado; ya que mediante ellos se plasmaba la voluntad política, económica, social y todos los escenarios donde el Estado tiene campo de actuación.

Haciendo una contrastación entre dicha Ley y la posterior Constitución Política de 1991 surge una premonición por parte de dicho cuerpo legislativo sobre la necesidad de respetar los límites de la soberanía estatal, bajo la mirada inteligente y crítica de los pobladores del país. Todos los artículos de la Ley 57 de 1985 son una clara muestra del derecho fundamental de acceso a la información, que para la época no estaba constituido como derecho fundamental, y en consecuencia no se planteaba en el texto constitucional que regía entonces. El artículo 74 de la Constitución Política de 1991 es una reafirmación del sentido semántico y pragmático de la Ley de 1985, en especial el artículo 12 de la Ley en mención; es una aproximación aún más cercana al

concepto de derecho de petición de consulta que tiene el Estado Colombiano en la actualidad, toda vez que este señalaba expresamente que;

Artículo 12º.- 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. (Congreso de Colombia, 5 de julio de 1985)

Desde este panorama, es factible que la persona obtenga un sinnúmero de información de dominio público que puede poner en jaque la seguridad y la correcta administración del aparato estatal, puesto que se entiende que se reviste con esta característica de publicidad cualquier documento que contenga caracteres o bases de datos que se emitan por parte de entidades que manejan recursos públicos o que tienen como finalidad la función pública. Pero como es sabido, el poder político en el Estado colombiano es de orden tripartito (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), cada una de estas ramas con responsabilidades definidas y establecidas en la Constitución y la Ley; por lo que cada documento que profiere alguno de los representantes de cada una de las ramas no cuenta con el mismo nivel de reserva que el de otro funcionario público.

De lo analizado, se debe plantear que tanto la rama Ejecutiva como Legislativa tienen una incidencia mayor en el cumplimiento de permitir a los ciudadanos conocer de primera mano la información que derive del cumplimiento de sus deberes; quedando al margen el poder judicial, puesto que éste tendría un mayor nivel de protección y reserva en cuanto a los actos procesales que realiza. Es decir, no tiene igual trascendencia, con relación a la protección de datos de personas determinadas, la promulgación de una Ley de carácter general y la divulgación de una sentencia judicial que resuelve de manera definitiva un litigio de carácter penal. Sin embargo, esta misma situación se genera en las otras ramas de poder público y por ello se han creado distintos

mecanismos que propenden por una circulación limitada de información pública que riñe con datos personales de sujetos determinados y determinables. Por lo tanto, es posible crear una síntesis de la información que debe o tiene que ser pública en cada uno de los niveles de la administración.



Fuente: Elaboración del autor.

Ilustración 2. Información pública e información clasificada y reservada de las ramas del poder público en Colombia

De acuerdo con los datos recolectados en el gráfico anterior es factible señalar que al ser la Administración Pública un andamiaje con un enorme campo de trabajo, la cantidad de información

que recibe diariamente es incontable y su tratamiento debe ceñirse a los principios propios de la protección de datos personales; pero bajo los parámetros propios de la posibilidad de acceder a la misma sin ninguna dilación y con las garantías constitucionales para su conocimiento y divulgación. Las tres ramas del poder público deben regirse bajo las premisas de la colaboración armónica de poderes, por ende, los datos que se producen o transfieren entre ellas deben estar también bañados por las particularidades establecidas en la Constitución y la Ley para este tipo de procesos. Por lo tanto, determinar cómo la publicidad afecta cada uno de los escenarios del Estado implica develar de forma detallada y concisa el complejo mundo de documentos y bases de datos que nacen con cada uno de los procedimientos del aparato regulador de la política y la administración.

En cada uno de los espacios propios de la rama Ejecutiva, Legislativa y Judicial se han propuesto diferentes mecanismos para hacer material el principio de publicidad de la información y con ello el real acceso de quienes tienen un interés legítimo y justificado (requisito este que no es obligatorio en todos los casos). Además de sentar una correcta circulación de la misma de forma que cada una de las personas conozca a priori cuáles son las decisiones, directrices y ordenanzas que dicta o genera el Estado. Tanto la Ley, como las decisiones judiciales y los actos administrativos, necesitan darse a conocer para que se legitimen y se conviertan en exigibles ante los obligados.

Desde la Ley se ha dado autonomía a cada una de las entidades estatales para crear herramientas efectivas de comunicación para publicar la información que se entiende es pública; siendo las páginas web de las entidades estatales los actuales vehículos que establecen conexión con la persona del común para un correlativo diálogo y control. Algunos organismos estatales han hecho una labor exaltable creando sitios web que se actualizan en tiempo real, pero también algunas entidades han dejado de lado esta tarea, lo que dificulta el conocimiento de la administración y su

gestión. Esta situación es habitual en entidades descentralizadas del orden departamental y municipal que quizás pasan desapercibidas y qué terminan perjudicando al sujeto principal de la relación Estado-persona.

La bandera de la publicidad propia de la transparencia cubija la contratación estatal en la modalidad de prestación de servicios con persona natural. En este punto se centra la presente investigación, dados los escenarios de tensión entre los lineamientos de publicidad y los preceptos de privacidad. Para estos efectos se parte de que se está en tensión o conflicto cuando

[...] dos o más normas tienen el mismo ámbito de aplicación y sus "contenidos normativos" son incompatibles, es decir, que las normas en conflicto no pueden ser satisfechas al mismo tiempo, dado que el cumplimiento de una produce necesariamente la desobediencia de la otra. (Huerta, 2007)

2. Lineamientos para liberar tensión entre el acceso a la información pública y la protección de datos personales del contratista persona natural

2.1 La contratación estatal y su modalidad de contratación directa con persona natural

Teniendo en cuenta que el objeto de estudio corresponde a revisar las tensiones entre el acceso a la información pública conforme a la Ley 1755 de 2014 y lo relativo a la protección de datos personales del contratista como persona natural; es pertinente revisar y analizar los fundamentos necesarios para la comprensión del contrato estatal en el Ordenamiento Jurídico Colombiano.

Con relación a la naturaleza del Contrato estatal, es necesario traer a colación lo referido por el doctrinante Juan Carlos Expósito Vélez, el cual ha indicado que:

Así, el Contrato estatal es esencialmente formalista, a diferencia de lo que acontece en el derecho privado en donde impera, por regla general la plena libertad de forma conforme al principio *solus consensus obligat*, en virtud del cual con la mera aceptación de la oferta nace el contrato a la vida jurídica. (Expósito, 2013, p. 29).

Es posible argumentar entonces, que existe una naturaleza jurídica del contrato estatal que difiere abismalmente de lo relativo a los contratos que se suscriben entre particulares y que se regula bien sea por el Código Civil o el Código de Comercio.

Efectuada la claridad anterior, lo cual se requiere para definir las bases del contrato estatal y fundamentalmente lo relativo a la contratación directa; es imperativo decir que constantemente las entidades que componen la Administración Pública en Colombia suscriben contratos con particulares bajo este tipo de modalidad, esto en aras de poder responder a las necesidades o exigencias que tenga determinada Institución para el cumplimiento de su objeto. Al respecto, se ha dicho que:

La contratación directa emerge, en consecuencia, como una solución ágil a las necesidades diarias de la Administración, y flexibiliza la selección del contratista solamente en aquellos casos expresamente autorizados por la ley, dependiendo del objeto del contrato, de la urgencia de la contratación, de la naturaleza de la entidad contratista o de la no existencia de pluralidad de oferentes. (Rodríguez, 2011, p. 265)

2.1.1 Aspectos principales en la evolución de las normas de contratación estatal

Frente a las normas en materia de derecho público, la historia siempre nos refiere a que las instituciones jurídicas colombianas son reflejo de las instituciones jurídicas francesas, con una adaptación dinámica ajustada a la práctica jurídica local mediante la construcción de jurisprudencia de las altas cortes. En ejercicio de lo mencionado, nacen los criterios de distinción del contrato administrativo en el que se resaltan los procedimientos de selección del contratista, que se distinguen de los contratos celebrados entre particulares por el modo en que debe efectuarse la selección al particular que fungirá como contratista de la administración; particularmente las cláusulas exorbitantes que se imponen en el contrato administrativo y que le otorgan ventajas a la administración.

Ahora bien, las bases de la contratación en Colombia se asientan en la aplicación del derecho privado. Con la expedición de la Constitución Política de 1886, se presentaba el régimen de libertad en la contratación estatal asimilable a los contratos entre los particulares, y de los que sobresalían los contratos de concesión de derechos de peaje y negocios de compras y de suministros, propios de una administración simple. Con el pasar del tiempo la sociedad demandaba mayores requerimientos y obligó a la administración a crear instituciones jurídicas que permitieran al Estado satisfacer dichas necesidades, entre ellas, normas de orden nacional con respecto a la contratación pública. Entre las normas más representativas se encuentra la Ley 110 de 1912 denominado código fiscal, que se expide con el objetivo de generar cláusulas de caducidad y pecuniarias en todo contrato que celebre el Estado con particulares, y emprendió un largo camino que generó distinción entre los contratos entre particulares y los contratos entre particulares y el Estado, hoy denominados contratos públicos.

A finales del siglo XX Colombia se estableció como un Estado social de derecho organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general. Así lo establece el artículo 1º de la Constitución Política de Colombia. Para garantizar el interés general bajo la autonomía de las entidades de la administración pública, judicial y legislativa surge la necesidad de crear un instrumento jurídico que permitiese contratar a nombre del Estado con personas naturales o jurídicas denominadas particulares. (Cháves, 2015)

Es por lo anterior que la contratación pública es el medio más utilizado por todas las entidades del Estado del orden nacional o territorial, centralizada o descentralizada, con el ánimo de cumplir

con los fines que le ha sido encomendada desde la propia Constitución Política de 1991, que en su artículo segundo reza

Son fines esenciales del estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la Republica están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. (Constitución Política de Colombia, artículo 2).

Es así como la contratación estatal en Colombia busca satisfacer el interés público como una finalidad inherente al Estado. Es por su naturaleza que la contratación pública en Colombia es de carácter reglado en procura de elegir las ofertas más favorables, estableciendo modalidades de selección de contratistas, poniendo en igualdad de condiciones a los particulares interesados en la contratación sin que medie una libertad absoluta. Es de esta manera como en la adquisición de un bien, servicio o la ejecución de obras, la administración está en la obligación de implementar las modalidades de contratos determinados para cada necesidad.

Así las cosas, la contratación estatal es una actuación administrativa que busca satisfacer las necesidades de las entidades del Estado y cumplir con su finalidad, mediante la celebración de contratos, convirtiéndose en una herramienta de vital importancia para satisfacer el interés general, mejorar la calidad de vida de los ciudadanos y generar bienestar a la población. Para el caso que nos ocupa, el contrato de prestación de servicios tiene por objeto la ejecución de las actividades relacionadas con la administración, el funcionamiento y la misión de la entidad, se pueden celebrar con personas naturales idóneas y su adjudicación es mediante la contratación

directa, forjando así el talento humano especializado o no, que conduzca los procesos y procedimientos de las entidades públicas.

