

Bogotá, D.C., 21-11-2013

MEMORANDO
IPSE-20131100064873
20131100064873

PARA: ANGELINA TOLOZA
PROFESIONAL ESPECIALIZADO

DE: JEFE DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA

ASUNTO: CONCEPTO JURÍDICO. Habeas data y datos abiertos.

Esta Oficina Asesora Jurídica, procede a emitir concepto jurídico de acuerdo a lo solicitado mediante correo electrónico allegado el 15 de noviembre de 2013, donde solicita el "aval jurídico datos abiertos".

CONCEPTO JURÍDICO: Habeas data y datos abiertos

HECHOS:

Surge la necesidad de emitir concepto jurídico frente al cumplimiento de criterios exigidos por gobierno en línea.

NORMATIVIDAD:

- Constitución Política Colombiana
- Ley 1581 de 2012
- Ley 57 de 1985
- Ley 594 de 2000

DESARROLLO DEL CONCEPTO JURÍDICO

Se puede afirmar que la necesidad de las entidades del gobierno de la publicación de datos, nace de la implementación de nuevas tecnologías y de la materialización del acceso a la información materializado con el cúmulo de toda clase de peticiones en ejercicio de un derecho constitucional, de ahí la importancia de la organización y disponibilidad de los archivos en dichas entidades.

Bogotá, D.C., 21-11-2013

MEMORANDO
IPSE-20131100064873
20131100064873

Sin embargo, normas constitucionales y legales han dispuesto condiciones de acceso a la información que reposa en las entidades públicas.

El artículo 74 de la Constitución Política Colombiana establece que *“Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley”*; así mismo la Ley 57 de 1985 consigna en su artículo 12 consigna que *“Toda persona tiene derecho a consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas y a que se le expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o la ley, o no hagan relación a la defensa o seguridad nacional.”*; igualmente la ley 594 de 2000, que en su artículo 27 establece que: *“Todas las personas tienen derecho a consultar los documentos de archivos públicos y a que se les expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o a la ley”*.

Por ende, los datos que pueden ser publicados son todos aquellos que la Ley no haya determinado que gozan de reserva legal y por lo tanto les impida ser publicados; los datos cuya publicación está prohibida por ser reservados deben ser especificados en una Ley especial que así lo consagre.

También es importante tener en cuenta las premisas bajo las cuales se debe publicar la información de las entidades públicas, como lo son los principios archivísticos establecidos en el artículo 21 de la Ley 594 de 2000 en cuanto se refieren a la organización y clasificación de la información, y en el caso de uso de datos personales, los principio establecidos en el artículo 4 de la Ley 1581 de 2012, que garantizan el tratamiento dado a esa misma información.

En materia de protección de datos personales, Colombia contaba desde el año 2008 con la Ley 1266, que hacía énfasis exclusivamente en la protección de datos de carácter financiero y comercial, reportados en las llamadas centrales de riesgo.

Con la expedición de la Ley 1581 de 2012 se estableció el marco general aplicable a todas las bases de datos de entidades públicas y privadas que almacenen y utilicen datos personales.

Ésta ley, contempla algunas excepciones y, en esa medida, la norma no se aplica a las bases de datos que se mantienen en un ámbito doméstico, las de seguridad nacional,

Bogotá, D.C., 21-11-2013

MEMORANDO IPSE-20131100064873 *20131100064873*

las de inteligencia, contrainteligencia, las de contenido periodístico y de censos, así como las reguladas por la Ley 1266 de 2008 (información financiera).

Según lo consignado en el artículo primero de la Ley estatutaria 1581 de 2012, ésta disposición tiene *“..como objeto el de desarrollar el derecho constitucional que tienen todas las personas de conocer, actualizar y rectificar la información que se haya recogido sobre ella en archivos y bases de datos de naturaleza pública o privada y a los demás derechos, libertades y garantías constitucionales a que se refiere el artículo 15 de la Constitución Política de Colombia...)*

Inmerso en el derecho que tienen los ciudadanos de ser informados, encontramos también el derecho a la rectificación, puesto que su ejercicio, garantiza que la información se encuentre publicada de manera correcta, es por ello que las personas Responsables o Encargados del Tratamiento de dicha información, debe actualizarla periódicamente y de enunciar qué se encuentra en discusión al momento de ser consultada.

Pues bien, este derecho constitucional que consagra que a todos los ciudadanos se les actualice y rectifique la información sobre ellos consignada, es conocido como el “Derecho de Habeas Data”.

El Habeas Data, se ha catalogado como el mecanismo de protección con el que cuentan los individuos frente a las acciones que atenten contra su intimidad a través de la informática y la ha proporcionado al ciudadano los procedimientos necesarios para impugnar la información que se publique.