- **Aspectos relevantes de la contratación estatal posteriores a la Constitución Política de 1991**

La contratación pública en Colombia es reglada por el Estatuto General de la Contratación Pública (en adelante EGCP), Ley 80 de 1993, la cual consagra el término genérico de entidades estatales, generaliza la denominación de contratos al llamarlos contratos estatales, define el concepto de servidor público, establece los principios de la contratación estatal de los que resalta el equilibrio económico y financiero de la ecuación contractual, establece el régimen de exorbitancia, unifica el procedimiento de selección del contratista por medio de licitación o concurso público, extiende el régimen de incompatibilidades de los servidores públicos a los contratistas, asesores, interventores y demás actores de la contratación que cumplen de manera permanente o transitoria funciones administrativas; crea el registro único de proponentes administrado por las cámaras de comercio del país, introduce las figuras de las uniones temporales y la de promesa de asociación futura.

El marco jurídico de la Ley 80 de 1993, se rige bajo unos principios rectores que buscan garantizar la transparencia en los procesos de contratación con el fin de evitar el abuso de la autonomía de las entidades públicas en detrimento de los administrados y establece los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad. (Ley 80 de 1993). Para el año 2007, la Ley 1150 de 2007 reforma el EGCP buscando implementar la modernización de la contratación pública en Colombia. Como aporte relevante se creó un sistema de selección abreviada y un concurso de méritos, en relación con los contratos de consultoría,

asimismo se aclara por primera vez el concepto de contratación directa. Complementa la norma la selección abreviada en el mercado de suministros y crea una interrelación entre las nuevas tecnologías y las modalidades de contratación, generando el sistema de subasta inversa o instrumentos de compra por catálogos, derivados de la celebración de acuerdos, marco de precios o de procedimientos de adquisición en bolsas de productos en las modalidades presencial o electrónica.

En este orden, fue necesario desarrollar el Sistema Electrónico de Contratación Pública – SECOP, que buscó unificar la información de la contratación, divulgando las actuaciones precontractuales y contractuales creando nuevos criterios de selección objetiva, como lo son los requisitos habilitantes y factores ponderables, exigiendo el cumplimiento pleno del principio de publicidad, mediante la exposición oportuna de los pliegos y condiciones, estudios y documentos previos, para ser sometidos a la comunidad.

Con estas actuaciones se busca permitir la formulación de observaciones a su contenido, como nuevo elemento para la ejecución del contrato. Se establece como deber para participar el acreditar que el contratista se encuentra al día en el pago de aportes parafiscales relativos al sistema social integrado, así como los denominados parafiscales, datos en estos últimos que obligan al contratista a publicar dentro de la etapa precontractual su situación de salud y pensión ante los diferentes medios electrónicos que termina en la publicación masiva de datos meramente personales del contratista, con el fin de que algunos ciudadanos puedan ejercer oposición ante las entidades, órganos de control o en la instancia jurisdiccional por considerar que se ve afectado el interés general por la contratación de la persona natural.

Ahora bien, para el caso que nos ocupa es pertinente precisar el concepto de contrato de prestación de servicios con persona natural, modalidad contractual estipulada en la Ley 80 de 1993 artículo 32 numeral 3º, definido de la siguiente manera

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos solo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente responsable. (Ley 80 de 1993, artículo 32 numeral 3)

La Corte Constitucional en varias oportunidades ha descrito los elementos esenciales del contrato de prestación de servicios con persona natural. De sus pronunciamientos vale la pena destacar las siguientes características

- a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores debido a la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.
- b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato.
- c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. (Colombia, Corte Constitucional, 1997, 10 de Julio, 1997)

La modalidad de prestación de servicios con persona natural ha sido distinguida por la misma Corte Constitucional de otras relaciones legales y contractuales en las que se destaca la prestación personal de un servicio al Estado como elemento coincidente. En primera medida resulta pertinente diferenciar la modalidad contractual con la relación legal laboral, para lo cual en esta materia la Corte Constitucional ha señalado en la sentencia 326 de 1997, lo siguiente

Si bien con él se materializa una relación contractual entre la entidad estatal que contrata y la persona natural, relación que no admite el elemento de subordinación de parte del contratista, quien actúa como parte autónoma e independiente sujeta a los términos del contrato y de la ley contractual, las características de las labores que a ellos se encomiendan, que tienen una relación directa con el servicio público, exigen de la administración un minucioso control sobre sus calidades y condiciones, similar al que debe adelantar cuando selecciona a las personas que vinculará como servidores públicos. (Colombia, Corte Constitucional, 1997, 10 de Julio, 1997)

En este sentido es claro que el elemento de subordinación en el contratista no existe como quiera que *“El contratista de prestación de servicios ejecuta las tareas a él confiadas con la autonomía propia de un empresario o profesional independiente.”* (Castro Fierro, 2011)

Así las cosas, podemos decir, que de lo anterior se desprende una generalidad básica para definir los contratos de prestación de servicios con persona natural, entendidos como todos aquellos cuyo objeto esté determinado materialmente por el desarrollo de actividades identificables que impliquen un esfuerzo o actividad tendiente a satisfacer las necesidades de la administración pública en lo relacionado con la gestión administrativa y de funcionamiento, con el fin de que dichas actividades sean acompañadas, apoyadas, soportadas para aportar y reforzar la administración con conocimientos especializados o básicos, siempre y cuando las personas que pretenden prestar un servicio al Estado se clasifiquen dentro del ordenamiento jurídico referente a

los niveles de conocimiento que determina el Departamento Administrativo de la Función Pública, el Ministerio de Educación Nacional con el SNIES y los núcleos básicos del conocimiento como lo son Asesor, Profesional (Especializado o Universitario), Tecnólogo, técnico y Asistencial.

En complemento vale recordar que la Sección Tercera del Consejo de Estado, unificó la jurisprudencia respecto de lo siguiente: La aplicabilidad de los contratos de prestación de servicios y apoyo a la gestión, al considerar que las actividades operativas, logísticas o asistenciales también se acogen a la figura jurídica de contrato de prestación de servicios. (Consejo de Estado, 2 de diciembre de 2013)

Por último, cuando aún se dé una clasificación de contratos de prestación de servicios respecto de conocimiento o intelecto y el objeto del mismo, se encuentra que el trámite para la contratación directa por prestación de servicios con persona natural, debe siempre respetar los principios de la contratación estatal y seguir a cabalidad los pasos determinados por el legislador en sus etapas pre-contractual, contractual y pos-contractual.

2.1.2 De las generalidades frente a las etapas de la contratación en la modalidad de prestación de servicios con persona natural

El contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para ejecución de trabajos artísticos, que sólo pueden encomendarse a determinadas personas naturales es definido por el artículo 2.2.1.2.1.4.9. del Decreto 1082 de 2015 que reza

Artículo 2.2.1.2.1.4.9. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. Las Entidades Estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la Entidad Estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la Entidad Estatal haya

obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita. (Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.1.4.9.).

Por lo que el contrato de prestación de servicios con persona natural está asociado a la modalidad directa de contratación y tiene por objeto la ejecución de actividades relacionadas con la administración, el funcionamiento y la misión de la entidad, por lo que se pueden celebrar con personas naturales. Su adjudicación es mediante contratación directa por lo que no requiere de un número plural de ofertas, en este tipo de contratos se agrupan tanto los profesionales como los de apoyo a la gestión. Dichos contratos no generan relación laboral ni prestaciones sociales y su duración solo puede comprender lo estrictamente indispensable. Es importante señalar que esta modalidad de contratación se sustenta en la capacidad que la Constitución otorga a los particulares para ejercer funciones públicas y administrativas del Estado, según lo dispone el artículo 113 y 210 de la Constitución Política de Colombia.

La contratación pública en Colombia se desarrolla a través de tres etapas fundamentales denominadas Precontractual, Contractual y pos-contractual definidas de la siguiente manera:

En la etapa precontractual el Estado, como sujeto de deberes y obligaciones, identifica el deber de satisfacer una necesidad que atiende el interés general por intermedio de la administración. Una vez identificada la necesidad, le corresponde elaborar todos los estudios, diseños, anteproyectos, proyectos, diagnósticos, y todo lo necesario que conlleve a establecer los requisitos que permitan cumplir con el deber de satisfacer las necesidades de interés general; los cuales proveen a la administración la mejor opción para elegir la adquisición de una obra, bien o servicio.

También en esta etapa se deberá tener en cuenta, al momento de realizar la solicitud, los distintos documentos, elementos y las condiciones mínimas que deberán contener los estudios a la hora de publicar la necesidad de contratar por parte de la administración. Tales documentos,

elementos y condiciones son los denominados permisos, licencias, autorizaciones, registros en plataformas digitales tales como el SECOP y el SIGEP; consulta sobre impuestos, certificados de idoneidad y experiencia; hoja de vida, antecedentes judiciales, fiscales y disciplinarios; análisis del mercado, elaboración de un presupuesto, determinación del sistema de precios, forma de pago, estimación de costos, gastos de administración, determinación y procedimiento de selección del contratista; verificación de la apropiación presupuestal, programación de la contratación, programación del contrato y demás requisitos que la administración Nacional, Departamental o Municipal requiera. Colombia Compra Eficiente ha señalado al respecto

Las entidades públicas, en virtud del principio de planeación, están obligadas a la elaboración previa de estudios y análisis suficientemente serios y completos, antes de iniciar un procedimiento de selección, encaminados a determinar, entre muchos otros aspectos relevantes: (i) la verdadera necesidad de la celebración del respectivo contrato; (ii) las opciones o modalidades existentes para satisfacer esa necesidad y las razones que justifiquen la preferencia por la modalidad o tipo contractual que se escoja; (iii) las calidades, especificaciones, cantidades y demás características que puedan o deban reunir los bienes, las obras, los servicios, etcétera., cuya contratación, adquisición o disposición se haya determinado necesaria, lo cual, según el caso, deberá incluir también la elaboración de los diseños, planos, análisis técnicos, etcétera; (iv) los costos, valores y alternativas que, a precios de mercado reales, podría demandar la celebración y ejecución de esa clase de contrato, consultando las cantidades, especificaciones, cantidades de los bienes, obras, servicios, etcétera., que se pretende y requiere contratar, así como la modalidad u opciones escogidas o contempladas para el efecto; (v) la disponibilidad de recursos o la capacidad financiera de la entidad contratante, para asumir las obligaciones de pago que se deriven de la celebración de ese pretendido contrato; (vi) la existencia y disponibilidad, en el mercado nacional o internacional, de proveedores, constructores, profesionales, etc., en condiciones de atender los requerimientos y satisfacer las necesidades de la entidad contratante; (vii) los procedimientos, trámites y requisitos que deban satisfacerse, reunirse u obtenerse para llevar a cabo la selección del respectivo contratista y la consiguiente celebración del contrato que se pretenda celebrar. (Colombia Compra Eficiente, 2017)

Respecto a la planeación en la actividad del contrato estatal, se ha dicho que:

En ese sentido, hay a partir de la Ley 1150 de 2007, un mayor acento en fortalecer lo que antecede al proceso de selección, como una manera de hacer realidad los propósitos, tanto de “eficiencia”, como de “transparencia” en cada proceso contractual público. Así, en relación con la finalidad de los estudios y documentos públicos, diríamos lo siguiente:

- a) Desde la perspectiva de la entidad, estos estudios permiten establecer los elementos básicos de la contratación a realizar.
- b) Desde la perspectiva de los proponentes, en atención a que los documentos previos son públicos de manera simultánea con la publicación de pliegos y a que deben estar a disposición durante todo el proceso de selección, los mismos permiten una participación activa de los proponentes en el diseño del contrato a celebrar y en las condiciones mismas de la competencia. Desde luego, a esa mayor capacidad de interlocución de los proponentes en el proceso se corresponde la exigencia de una mayor carga de diligencia a los mismos; en particular, en lo relativo a su participación en la distribución de riesgos como se deriva de lo establecido en el artículo 4º de la Ley 1150 de 2007. (Suárez, 2014.).

Una vez identificada la necesidad que tiene el Estado y su deber de satisfacer el interés general a través de las diferentes modalidades estipuladas en el EGCP, y con el lleno de los requisitos (documentos, elementos y condiciones), la administración estaría lista para la siguiente etapa denominada contractual.

La etapa contractual inicia a partir de la suscripción del contrato y comprende la ejecución del objeto contractual por parte del contratista. Es aquí en donde se desarrollan las obligaciones del contrato y se elaboran los entregables.

Como última etapa se encuentra la denominada pos-contractual, que no es más que todas aquellas actuaciones posteriores al vencimiento del término establecido en el contrato, o en el acto que lo da por terminado de manera anticipada.

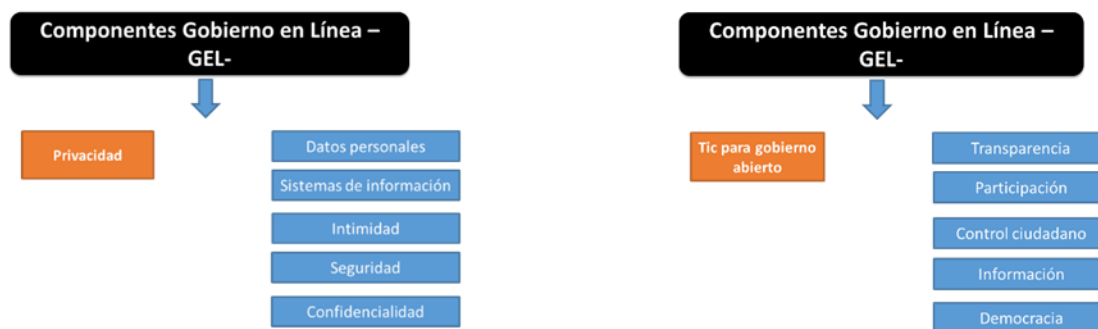
2.1.3 Algunas herramientas tecnológicas al servicio de la contratación estatal

La Ley 1712 de 2014 mediante la cual se desarrolla la “*Ley de transparencia y del Derecho al Acceso a la Información Pública Nacional*”, regulada por el Decreto 103 de 2015, desarrolló los diferentes elementos reguladores del artículo 74 de la Constitución Política de 1991 y es el compendio normativo con mayor grado de propaganda y conocimiento por parte de los ciudadanos. El objeto de dicha ley se encamina hacia la consecución de la transparencia, entre otros, a través de la publicidad de la información en cabeza del Estado.

La mencionada norma pauta una serie de conceptos y lineamientos que deben ser acatados por las entidades estatales, con el objetivo central de que el acceso a la información sea el abanderado en la búsqueda de la transparencia administrativa, lo que desemboca en una transparencia política, económica, jurídica, etc. A partir de la interpretación de la norma en comento, se vislumbra el desarrollo de la estrategia del Gobierno en línea, el cual ha venido.

[...] siendo implementado de manera sistemática y coordinada en todas las entidades públicas, en un primer momento a partir de lo establecido en la Directiva Presidencial No. 02 del 2000 y continuando de manera estructurada desde el 2008, año en que se expidió el Decreto 1151 que definió los lineamientos generales de la Estrategia de Gobierno en línea. Tres años después de este significativo hito, se han evidenciado cambios y avances en el uso y apropiación de la tecnología como herramienta que permite mejorar la gestión pública, la provisión de servicios y la transparencia, encaminados a cumplir las funciones del Estado, lo cual ha motivado la evolución en el direccionamiento de la Estrategia. (Ministerio de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, 2011) En este sentido, lo que se ha buscado con lo descrito es plantear el surgimiento y modernización de una nueva forma de gobierno llamada “Gobierno en línea”.

El objetivo de dicho programa parte de una concepción primaria de las tecnologías de la información y la comunicación en todas las entidades objeto de la función pública. El gobierno en línea en Colombia es desarrollado mediante 4 componentes básicos: Tic para el gobierno abierto, Tic para servicios, Tic para la gestión y Seguridad-privacidad. Para los efectos de la presente investigación es necesario resaltar los elementos que conforman Tic para el gobierno abierto y Tic para la gestión y la privacidad, de los que dan cuenta la ley 1712 de 2012 y la ley 1581 de 2012; esta última como norma estatutaria que desarrolla el habeas data y procura el resguardo de la privacidad conforme puede observarse en la siguiente ilustración.



Fuente: Elaboración del autor.

Ilustración 3. Componentes gobierno en línea

En este orden, la ley de transparencia en el marco del gobierno en línea permite materializar el componente de Tic para el gobierno abierto como herramienta que tienen los ciudadanos para participar y hacer control social sobre la actuación de la administración que, para el caso que nos ocupa, se enfocaría en la contratación estatal en la modalidad de prestación de servicios con persona natural. Vale la pena resumir la teleología y la proyección del Gobierno en línea así:

La Estrategia de Gobierno en línea en Colombia, tiene como visión la de un Estado construido por y para los colombianos, mediante el aprovechamiento de las TIC, para la prosperidad del país. En esta medida, la visión del Gobierno en Línea, establece como prioridad el desarrollo e implementación de las Tics en cada uno de los estamentos del Estado, con el objetivo de contribuir a la construcción de un

Estado eficiente, transparente y participativo, en concordancia con las necesidades de todos los colombianos y acorde con el desarrollo político, económico y social del país. (Velasco C. , 2003, pág. 36)

Esta meta de Estado procura que el uso e implementación de las llamadas Tics logren una disponibilidad y publicidad de la información mediante una divulgación de la gestión contractual desde su planeación (etapa pre contractual), la ejecución en la etapa contractual y la etapa pos contractual.

En la adquisición de bienes y prestación de servicios, el Estado colombiano hace uso constante de la contratación pública para el cumplimiento de los fines de Estado, lo cual invita a la modernización institucional mediante las TICS. Al revisar los diferentes tipos de contratos estatales es fácil percatarse de la amplia y detallada regulación en derecho administrativo sobre las etapas, términos, derechos y deberes al interior del procedimiento de contratación pública, desde la planeación hasta la liquidación del mismo. Hoy en día el Estado colombiano le apunta a una modernización institucional estableciendo mecanismos y herramientas para la implementación del *E-procurement*.

El *e-procurement* se define como “la automatización de procesos internos y externos relacionados con el requerimiento, compra, suministro, pago y control de productos utilizando el Internet como medio principal en la comunicación cliente-proveedor.” (Dominguez, 2017, p. 1)

El portal de Colombia compra eficiente definió el *e-procurement* como:

La integración de las tecnologías digitales a los procedimientos propios de la compra y de la contratación, permitiendo la interacción virtual de los interesados, la trazabilidad de la toma de decisiones, el intercambio de información y documentación en línea, la información en tiempo real. (Colombia Compra Eficiente, 2016)

Estas herramientas están basadas en las posibilidades que las Tics brindan para la optimización de las funciones y actuaciones del Estado en desarrollo de tendencias de Gobierno abierto como lo son “Urna de Cristal”, “Sí Virtual” o “Gobierno en línea”.

Es así como en procura de la institucionalización de un *e-procurement* y de una disponibilidad y accesibilidad de la información en los procesos de contratación, se crean herramientas TICS, tales como portales y sistemas que, para efectos de la presente investigación, se centrará en el portal Colombia Compra, SECOP I, SECOP II y el SIGEP. Lo antecedido teniendo en cuenta que buscamos verificar que la cristalización de la contratación de persona natural puede generar tensiones de los derechos fundamentales como el acceso a la información pública y la protección de datos.

2.1.4 De las principales herramientas tics para titulares que prestan servicios al Estado

De conformidad a lo expuesto por Roberto Laguado (2004), *“La contratación pública por medios electrónicos es el instrumento por medio del cual la administración estatal, utilizando en lo esencial medios electrónicos, busca satisfacer sus necesidades de contratación”*. (P, 459).

Aunado a lo anterior, se encuentra que, conforme al concepto de Erick Rincón Cárdenas, en la Ley 962 de 2005, por medio de la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos, el legislador consagró como principio orientador el fortalecimiento tecnológico, según el cual, con el fin de articular la actuación de la administración pública y de disminuir los tiempos y costos de realización de los trámites por parte de los administrados, se incentivará el uso de medios tecnológicos integrados, para lo cual el

Departamento Administrativo de la Función Pública, en coordinación con el Ministerio de Comunicaciones, orientará el apoyo técnico requerido por las entidades y organismos de la administración pública. (Rincón, 2011).

En aras de hacer el proceso de contratación transparente, el CONPES 3249 recomendó la creación de un sistema que permitiera la publicidad de cada una de las etapas de contratación desde su planeación hasta su liquidación. Este se concibió en dos fases, la primera que consistió en el portal único de contratación PUC y la segunda fase transaccional que incorporó la posibilidad de llevar a cabo la contratación pública a través de medios electrónicos. Como evolución se expide el decreto 2178 de 2006 por medio del cual se crea el sistema electrónico para la contratación pública SECOP; que si bien el mencionado Decreto fue posteriormente derogado se sigue manteniendo el SECOP como el sistema de apoyo para la contratación pública concibiéndose como un instrumento de apoyo de la gestión contractual y como un mecanismo de interacción entre las entidades, los contratistas, la comunidad y los entes de vigilancia y control. (Melo, 2014) Hoy en día la tecnología y las decisiones de política pública nos han permitido sumar al Sistema Electrónico para la Contratación Pública dos plataformas informáticas adicionales: (a) la Tienda Virtual del Estado Colombiano, y (b) el SECOP II. (Colombia Compra Eficiente, 2017)

El sistema de compras públicas en Colombia es coordinado por una nueva Entidad denominada Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, la cual tiene bajo su competencia

[...] desarrollar e impulsar políticas públicas y herramientas, orientadas a la organización y articulación, de los partícipes en los procesos de compras y contratación pública con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado (Departamento Nacional de Planeación, 2011, p. 4).