Los titulares de la información tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar sus datos personales, solicitar pruebas de la autorización, ser informados respecto del uso de los datos, presentar quejas ante la Superintendencia de Industria y Comercio, revocar la autorización y/o solicitar la supresión de los datos, y acceder en forma gratuita a sus datos personales.

Igualmente, el titular puede consultar ante la entidad el tratamiento de la información personal y esta deberá atender las consultas en un término máximo de 10 días hábiles. En caso de no poder hacerlo, le informarán al peticionario, los motivos de la demora y la fecha en que darán respuesta. El segundo plazo no podrá superar los cinco días hábiles siguientes al vencimiento del límite inicial.

Bogotá, D.C., 21-11-2013

MEMORANDO
IPSE-20131100064873
20131100064873

Así, mismo el titular puede presentar reclamos para que se corrija, actualice o suprima la información contenida en dichas bases de datos, los cuales deberán atenderse dentro los 15 días hábiles siguientes o dentro de los ocho días hábiles siguientes al vencimiento del primer término, si se le informa de manera oportuna al ciudadano (Art. 14 y 15 de la Ley 1581 de 2012).

Si después de presentar la consulta o el reclamo el titular está inconforme con la respuesta podrá formular una queja ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

Igualmente, el ciudadano cuenta con la acción de tutela, ya que como anteriormente se había expresado, estos derechos gozan del rango de constitucionalidad.

Se consideran sujetos activos de este derecho y garantía constitucional, las personas cuyos datos sean susceptibles de tratamiento automatizado, y como sujetos pasivos, las personas que utilizan sistemas informáticos para la conservación, uso y circulación de datos personales; así mismo se han establecido como los casos más comunes de vulneración al derecho al habeas data cuando la información se ha publicado sin el consentimiento del titular del dato, cuando es errónea o cuando recae sobre aspectos íntimos de la vida de su titular no susceptibles de ser reconocidos públicamente.

Es por ello, que se debe tener claridad sobre las dos categorías especiales de datos previstas en la nueva ley (Art. 6 de la Ley 1581 de 2012):

- a) Los sensibles, que afectan la intimidad de las personas o que por su uso indebido puede generar discriminación (origen racial o étnico, orientación política, convicciones filosóficas o religiosas, pertenencia a sindicatos u organizaciones sociales o de derechos humanos, datos de salud, de la vida sexual y datos biométricos).
- b) Los datos personales de los niños, niñas y adolescentes, que deberán ser administrados de forma muy estricta para que no se comenten abusos en su contra.

En términos generales, el tratamiento de datos que pueda afectar la intimidad de la persona está prohibido. Sin embargo, esta prohibición no es absoluta y la misma ley permite algunas excepciones: los datos podrán ser usados cuando su titular lo haya autorizado de forma explícita, cuando el uso de los datos se vaya a hacer para atender

Bogotá, D.C., 21-11-2013

MEMORANDO IPSE-20131100064873 *20131100064873*

una urgencia médica, en procesos judiciales o con fines estadísticos siempre y cuando se adopten las medidas necesarias para suprimir la identidad de los titulares.

De otra parte, la información proporcionada al ciudadano deber ser veraz y fidedigna, no puede ser información errónea ni encontrarse desactualizada, sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil en que puedan incurrir quienes publiquen dicha información en las circunstancias mencionadas.

Es por ello que se hace indispensable traer a colación, que la norma estatutaria diferencia entre los “Responsables del Tratamiento” y “Encargados del Tratamiento”, en sus artículos 3, 17 y 18 que consignan lo siguiente:

“Artículo 3°. Definiciones.

Para los efectos de la presente ley, se entiende por:

(..)

d) Encargado del Tratamiento: *Persona natural o jurídica, pública o privada, que por sí misma o en asocio con otros, realice el Tratamiento de datos personales por cuenta del Responsable del Tratamiento;*

e) Responsable del Tratamiento: *Persona natural o jurídica, pública o privada, que por sí misma o en asocio con otros, decida sobre la base de datos y/o el Tratamiento de los datos;*

Artículo 17. Deberes de los Responsables del Tratamiento.

Los Responsables del Tratamiento deberán cumplir los siguientes deberes, sin perjuicio de las demás disposiciones previstas en la presente ley y en otras que rijan su actividad:

a) *Garantizar al Titular, en todo tiempo, el pleno y efectivo ejercicio del derecho de hábeas data;*

b) *Solicitar y conservar, en las condiciones previstas en la presente ley, copia de la respectiva autorización otorgada por el Titular;*

c) *Informar debidamente al Titular sobre la finalidad de la recolección y los derechos que le asisten por virtud de la autorización otorgada;*

d) *Conservar la información bajo las condiciones de seguridad necesarias para impedir su adulteración, pérdida, consulta, uso o acceso no autorizado o fraudulento;*