En desarrollo de sus funciones, Colombia Compra Eficiente se encuentra actualmente en la aplicación e implementación de un conjunto de mecanismos y herramientas para la organización del nuevo sistema de compras públicas, las cuales provienen originalmente de las figuras del *E-government* y, de manera más precisa, de la utilización de las prácticas propias del *E-Procurement* a la gestión contractual pública.

Las herramientas TIC utilizadas por Colombia Compra Eficiente para la organización del nuevo Sistema de Compras Públicas pretenden potencializar la eficacia, eficiencia y economía en la gestión del gasto del Estado para la adquisición de bienes, obras y servicios; lo cual redunda en la maximización de la satisfacción de las necesidades públicas, una gestión pública más transparente y una mejor materialización de las políticas públicas y del cumplimiento de los fines esenciales del Estado. En suma, dicho sistema integrará los sistemas de información existentes relacionados con contratación pública y generará información para la gerencia y gestión contractual de las entidades, integrando las herramientas necesarias para hacer más eficiente la realización de procesos de selección con el apoyo de medios electrónicos. De otra parte, por medio de la Ley 1150 de 2007 se introducen medidas que transformaron la Ley 80 de 1993. (Colombia Compra Eficiente, 2017)

Es así como dentro de estas herramientas TIC nace la implementación de procedimientos de gestión contractual del Estado de forma virtual, desarrollando los procedimientos virtuales de agregación de demanda, acuerdos marco de precios, la tienda virtual y la compra en grandes superficies; la subasta electrónica para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización así como la creación del portal “Síntesis”, que permite

a todos los actores de los procesos de contratación pública, el fácil y ágil acceso a toda la información constitucional, legal, reglamentaria y jurisprudencial aplicable a su labor.

En lo que refiere a la modalidad de contratación directa con persona natural, podemos observar que existe una herramienta denominada Sistema de Información de Empleo Público –SIGEP, que complementa la gestión para las instituciones públicas en el cual se permite identificar las estructuras de las entidades en cuanto a la organización del talento humano y reposa la información del contratista como titular de la información. En esta herramienta se integra la información de los diferentes actores que colaboran dentro de Estado, como los funcionarios de planta y los contratistas bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios con persona natural.

El Sistema de Información y Gestión del Empleo Público en adelante SIGEP es un instrumento que contiene información de carácter institucional de orden nacional y territorial, con relación a la entidad, el sector, la planta de personal, el manual de funciones con sus respectivos cargos y salarios, las prestaciones, entre otras. Este es un gran repositorio de información pública y privada toda vez que contiene datos de las hojas de vida, declaración de bienes y rentas entre otra información relevante del titular de datos que presta servicio al Estado.

Por otra parte, a través de esta herramienta de gestión se analiza y viabilizan los procesos como la movilidad de personal, el plan Institucional de Capacitación, evaluación del desempeño, programas de bienestar social e incentivos entre otros asuntos propios de la gestión humana de una organización pública. En suma, la organización del SIGEP está dada en tres subsistemas de conformidad con el decreto 2842 del 2010, así:

Subsistema de Organización Institucional: Es integrado por módulos que permiten gestionar los datos que identifican y caracterizan las entidades Públicas. En este se resguardan las

estructuras, la planta de personal, el sistema de clasificación de empleos, el régimen salarial y prestacional conforme se había mencionado.

Subsistema de Recursos Humanos: Este Subsistema contiene la información sobre los servidores públicos y contratistas que prestan servicios personales. En este vale destacar que la información está desde su vinculación, que en términos de protección de datos se podría inferir que se está en la etapa de recolección y circulación de datos personales; seguidamente la permanencia del funcionario en donde los datos del contratista son publicados o puestos a disposición estando en una etapa del ciclo de vida del datos, RAUCS (Recolección, Almacenamiento, Uso, Circulación y Supresión) de almacenamiento uso y circulación; y finalmente el retiro de conformidad con las normas de archivo, las normas de contratación estatal, los datos no suelen ser suprimidos y se mantienen en almacenamiento activo y pasivo. En complemento se cuenta en este subsistema con la información sobre la fuente de financiación, es decir, el presupuesto de inversión, de funcionamiento o aportes en virtud de los convenios suscritos con organismos internacionales según corresponda.

El subsistema de Servicio al Cliente: Este Subsistema solidifica el acceso a la información pública pues es donde se registran y controlan las solicitudes o peticiones, así como las respuestas a la ciudadanía. Es aquí en donde se desarrolla un espacio de interacción con las instituciones públicas, los servidores, los ciudadanos, el Departamento Administrativo de la Función Pública y el SIGEP conforme el TIC para servicios lo espera.

En conclusión, la herramienta contiene información sobre el talento humano, en el cual se destacan los datos de carácter personal (fecha de nacimiento, estado civil, nivel de escolaridad,

datos de contacto, referencias familiares y personales, datos de salud y pensión, gustos y tendencias, experiencia etc.) que reposan en las hojas de vida, declaración de bienes y rentas y los procesos propios de las áreas encargadas de administrar al personal vinculado a éstas. Es aquí en donde convergen obligaciones emanadas de la transparencia que vinculan el tratamiento de datos personales en su ciclo RAUCS (Recolección, Almacenamiento, Uso, Circulación y Supresión), para satisfacer las necesidades del Estado en el marco de un acceso a la información pública y un cuidado a la privacidad de los titulares de los datos personales.

Finalmente hay que destacar que las plataformas y sistemas TIC son el desarrollo de los artículos 113, 189 numeral 11 y artículo 209 de la Constitución Política, consagrados en la Ley 489 de 1998, la Ley 909 de 2004 y el Decreto Único Reglamentario para la Función Pública, que, en todo caso de conformidad con la estrategia de gobierno en línea, busca la implementación del SIGEP y la interoperabilidad con el Sistema General de Información Administrativa del Sector Público (SUIP).

2.2 Del tratamiento de información personal e íntima del contratista

Antes de entrar a analizar en detalle los datos objeto de tratamiento por parte del Estado en el marco de una contratación pública con persona natural, se hace menester partir de la base de que los datos personales y la información privada del contratista tienen un manejo diferencial frente al tratamiento de información de persona natural privada. Sobre el particular se parte del extremo de la máxima transparencia para la consolidación de un verdadero Estado Social de Derecho Democrático. En consonancia con lo afirmado es indiscutible citar al profesor Norberto Bobbio (1988) quien reconoció que “*Naturalmente lo que vale para los asuntos públicos de un régimen*

democrático en el que la publicidad es la regla y el secreto la excepción.” (p.24). En su texto califica como una razón para la disminución de la democracia y la transparencia el hecho de que exista “*la presencia en el sistema internacional de estados no democráticos, en los que el secreto es la regla y no la excepción.*” (Bobbio, 1988, p. 21), por lo cual es clave conciliar la máxima transparencia y publicidad con el respeto y resguardo de la información íntima y el habeas data.

¿Cómo desconocer la importancia de la transparencia, especialmente en materia de contratación, cuando estamos ante la administración del erario, sin desconocer las normas que enmarcan la privacidad del contratista? Para lo anterior, es menester reconocer una aproximación al alcance del derecho a la intimidad y al habeas data de los contratistas, quienes por virtud de la ley son considerados funcionarios públicos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que en

[...] una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza. (2009).

La Fundación Gabriel García Márquez para el nuevo periodismo iberoamericano, refiriéndose a la libertad de expresión sobre funcionarios públicos, describía la situación del funcionario público frente a la vida pública con la siguiente reflexión: “*El funcionario tiene un derecho a la intimidad que es menos extenso que el del ciudadano privado, por cuanto es responsable de bienes que son de todos.*” (2012)

No en vano el parlamentario británico Lord Nolan en su informe de 1995 resumía la vida pública de los funcionarios en “*siete principios de desinterés, integridad, objetividad,*

responsabilidad, transparencia, honestidad y liderazgo” (1996). No obstante, reconocía igualmente como “*hay que llegar a un equilibrio entre la transparencia y la privacidad de los individuos.*” (Nolan, 1996, pág. 96)

El Estado mexicano de igual manera reconoce en su ordenamiento jurídico los derechos asociados a la privacidad para los funcionarios públicos, de forma diferencial, pues considera que

Las figuras públicas tienen protegidos sus derechos de la personalidad, pero de una manera disminuida que el resto de la sociedad. Ya que, por su condición de servidores públicos, los mismos se encuentran sometidos al escrutinio público, ya que hay aspectos de su vida privada que pueden impactar en el desempeño de sus funciones y por lo tanto son de interés público. (Evaristo, 2017, p. 33).

En la realidad colombiana el asunto guarda igual línea, pues se da un tratamiento especial realizando una aplicación de parámetros de protección diferencial para personas públicas y personas privadas. Este modelo diferencial es conocido en la doctrina como el modelo dual, actualmente reconocido por la Corte Constitucional Colombiana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el cual se fundamenta en que:

Un menor grado de protección de los derechos al habeas data, al buen nombre y a la intimidad en relación con la divulgación de información que se refiere a funcionarios públicos y personas de interés público, porque la vida privada de estos últimos es observada de manera más detallada por el interés general. (Newman, 2015, pág. 62)

Ahora bien, sobre el tema que nos atañe acerca del contratista y sus datos, la autora Vivian Newman en el análisis del artículo noveno de la ley 1712 cita en su texto Datos Personales en la información pública que:

El artículo 9 de la mencionada ley (declarado exequible) contiene información mínima obligatoria que incluye en el párrafo la obligación del Departamento Administrativo de la Función Pública de establecer: ...un formato de información de los servidores públicos y de personas naturales con contratos de prestación de servicios, el cual contendrá los nombres y apellidos completos, ciudad de nacimiento, formación académica, experiencia laboral y profesional de los funcionarios y de los contratistas [...] Se omitirá 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. (Newman, 2015, pág. 68)

No obstante, del trato diferencial de personas de derecho público y las públicamente reconocidas, surge el reto de establecer lineamientos para la armonización de estos derechos. A lo que se refiere a la publicidad de la información de funcionarios públicos en virtud de la transparencia activa y pasiva la Procuraduría General de la Nación en una interpretación del concepto de ha indicado textualmente que:

La Ley 1712 de 2014 estableció dos canales a través de los cuales las personas pueden acceder a la información pública: la Transparencia Activa y la Transparencia Pasiva.

3. Todos podemos acceder a la información pública consultando la información que los sujetos obligados deben divulgar de forma proactiva en las páginas web, carteleras y cualquier otro medio. Esta forma de acceso se conoce también como Transparencia Activa.

4. También podemos acceder a la información pública a través de las solicitudes que se pueden hacer ante los sujetos obligados, quienes deben responder en un término de 10 días hábiles. Este canal de acceso se conoce como Transparencia Pasiva. (Procuraduría General de la Nación, 2016, pág. 9)

Sobre la información activa se han hecho avances importantes en el desarrollo jurisprudencial, legal y reglamentario aun antes de la Ley de transparencia. Muestra de ello está en la sentencia C-326/97, en la cual se explicó sobre la información personal del contratista que:

La información de carácter académico y laboral no está sustraída al conocimiento público, con base en ella la persona se da a conocer en el ámbito social y se promociona en el mercado laboral, sin que su consignación en un sistema de información público amenace su derecho fundamental a la intimidad, mucho menos cuando ella ha sido voluntariamente suministrada por quien expresamente ha manifestado su interés de ofrecer sus servicios a la administración pública, que es lo que hace la persona natural cuando diligencia el formato único de hoja de vida que se le exige como condición previa para considerar su contratación con el Estado. (Colombia, Corte Constitucional, 1997, 10 de Julio, 1997)

En complemento vale la pena citar la sentencia C-567 de 1997 en la que el Magistrado ponente Eduardo Cifuentes advertía que era viable la publicidad de *“la información sobre el ámbito de la experiencia laboral, conocimientos académicos y la información que permita establecer una inhabilidad o incompatibilidad, la cual sí puede ser divulgada y publicada.”* (Colombia, Corte Constitucional, 1997, 10 de Julio, 1997)

Asimismo, la Secretaria General de la Alcaldía de Bogotá en Circular 033 de 2005 dictó directrices sobre la información a publicar y a compartir con los administrados advirtiéndole que:

Pese a que está consagrado constitucionalmente el derecho de información y que de acuerdo a lo estipulado por la Corte Constitucional (SU-1723 /00) éste se debe entender en doble vía: en relación con el derecho de la persona para difundir una información y el derecho del receptor para recibirla de manera veraz y oportuna; tal información no puede sobrepasar el derecho a la intimidad personal tanto de la persona individual como de su familia. (Alcaldía de Bogotá, 2005)

Con lo citado es claro que en materia de transparencia por activa se cuenta con lineamientos importantes sobre la divulgación de la información del contratista, que, en todo caso, busca publicar información personal relevante para el ejercicio del control social frente a la contratación encomendada. Es así como los datos alusivos a la privacidad, que en principio no se asocian a la

ejecución del contrato, no son susceptibles de publicación. Es decir, a pesar del trato diferencial de los funcionarios públicos a los particulares en materia de privacidad, esto no implica una anulación del derecho al habeas data por lo que no puede olvidarse que:

Los datos personales, por decisión de Leyes estatutarias, no son información pública, si no protegida y por estar bajo el control a la custodia de un sujeto obligado, no son automáticamente revelables, puesto que su esencia, la de ser datos personales, constituyen una excepción a la información pública. (Newman, 2015, p. 45)

En suma, en cuanto a los datos personales se refiere, en cabeza o custodia de una entidad pública, estamos ante información clasificada que, según el análisis desarrollado, nos obliga a verificar las diferentes formas para lograr una armonización de los derechos, requiriendo necesariamente la aplicación de reglas y subreglas para la divulgación y circulación total o parcial según el caso de los datos contenido en repositorios públicos.

Resulta en efecto imprescindible aclarar la relación existente entre el acceso a la información pública y la protección de datos, teniendo en cuenta que la transparencia es capital para el desarrollo de una sociedad abierta en sus procesos de contratación; pues en todo caso el trato diferencial no es obstáculo para la protección de la privacidad del contratista ni para alcanzar la transparencia en un Estado democrático social de derecho. No obstante, a pesar del trato diferencial y de las excepciones de la ley 1712 de 2014, nace una tensión en materia de transparencia por pasiva en el cual el ciudadano puede solicitar, en ejercicio de derecho a la información pública, datos, soportes o información de una contratación con persona natural en donde se resguarda información precontractual, contractual e incluso pos contractual que puede contener datos

asociados a la intimidad o datos de naturaleza no pública cuyo suministro queda a merced de los funcionarios del sujeto obligado.

2.3 Una mirada internacional sobre el tratamiento de datos de contratistas

Este asunto no ha sido de poca monta a nivel mundial, lo que invita a verificar experiencias extranjeras que hayan superado o se encuentren en mayor grado de evolución sobre las tensiones mencionadas. Para ello, se tomó como referente el modelo de la Unión Europea, en adelante UE, frente a los desarrollos de normativas sobre protección de datos personales y acceso a la información pública, y específicamente a España como ejemplo cercano a nuestra realidad, ya que sus normas han inspirado al Estado colombiano frente a la protección de datos y al acceso a la información pública.

En la experiencia europea se han ocupado de esta tensión de derechos y principios, entre otros, el Grupo de Trabajo de Autoridades de Protección de datos, grupo de artículo 29, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como el supervisor europeo de protección de datos. Desde el punto de vista del desarrollo jurisprudencial, el tribunal de justicia europeo ha resuelto casos icónicos en la materia, como el caso Bavarian Lager contra la comisión que fue resuelto mediante sentencia C-28/08; también el caso de Volker aud Markus Schecke GBR y Land Hessen C-92/09 acumulado con el caso Hartmut Eifert y Land Hessen, Rundfunk y otros C-465/2000 – C138/2000- C-139/2001. De ellos se puede evidenciar una clara tendencia a resolver estas tensiones mediante la ponderación aplicando el principio de proporcionalidad para obtener un equilibrio entre la protección de datos y el acceso a la información. Así mismo, de los casos mencionados se puede aprender que los derechos fundamentales en tensión no son ilimitados y los califica como que

“Encuentran su límite cuando de su aplicación deriva la lección del contenido esencial de otro derecho fundamental”. (Nieto, 2014, p. 83)

En el caso español se orienta el particular de forma concordante partiendo de la siguiente premisa: *“ni el acceso a la información ni la protección de datos son absolutos. Es imprescindible conseguir un equilibrio entre ambos derechos”*. (Agencia Vasca de Protección de Datos, 2017, pág. 150) En este ejercicio, nos surge una nueva perspectiva de cómo entender y tratar de armonizar la convivencia entre la ley de transparencia y la ley de protección de datos, pues si bien es cierto estos pueden satisfacer a algunos administrados también no es menos cierto que pueden causar un perjuicio a otros, de forma individual o general. En este camino podemos deducir que, en los casos de acceso a la información pública, en donde se contengan datos especialmente protegidos por las normas europeas o por la norma interna española, la entidad que recibe la petición considera el acceso previa ponderación razonada del interés público y el derecho de los afectados, en particular el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos.

En materia de tensión de principios y derechos asociados a la intimidad, la protección de datos y el acceso a la información pública en el escenario de la contratación estatal, también se han realizado esfuerzos importantes por Europa y España, de donde vale citar el artículo *“Breve nota sobre contratación estatal y protección de datos”* escrito por el Profesor Piñar Mañas en 2010 para la revista CEMCI y el informe de la Agencia Española de Protección de Datos de 2005, en los que se estudiaba la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 9 de febrero de 2005, en la cual la sala argumentaba que

[...] el hecho de que ese contrato se haya suscrito entre un particular y una Administración Pública y formalizado como contrato administrativo sometido a una serie de principios y garantías legales, no exime al tercero que efectúa ese tratamiento en virtud de dicha contratación de su

obligación legal de obtener el consentimiento de los interesados, o en su caso, de cumplir con las garantías del artículo 12 de la Ley Orgánica de Protección de datos (LOPD) que la actora entiende de aplicación. En igual lineamiento vemos las conclusiones del informe de la Agencia Española de Protección de Datos del 2012, en las que se llama la atención acerca de la necesidad de que la transparencia sea congruente con los principios que conforman el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Sobre el informe y el texto transparencia, acceso a la información y protección de datos el profesor Pinar explica que:

[...] la divulgación de la información que obre en poder de los sujetos obligados implicará como punto de partida la realización de un tratamiento específico sobre los datos de carácter personal que tal información pudieran contener y, más en particular, que en cuanto al acceso a la información contenida en archivos que tengan la consideración de ficheros de datos de carácter personal conforme a la Ley Orgánica de la protección de datos LOPD, deberán tenerse en cuenta las previsiones de esta de tal suerte que solo cabrá conceder el acceso si el mismo es conforme no solo con la ley de transparencia sino con la ley orgánica de protección de datos. (Piñar Mañas, 2014, pág. 58)

Del mismo modo resaltar el artículo ¿Están protegidos los datos personales de los contratistas en la contratación pública? del profesor Antonio D. Berning Prieto, quien reflexiona indicando que el art. 3 c) LOPDCP establece que el tratamiento de datos consiste en las operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias. De su tenor literal en relación con la Ley de Contratación del sector público se desprende que durante todas las fases de la contratación administrativa se efectúa un tratamiento de datos de carácter personal de los contratistas por parte de los poderes adjudicadores. Bajo esta cita el profesor desarrolla lo

concerniente a los datos del contratista y a su responsabilidad sobre los datos a los que llegue a acceder y a tratar en poder de la entidad pública.

Vale la pena en este punto recordar los avances tenidos en la legislación Española sobre las normas de contratación en el sector público iniciando por el Real Decreto Legislativo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público, legislación en la cual se mostraba una tendencia hacia el respeto por los datos que se declararan de carácter confidenciales por una empresa sea por que obedecieran a secretos empresariales o industriales, o que cojuraban datos de carácter personal como se verá más adelante. La directriz en la mencionada norma era contundente cuando el artículo 182 determinaba la restricción del órgano de contratación de revelar a los demás participantes las soluciones propuestas o cualquier otro dato calificado como confidencial sin el previo consentimiento del licitador, sin perjuicio de las consecuencias de vulnerar dichas prohibiciones, las cuales se centraban en: la anulación de la adjudicación del contrato, así como la adopción de medidas cautelares de suspensión del procedimiento, sin perjuicio de la indemnización de daños y perjuicios a favor de la empresa que haya visto vulnerados sus derechos. (Razquin Lizarraga, 2013)()

Sobre el asunto el artículo 333 del mencionado decreto señalaba que:

Facilitará el acceso a sus datos de modo telemático a los órganos de la Administración que los precisen para el ejercicio de sus competencias legalmente atribuidas, y en particular a los órganos competentes en materia de fiscalización del gasto o inspección de tributos, en la forma en que reglamentariamente se determine (Real Decreto Legislativo, 2011, artículo 333)

Como resultado de lo analizado de la experiencia europea, encontramos que la clave para la resolución de estas tensiones está en la teoría alemana de la ponderación de valores y bienes jurídicos que se racionalizan con la aplicación del principio de proporcionalidad. Ahora, para considerar que una actuación del Estado fue proporcional debe cumplir con tres requisitos: a) que

sea adecuada para alcanzar el fin que se propone; b) que la intervención sea necesaria en cuanto que no exista una medida alternativa menos gravosa para el interesado; y c) que sea proporcional en sentido estricto, es decir, que no suponga un sacrificio excesivo del derecho o interés sobre el que se produce la intervención pública. (Diez-Picazo, 2008)

En experiencias latinoamericanas es pertinente mirar la práctica mexicana, Estado que ha definido en su estructura un organismo de orden federal a cargo del acceso a la información pública y la protección de datos personales, justamente buscando mantener el equilibrio entre estos dos pilares constitucionales de los Estados Unidos de México. Así, el mencionado país cuenta con la Ley Federal de Protección de datos personales en posesión de particulares, del 2010, y la Ley General de Protección de datos personales en posesión del sector público, del 2017; las cuales buscan regular de forma especializada el tratamiento de datos según el titular. De este, vale la pena destacar que frente a la publicidad por activa que les asiste para la publicación de datos de contratistas, el ejercicio que hace mediante el sistema de compras electrónicas mexicano, para los cuales cada entidad estatal realiza un manifiesto público en el cual reseña los tipos de datos que recolecta, las normas aplicables y especialmente la finalidad para lo cual se emplearán los datos entre otros. Para ilustrar el particular me permito citar la publicación del Instituto Nacional Electoral INE quienes en su manifiesto describen su finalidad de tratamiento de datos del contratista así:

La finalidad del sistema es incluir en el Registro Único de Proveedores y Contratistas del INE, que forma parte del sistema de compras electrónico “CompraINE”, a las personas físicas y morales que participen en los procedimientos de contratación que se lleven a cabo en términos de las disposiciones aplicables y celebren con el Instituto Nacional Electoral, así como mantener actualizada dicha información, con el propósito de hacer más eficientes los procesos de compra del INE y facilitar la participación de las empresas en las licitaciones y contrataciones, ya que permitirá realizar consultas de la documentación

legal, jurídica y patrimonial de los proveedores y contratistas; así como sobre su experiencia, especialidad, capacidad técnica y económica; que servirá de base para realizar las notificaciones sobre cumplimientos, incumplimientos, sanciones y evaluación del proveedor de conformidad con la normativa aplicable. (Instituto Nacional Electoral, 2017, p. 2).

Por otra parte, el documento “*Acceso a la información y datos personales: una vieja tensión, nuevos desafíos*”, realizado por el Centro de Estudios sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información, con apoyo de Open Society Foundation; realizó una publicación sobre las formas de resolver las tensiones entre los derechos a fin de proponer unas claves para la armonización del habeas data, la intimidad versus el acceso a la información pública. En el estudio mencionado se analizó el caso de Argentina, Perú, Uruguay, México y Chile. En este se reseñaba cómo se agudizaba el asunto en tensión cuando se analizaba

[...] el modo en que es gestionada, protegida y divulgada la información sobre funcionarios públicos. Las tensiones se dan a lo largo de un extenso abanico que va desde la solicitud de la nómina de los funcionarios y empleados públicos hasta el pedido de conocer los antecedentes médicos de los altos mandatarios. Ahora bien, las tensiones no se dan solamente sobre el contenido de la intersección entre los espacios de acción de los dos conceptos, sino también en relación a la extensión de la zona de confluencia, el tiempo en que determinada información pública que posee datos personales debe ser preservada y a cuán separable es aquella información que puede ser publicada de la que debe ser protegida (Torres, 2017, p. 6)

Tras el análisis de cada Estado, finalmente la publicación sugería como camino tomar la Ley modelo de la OEA para el acceso a la información pública en la que se establecían los criterios para el estudio de ponderación que debe aplicar la administración para entregar datos de los contratistas. De estos se rescatan las siguientes reglas

a) que la excepción es legítima y estrictamente necesaria en una sociedad democrática basada en los estándares y jurisprudencia del sistema interamericano) b) que la divulgación de la información podría causar un daño sustancial a un interés protegido por esta ley; y c) Que la probabilidad y el grado de dicho daño es superior al interés público en la divulgación de la información (Torres, 2017, p. 22)

2.4 Alternativas para liberar la tensión en materia de datos personales del contratista en Colombia

En la jurisprudencia colombiana se han planteado cuatro principales líneas para la absolución de la tensión entre acceso a la información pública y sus principios con el habeas data y el derecho a la intimidad. Antes de entrar a repasar algunas de estas, vale la pena hacer un reconocimiento al magistrado Ciro Angarita, quien ha aportado en el desarrollo y reconocimiento de la autodeterminación informática y quien puede calificarse como el padre de esta primera línea existente en la Corte Constitucional, especialmente por la sentencia 082 de 1994. Dicha jurisprudencia ha sido de gran relevancia en materia de habeas data debido a que logró diferenciar el núcleo esencial del derecho a la intimidad y el derecho al habeas data y consigue sintetizar algunos elementos para dirimir la tensión objeto de estudio. En esta se parte entonces de la realización de una ponderación que tiene como criterio de valoración la teleología de los derechos y las normas y reglas aplicables al tratamiento de datos personales, que, traída hoy, el criterio descrito sería lo establecido en la ley 1266 de 2007 y la ley 1581 de 2012 mediante el juicio de proporcionalidad, teniendo en cuenta los criterios de finalidad del dato.

Otra línea atendida por la Corte Constitucional estudiada por la investigadora Newman es la desarrollada por las sentencias 691 de 2003 y la tutela T-846 de 2003, en las cuales, para deliberar el conflicto entre normas constitucionales realiza una verificación de los límites de los derechos

en juego y un seguido análisis de la información objeto de la tensión, verificando: 1. Los contornos o los ámbitos de los derechos. 2. La clase de información involucrada, es decir, tipos de datos o esferas de la intimidad.

Acto seguido se encuentra una tercera línea al servicio de esta tensión, la cual consiste en una ponderación que se ejecuta con la realización del juicio de proporcionalidad con los derechos en tensión. Vale la pena recordar para estos efectos que

El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes. (Colombia, Corte Constitucional, 1996, 23 de enero)

Bajo este concepto, el autor Orozco realiza el ejercicio de ponderación sobre los derechos en comento de la siguiente manera

a. En primera medida aborda lo establecido por el artículo 28 de la ley 1712 de 2014 y el artículo 34 del decreto reglamentario 103 de 2015 indicando que debe estudiarse si con el acceso a la información se produce un daño: (i) presente, el que no es remoto ni eventual; (ii) probable, que existen circunstancias que hacen posible su materialización; y (iii) específico, que es individualizado y no de una afectación genérica. (Orozco, 2016, pág. 17)

Verificado lo anterior procede a valorar la información a entregar bajo la regla que señala que *“Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto*

mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, 2002) para lo que revisa el grado de afectación del derecho.

Al apartarse un poco del ejercicio del citado autor, se sugiere, para medir el grado de afectación, aplicar lo indicado por la Corte Constitucional teniendo en cuenta el núcleo esencial del derecho a la intimidad, el cual versa sobre

[...] la existencia y goce de una órbita reservada en cada persona, exenta del poder de intervención del Estado o de las intromisiones arbitrarias de la sociedad, que le permita a dicho individuo el pleno desarrollo de su vida personal, espiritual y cultural. (Colombia, Corte Constitucional, 2004 18 de agosto)

Es así como el titular del derecho decide frente a sus cuatro niveles o esferas de intimidad en el que según el núcleo esencial del derecho: *“la intimidad personal, familiar, social y gremial”* (Constitución Política, Art. 15).

En lo que respecta el habeas data, la misma Corte Constitucional y la Ley 1581 de 2012 ha reconocido 4 tipologías de datos que se alejan del núcleo duro del ser humano, iniciando por los datos públicos: seguidamente adentrándose en el ser con datos semi-privados, privados; y, finalmente, sensibles. De otra parte, encontramos la clasificación de la información de cara al Estado, la cual se clasifica en información pública, información clasificada, que es el apartado en el cual pueden existir datos personales e información asociada a la privacidad e información reservada, la cual por virtud de la ley no es de libre circulación y su negación de acceso es un caso fácil fundado en las expresiones que el artículo 18 y 19 de la ley 1712 impone. De esta manera se logra verificar el grado de afectación, para que por último se evidencie si existe un interés legítimo constitucional para acceder o no a la información, otorgando un grado de importancia a los derechos en comento.

Sin embargo, pueden existir casos difíciles en los cuales se llegue a un resultado medio de los dos derechos, para lo cual es pertinente estudiar la tendencia desarrollada por la Corte Constitucional, bajo la bandera del juicio de proporcionalidad, se puede acudir al análisis de principios según la idoneidad, necesidad, finalidad y proporcionalidad estricta en la que en todo caso la divulgación o circulación no debe suponer un sacrificio de valores constitucionales mayor al sacrificio de resguardar o denegar la información solicitada de conformidad con la sentencia C-1147 de 2012. A mayor abundamiento de lo reseñado la Corte Constitucional, en sentencia C-274 de 2013 y sentencia a C-951 de 2014, precisa algunos lineamientos que recogen la conjugación de la ponderación mediante un juicio de proporcionalidad y la verificación de los datos involucrados en el ámbito de los derechos en cuestión, recogiendo dos de las tendencias empleadas por la alta corte.

Es decir, cuando a los datos personales se refiera en cabeza o custodia de una entidad pública, estamos ante información clasificada que, según el caso, nos sitúa en la necesidad de hacer el ejercicio hermenéutico para aplicar una evaluación del daño y demostrar que la información cumpla el objetivo legítimo establecido por la Ley o la Constitución, catalogando este dentro de las excepciones del artículo 18 y 19 de la ley de transparencia. Es de esta manera como a través de la interpretación que hace la alta corte de la excepción al acceso de la información pública que se permite la negación de la misma. En este orden, el primer lineamiento a incluir es que se debe verificar si el titular de la información *“ha consentido en la revelación de sus datos personales o privados o bien cuando es claro que la información fue entregada como parte de aquella información que debe estar bajo el régimen de publicidad aplicable.”* (Ley 1712 de 2014 artículo 18 y 19)

Lo anterior sin olvidar que la carga de la prueba para la negatoria está en cabeza del sujeto obligado, es decir, de la administración pública que tiene en su poder las carpetas de los contratistas con los documentos que soportan la etapa precontractual, contractual y pos contractual. El artículo 28 invita a una demostración concreta que denote que la información cumple un interés legítimo, legal o constitucional y/o conmina a evidenciar si la publicación o circulación de la información es susceptible de causar un daño específico probable y presente, en armonía con el Decreto Reglamentario 103/2015.

En este orden, los ejercicios de ponderación citados por la jurisprudencia de las altas cortes, son la salida actual para dirimir los conflictos entre los derechos objeto de análisis en la presente investigación en los eventos del ejercicio del acceso a la información pública. Sin embargo, no es menos cierto que resultan preocupantes las consecuencias de una inapropiada ponderación del funcionario encargado de absolver de fondo el acceso o no a información del contratista como titular de derecho, pues no es menos cierto que existen sanciones penales como la contemplada en el artículo 292 del código Penal colombiano y disciplinaria por la obstrucción a la información en principio pública y sanciones penales (Ley 569 de 2000, artículo 269 literal f) y disciplinaria por el inapropiado tratamiento de datos personales no siendo de poca monta así la presente investigación.

En línea a lo anterior, es importante tener en cuenta que la configuración de acceso a los documentos y a la protección de datos de carácter personal permitirá poner de manifiesto, asimismo, que como cualquier derecho fundamental no son derechos ilimitados, sino que encuentran su límite cuando de su aplicación deriva la lesión del contenido esencial de otro derecho fundamental. (Rodotá, Duprat, Piñar, Nieto, Hernández, 2014, p. 64).

2.5 Conclusiones

De las indagaciones en el ordenamiento jurídico nacional, y en experiencias extranjeras, se evidenció que la coexistencia y desarrollo de las normas de transparencia, protección de datos y los derechos fundamentales asociados son de vital importancia para la consolidación de un gobierno abierto en un Estado Social de Derecho. Es evidente a todas luces que “*la sociedad democrática descansa en el control sobre el gobierno y en la privacidad como escudo para la vida individual y en grupo*”. (Westin, 1976, pág. 23) Por lo indicado es imprescindible conseguir un equilibrio entre ambos derechos (AVPD, 2007). Así pues, con la investigación realizada se concluyó que el Estado tiene un gran reto para establecer lineamientos que desdibujen la brecha entre el ejercicio de ponderación a realizar en cada caso y la sana crítica del funcionario a cargo de responder al acceso a la información pública. En este sentido, como respuesta a la pregunta de investigación se observó que la convivencia entre el acceso a la información pública y la protección de datos personales se da en un escenario de tensión constante teniendo en cuenta que los principios que rigen el tratamiento de datos personales y la administración de información pública se desarrollan en constante oposición. Para liberar las tensiones generadas entre los derechos fundamentales al acceso a la información pública, la protección de datos personales y la intimidad se identificaron hallazgos que aportan a la construcción de directrices frente al desarrollo de los derechos de accesos a la información pública, el derecho al habeas data y el derecho de la intimidad frente a los datos del contratista así:

a. El contratista persona natural tiene un deber de suministrar en la etapa precontractual datos de naturaleza semi-privada, privada y sensible entre los que se destaca escolaridad, experiencia, edad, enfermedades e incluso condición de discapacidad, sujeto de especial protección, desplazado, reinsertado o miembro de etnia. Dicha información busca poner en poder de la administración y de la ciudadanía los soportes necesarios para validar la experiencia, capacitación y formación profesional, así como los requisitos habilitantes. De esta manera, desde una etapa precontractual en la cual no se ostenta aún la calidad de funcionario público, el titular de derecho entrega la información necesaria para ser evaluada y publicada de conformidad con las normas aplicables. Es así como el aspirante a contratista se somete a un régimen público frente a los derechos asociados a la intimidad para finalmente someterse al escrutinio de su idoneidad para ser parte de la administración como contratista. En este orden de ideas, encontramos que el aspirante a contratista debe autorizar el sometimiento de sus datos no públicos a las normas de transparencia por activa para la publicación de información mediante las herramientas descritas en el presente artículo, o en su defecto podría afirmarse que la entrega de su información en hoja de vida personal y el diligenciamiento del formato único de hoja de vida para ser contratista del Estado, es una actividad inequívoca de autorización para la publicación únicamente con los fines legales establecidos de la contratación estatal en Colombia.

b. La administración como custodio de la información personal del contratista del Estado debe estudiar los casos difíciles, es decir, aquellos que no estén en las excepciones expresamente establecidas en la norma.

Los derechos de acceso a la información y de protección de datos personales. Ambos derechos se rigen bajo el principio de legalidad y éste, a su vez, está inserto en la teoría de los derechos humanos, por lo que el Estado al actuar como garante, contenedor y usuario de la información debe guiarse forzosamente. (Revista de Derecho Comunicaciones y Nuevas Tecnologías, sf)

Por lo cual se requiere de la aplicación de un juicio de proporcionalidad y razonabilidad para el acceso o denegación a la información con ocasión a los derechos de habeas data o de la intimidad. Así pues, en los eventos en los cuales la información solicitada no está especialmente protegida, se debe ponderar con un grado de suficiencia razonada del interés público en la divulgación o circulación de la información. Lo anterior de conformidad con los lineamientos jurisprudenciales y legales emanados de la ley 1712 de 2014. A mayor abundamiento hay que señalar que lo descrito es reglado de la misma forma por la Unión Europea de conformidad con el artículo 15-3 de la Directiva 95/46/CE. Para efectos del juicio debe entenderse como proporcionalidad y como razonabilidad que en todo caso no dilaten o restrinjan el acceso para la divulgación y para el resguardo de información lo cual es compatible con lo exigido por el artículo 74 constitucional y por el artículo 13 de la Convención Americana, incorporado por bloque de constitucionalidad en virtud de lo consagrado en el artículo 93 de la Carta, en consonancia con los principios de la función pública señalados en el artículo 209 de la Constitución Política. Así las cosas, basados en el análisis realizado por la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-274 de 2013 por medio de la cual estudia la constitucionalidad de la ley 1712 de 2014, podemos concluir que a lo que refiere a la proporcionalidad y razonabilidad para negar o acceder al suministro de información se deben aplicar los siguientes criterios:

- Proporcionalidad y razonabilidad en aras a divulgar información pública: El poseedor de la información con carácter de pública debe actuar bajo el animus de que toda la información pública llegue a la mayor cantidad de administrados posibles mediante los medios idóneos para cumplir con este objetivo; garantizando siempre el respeto por las garantías fundamentales de toda persona.
- Proporcionalidad y razonabilidad para reservar o limitar información pública: El responsable de la información pública tiene la potestad de reservar o limitar cierta información a pesar de “*la presunción de que toda información es accesible, sujeta a un sistema restringido de excepciones los cuales deben obedecer a la ley y responder a un objetivo legítimo y orientado a satisfacer un interés público imperativo*”. Sin embargo, tal situación debe ajustarse a los principios de proporcionalidad y razonabilidad argumentativa y fáctica que sustente la verdadera esencia de la limitación y de la firmeza a la decisión que se toma en tal sentido, lo que invita al estudio de los grados de afectación que esta pueda generar.

Conforme los hallazgos expuestos se da respuesta al problema de investigación con la modelación propuesta para liberar las tensiones objeto de estudio así:

Para el análisis de los derechos asociados a la información que le asisten al contratista persona natural se debe partir de la premisa que señala que: Cuando de funcionarios públicos se trata, como es el contratista se aplica el trato diferencial frente al particular. Claro lo anterior, se debe realizar, un estudio en donde se verifica si la intimidad y el habeas data del contratista afecta el núcleo esencial del interés público que da origen a conocer la información privada, lo que lleva a una predisposición hacia la divulgación o circulación de la información con el peticionario. En el análisis de la ponderación se debe siempre verificar la intimidad y la autodeterminación, el riesgo

de divulgar o mantener secreta la información solicitada frente a la afectación del núcleo esencial de los derechos.

En los eventos de los términos medios sobre la tendencia a divulgación y al resguardo de la información, el principio de acceso y circulación restringida invita a realizar versiones públicas de documentos para resguardar la información privada por afectar el núcleo esencial de la intimidad o del habeas data. En este orden la intimidad personal y familiar y los datos privados y sensibles son inversamente proporcionales a la máxima de divulgación.

En conclusión, la ponderación de los derechos permite resolver los casos puntuales del acceso a la información pública; sin embargo, esto implica un desafío mayor de contar con directrices para resolver estos asuntos en cada entidad del Estado, por lo cual, con las ponderaciones se debe evolucionar a la construcción de “criterios relativos de la protección de datos” (Piñar Mañas, 2014, pág. 61), como las modelaciones propuestas como resultado de la presente investigación, que unifiquen y guíen a nivel de Estado a las instituciones de orden público que administran datos personales de personas de derecho privado y de derecho público como lo son los contratistas persona natural.

Referencias bibliográficas

- Access Info Europe. (2010). El Derecho de acceso a la información: Definición, protección internacional del derecho y principios básicos. Recuperado de: https://www.access-info.org/wp-content/uploads/El_Derecho_de_acceso_a_la_informacin._principios_bsicos.pdf
- Alexy, R. (2002) Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. Revista española de derecho constitucional, 22(66). Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=289390>
- Agencia Vasca de Protección de Datos. (2017). Reglamento general de protección de datos. Recuperado de: <http://www.avpd.euskadi.eus/informacion/reglamento-general-de-proteccion-de-datos/s04-5273/es/>
- Black, E. (2001). IBM y el holocausto: la alianza estratégica entre la Alemania Nazi y la más poderosa corporación norteamericana. Madrid: Atlántida S.A.
- Berning, P.,. (2010). ¿Están protegidos los datos personales de los contratistas en la contratación pública? Recuperado de http://www.legaltoday.com/practica-juridica/publico/d_administrativo/estan-protegidos-los-datos-personales-de-los-contratistas-en-la-contratacion-publica
- Bobbio, N. (1988). Democracia y secreto. Recuperado de: <http://semioticagesc.com/wp-content/uploads/2013/04/Democracia-y-Secreto.pdf>
- Carpizo, J. (2009). Transparencia, acceso a la información y universidad pública autónoma. Universidades, (43). Recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/373/37313029002.pdf>
- Castro, J. A. (2011). ¿El contrato de prestación de servicios genera relación laboral? Bogotá: Universidad de la Sabana.

- Chaparro, M. (2014). Legislación informática y protección de datos en Colombia, comparada con otros países. INVENTUM (17). Recuperado de: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/legislacion_informatica_y_proteccion_de_datos_en_colombia_comparada_con_otros_paises.pdf
- Chaves, J. V. (2015). Constitución Política de Colombia. Bogotá: Legis Editores S.A.
- Clavijo, S. (2017). Colombia: resultados del informe de competitividad global 2016-2017. Centro de estudios económicos. Recuperado de: <http://anif.co/sites/default/files/feb20-17.pdf>
- Colombia Compra Eficiente. (2017). Estrategia de gestión de Colombia compra eficiente. Recuperado de: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documentos/20130131estrategia_0.pdf
- Colombia Compra Eficiente. (2017). Recuperado de: <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/sintesis/9-etapa-precontractual-estudios-previos>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2000). Declaración de principios sobre libertad de expresión. Recuperado de: <https://www.cidh.oas.org/basicos/basicos13.htm>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2010). El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano. Recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/acceso%20a%20la%20informacion%202012%20da%20edicion.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2011). El derecho de acceso a la información pública en las américas. Estándares Interamericanos y comparación de marcos legales. Recuperado de:

<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/el%20acceso%20a%20la%20informacion%20en%20las%20americas%202012%2005%2015.pdf>

Compra Eficiente. (2017). Recuperado de: <https://www.colombiacompra.gov.co/content/secop-ii-es-la-plataforma-de-e-procurement-del-sistema-de-compra-publica>

Consejo de Estado. (2 de diciembre de 2013). Sentencia de Unificación Contratos de Prestación de Servicios. [sentencia número 11001032600020110003900 (41719) de 2013]

Consejo Nacional de Política Económica y Social-CONPES. (2000). Departamento NACIONAL De Planeación/DNP.3072. Agenda de la conectividad. Recuperado de: http://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-3498_documento.pdf.

Colombia, Corte Constitucional. (1995, 01 de agosto). Expediente No. T-67332. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Colombia, Corte Constitucional. (1995, 01 de marzo). Expediente T- 40.966. M.P. Jorge Arango Mejía.

Colombia, Corte Constitucional. (2016, 10 de febrero). Expediente T-5.145.787. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Colombia, Corte Constitucional. (1997, 10 de julio.). Expediente D-1518. M.P. Fabio Morón Díaz.

Colombia, Corte Constitucional. (2013, 12 de noviembre). Expediente T-3.933.163. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Colombia, Corte Constitucional. (2004, 18 de agosto). Expediente T-722765. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Colombia, Corte Constitucional. (1997, 19 de marzo). Expediente D-1430. M.P. Hernando Herrera Vergara.

Colombia, Corte Constitucional. (1997, 20 de mayo). Expediente D-1490. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Colombia, Corte Constitucional. (2012, 21 de junio). expediente T-2.651.508 AC. M.P. Adriana María Guillén Arango.

Colombia, Corte Constitucional. (1996, 23 de enero). Expediente No. D-1008. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Colombia, Corte Constitucional. (2016, 25 de marzo). Expediente D-11075. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Colombia, Corte Constitucional. (1994, 31 de agosto). Expediente T- 36390. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Colombia, Corte Constitucional. (2004, 06 de mayo). Expediente T-832492. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Colombia, Corte Constitucional. (1997, 06 de noviembre). Expediente D-1652. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia, Corte Constitucional. (2013, 09 de mayo). Expediente PE-036 M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Interamericana de Derechos. (2009). Sentencia caso Tristán Donoso vs Panamá. Recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_193_esp.pdf

Departamento Nacional de Planeación. (26 mayo de 2015). Decreto por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector administrativo de planeación nacional. [Decreto 1082 de 2015]

Decreto 150 (1976). Diario oficial No. 34492, 18 de febrero.

Díez Picazo, (2008). Sistemas de Derechos Fundamentales. Madrid: Thomson Civitas.

- Domínguez, A. (2017). ¿Qué es e-procurement? Recuperado de:
<http://www.eoi.es/blogs/alfonsodominguez/2011/12/16/¿que-es-e-procurement/>
- Evaristo, G. (2017). Alcances de la protección del derecho a la vida privada y los datos personales de las figuras pública. Recuperado de:
http://www.infodf.org.mx/nueva_ley/22/7/MaGuadalupeEvaristo.pdf
- Expósito, J. (2013). Forma y Contenido del Contrato estatal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- Francescutti, P. (2015). Regímenes del secreto y sociedad de la información. Letra. Imagen. Sonido L.I.S. Ciudad Mediatizada, 7(13). Recuperado de:
<http://revistalis.com.ar/index.php/lis/article/view/189/237>
- Fundación Gabriel García Márquez para en Nuevo Periodismo. (2012). ¿Los funcionarios públicos tienen el mismo derecho a la intimidad que el ciudadano común? Recuperado de:
<http://www.fnpi.org/es/fnpi/¿los-funcionarios-públicos-tienen-el-mismo-derecho-la-intimidad-que-el-ciudadano-común>
- García, D. (2010). Principio de la buena fe en materia de derecho civil: fundamento constitucional y aplicación jurisprudencial en el distrito judicial de Bucaramanga. (Tesis de pregrado). Universidad Industrial de Santander, Colombia. Recuperado de:
<http://tangara.uis.edu.co/biblioweb/tesis/2010/138102.pdf>
- García, F. (2010). El principio de máxima publicidad en el régimen constitucional mexicano. Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2834/35.pdf>
- Huerta, C. (2007). Conflictos normativos. México D.F: Instituto de investigación Jurídica de la Universidad Autónoma de México.

Laguado Giraldo, R. (2004). La contratación pública electrónica en Colombia. *Vniversitas*, 53. (108), 457 – 498. Recuperado a partir de <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14746>

Ley 110 (1912), Diario oficial No. 14845, 19 de marzo.

Ley 80 (1993), Diario oficial No. 41.094, 28 de octubre.

Ley 57 (1985) Diario oficial No. 37056 12 de julio.

Ley 1712 (2014), Diario Oficial No. 49.084, 06 de marzo.

Razquin Lizarraga, M. La protección de los datos empresariales en materia de contratos del sector público”, en: La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las Administraciones públicas. Madrid Iustel..

Matallana, E. (2015). Manual de contratación de la administración pública. Bogotá: Externado de Colombia.

Ministerio de las Tecnologías de la Información y la Comunicación. (2016). Guía de datos abiertos en Colombia. Recuperado de: http://estrategia.gobiernoenlinea.gov.co/623/articles-8248_Guia_Apertura_Datos.pdf

Ministerio de las Tecnologías de la Información y la Comunicación. (2011). Evolución del Gobierno en línea en Colombia. Recuperado de: http://programa.gobiernoenlinea.gov.co/apc-aa-files/5854534aee4eee4102f0bd5ca294791f/Documento_de_evoluci_n_de_la_pol_tica_GEL_20110630.pdf

Naciones Unidas. (2017). Convención de naciones unida de lucha contra la corrupción. Recuperado de: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf

- Neuman, L. (2002). La llave para la democracia. Recuperado de: <https://www.cartercenter.org/documents/1273.pdf>
- Newman, V. (2015). Datos Personales en información pública. Bogotá: De justicia.
- Newman, V. (2015). Datos personales en información pública: oscuridad en lo privado y luz en lo público. Recuperado de: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_699.pdf
- Nolan, L. (1996). Los siete principios de la vida pública. Recuperado de: <http://www.carm.es/chac/interleg/arti0008.htm#p7>
- Organización de los Estados Americanos-OEA. (2009). El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/ACCESO%20A%20LA%20INFORMACION%20FINAL%20CON%20PORTADA.pdf>
- Organización de los Estados Americanos-OEA. (S.F.). protección de datos personales. recuperado de: http://www.oas.org/es/sla/ddi/proteccion_datos_personales.asp
- Organización de los Estados Americanos-OEA. (2009). Resolución Ag/res2, 2514 acceso a la información pública: Fortalecimiento a la democracia. Recuperado de: http://www.oas.org/dil/esp/ag-res_2514-2009.pdf
- Orozco, J. (2016). Aplicación del juicio de proporcionalidad en la tensión entre el derecho al debido tratamiento de los datos personales y el derecho de acceso a la información pública. Revista Derecho al Debate, (2). Recuperado de: <http://derechoaldebate.com/2015/11/21/aplicacion-del-juicio-de-proporcionalidad-en-la-tension-entre-el-derecho-al-debido-tratamiento-de-los-datos-personales-y-el-derecho-de-acceso-la-informacion-publica/>

Orti, C. (2012). Recursos tecnológicos en educación y logopedia. Universidad de Valencia.

Recuperado de: <http://www.uv.es/bellochc/pdf/pwtic2.pdf>

Peñalver, A. & Contreras, M. P. (2014). Derecho al Habeas Data en el Comercio Colombiano.

Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Piñar Mañas, J.L. (2014). Transparencia y protección de datos una referencia a la ley 19/2013 del

9 de diciembre. En P. J. Luis, Transparencia acceso a información y protección de datos.

Madrid: REUS.

Presidencia de la República de Colombia. (20 de enero de 2015). Decreto por el cual se reglamenta

parcialmente la Ley 1712 de 2014 y se dictan otras disposiciones. [Decreto 103 de 2015]

Procuraduría General de la Nación. (2016). ABC del acceso a la información pública. Recuperado

de:

<https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Cartilla%20ABC%20de%20la%20información.pdf>

Revista de Derecho Comunicaciones y Nuevas Tecnologías. (sf). Del derecho al acceso a la

información AL derecho a la protección de datos, el caso mexicano. Disponible en:

https://derechoytics.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoytics/ytics112.pdf

Rincón, E. (2011). El Sistema electrónico de contratación pública – Secop – y el futuro de la

contratación estatal por medios electrónicos. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá.

Rodríguez, G. (2009). La confidencialidad en el ámbito de la salud y sus valores implícitos:

secreto, intimidad y confianza. (Tesis de pregrado). Universidad El Bosque, Colombia.

Recuperado

de:

http://www.bioeticaunbosque.edu.co/Investigacion/tesis/SALUD/GLORIA_LUCIA_RODRIGUEZ.pdf

Rodotá, S., Duprat, J., Piñar, J., Nieto, E., Hernández, J., (2014). Transparencia, acceso a la información y protección de datos. Madrid. Editorial Reus S.A.

Rodríguez, L. (2012). El principio de transparencia en el ordenamiento jurídico colombiano y su conexión con el derecho a la libertad de expresión en el sistema interamericano de derechos humanos. Revista Ciencias Humanas, 9(1). Recuperado de: <http://revistas.usb.edu.co/index.php/CienciasHumanas/article/view/1746>

Rodríguez, M. (2011). La contratación directa como mecanismo de selección del contratista y las reformas de la ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá.

Ruiz, L. (2013). El gobierno en línea en Colombia. (Tesis de pregrado). Universidad del Rosario, Colombia. Recuperado de: http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/4919/TESGOBIERNO_ELECTRONICO.pdf?sequence=1

Ruiz, M. (1995). La configuración constitucional del derecho a la Intimidad. (Tesis doctoral). Madrid: TECNOS.

Secretaría de Transparencia Presidencia de la República. (2014). Informe de Gestión Secretaría de Transparencia. Recuperado de: http://www.anticorrupcion.gov.co/SiteAssets/Paginas/Publicaciones/informe_secretaria_transparencia2014.pdf

- Secretaría de Transparencia Presidencia de la República. (2015). ABC Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública. Recuperado de: <http://quindio.gov.co/home/abc-ley-transparencia.pdf>
- Secretaría General Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. (11 de mayo de 2011). Circular sobre la reserva de información de las hojas de vida [Circular 033 de 2005]
- Senado de la República. (20 de junio de 2012). Acta de plenaria 58. Recuperado de: http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=02&p_numero=58&p_consec=33296
- Suárez, B. (2014). Estudios de derecho contractual público. Legis 1ª edición. Bogotá.
- Tenorio, M. (2012). La protección de datos personales desde el derecho al acceso a la información y como derecho fundamental autónomo, el caso mexicano. Revista Internacional de Protección de Datos Personales, (1). Recuperado de: https://habeasdatacolombia.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/5_-Manuel-Tenorio_FINAL.pdf
- Torres, N. (2017). Acceso a la información y datos personales: una vieja tensión, nuevos desafíos. Recuperado de: http://www.palermo.edu/cele/pdf/DatosPersonales_Final.pdf
- Valiente, E. C. (2012). Génesis histórico-normativa del derecho a la protección de los datos personales desde el derecho comparado a propósito de su fundamento. (Tesis de maestría). Universidad Carlos III, Madrid.
- Velasco San Martín, C. (2003). Privacidad y protección de datos personales en Internet ¿Es necesario contar con una regulación específica en México? Boletín de política informática (1). Recuperado de: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/privacidad_y_proteccion_de_datos_em_internet.pdf

Westin, A. (1976). Privacy and Freedom. New York: Atheneum.