Bogotá, D.C., 21-11-2013

MEMORANDO IPSE-20131100064873 *20131100064873*

- e) *Garantizar que la información que se suministre al Encargado del Tratamiento sea veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible;*
- f) *Actualizar la información, comunicando de forma oportuna al Encargado del Tratamiento, todas las novedades respecto de los datos que previamente le haya suministrado y adoptar las demás medidas necesarias para que la información suministrada a este se mantenga actualizada;*
- g) *Rectificar la información cuando sea incorrecta y comunicar lo pertinente al Encargado del Tratamiento;*
- h) *Suministrar al Encargado del Tratamiento, según el caso, únicamente datos cuyo Tratamiento esté previamente autorizado de conformidad con lo previsto en la presente ley;*
- i) *Exigir al Encargado del Tratamiento en todo momento, el respeto a las condiciones de seguridad y privacidad de la información del Titular;*
- j) *Tramitar las consultas y reclamos formulados en los términos señalados en la presente ley;*
- k) *Adoptar un manual interno de políticas y procedimientos para garantizar el adecuado cumplimiento de la presente ley y en especial, para la atención de consultas y reclamos;*
- l) *Informar al Encargado del Tratamiento cuando determinada información se encuentra en discusión por parte del Titular, una vez se haya presentado la reclamación y no haya finalizado el trámite respectivo;*
- m) *Informar a solicitud del Titular sobre el uso dado a sus datos;*
- n) *Informar a la autoridad de protección de datos cuando se presenten violaciones a los códigos de seguridad y existan riesgos en la administración de la información de los Titulares.*
- o) *Cumplir las instrucciones y requerimientos que imparta la Superintendencia de Industria y Comercio.*

Artículo 18. Deberes de los Encargados del Tratamiento.

Los Encargados del Tratamiento deberán cumplir los siguientes deberes, sin perjuicio de las demás disposiciones previstas en la presente ley y en otras que rijan su actividad:

- a) *Garantizar al Titular, en todo tiempo, el pleno y efectivo ejercicio del derecho de hábeas data;*
- b) *Conservar la información bajo las condiciones de seguridad necesarias para impedir su adulteración, pérdida, consulta, uso o acceso no autorizado o fraudulento;*
- c) *Realizar oportunamente la actualización, rectificación o supresión de los datos en los términos de la presente ley;*

Bogotá, D.C., 21-11-2013

MEMORANDO
IPSE-20131100064873
20131100064873

- d) *Actualizar la información reportada por los Responsables del Tratamiento dentro de los cinco (5) días hábiles contados a partir de su recibo;*
- e) *Tramitar las consultas y los reclamos formulados por los Titulares en los términos señalados en la presente ley;*
- f) *Adoptar un manual interno de políticas y procedimientos para garantizar el adecuado cumplimiento de la presente ley y, en especial, para la atención de consultas y reclamos por parte de los Titulares;*
- g) *Registrar en la base de datos las leyenda "reclamo en trámite" en la forma en que se regula en la presente ley;*
- h) *Insertar en la base de datos la leyenda "información en discusión judicial" una vez notificado por parte de la autoridad competente sobre procesos judiciales relacionados con la calidad del dato personal;*
- i) *Abstenerse de circular información que esté siendo controvertida por el Titular y cuyo bloqueo haya sido ordenado por la Superintendencia de Industria y Comercio;*
- j) *Permitir el acceso a la información únicamente a las personas que pueden tener acceso a ella;*
- k) *Informar a la Superintendencia de Industria y Comercio cuando se presenten violaciones a los códigos de seguridad y existan riesgos en la administración de la información de los Titulares;*
- l) *Cumplir las instrucciones y requerimientos que imparta la Superintendencia de Industria y Comercio.*

Parágrafo. En el evento en que concurran las calidades de Responsable del Tratamiento y Encargado del Tratamiento en la misma persona, le será exigible el cumplimiento de los deberes previstos para cada uno."

Sin embargo, nótese que en el párrafo citado, el legislador otorga la posibilidad de que concurran las calidades como Responsable del Tratamiento y como Encargado del Tratamiento.

Por lo anterior, se hace indispensable que el Comité de Gobierno en línea, designe oficialmente dichas calidades a las personas que se encuentren administrando la información que se publique en la página de gobierno en línea, ya que la información proporcionada al ciudadano deber ser veraz y fidedigna, no puede ser información errónea ni encontrarse desactualizada, sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil en que puedan incurrir quienes publiquen dicha información en las circunstancias mencionadas.

Bogotá, D.C., 21-11-2013

MEMORANDO IPSE-20131100064873 *20131100064873*

Es de anotar, que en el Capítulo I del Título VII de la mencionada Ley Estatutaria, establece que la Superintendencia de Industria y Comercio es el ente que vigila, investiga y sanciona en materia de protección de datos, sin embargo, esto sólo aplica para las personas de naturaleza privada, por lo que ante el presunto incumplimiento de las entidades públicas, establece que las actuaciones tendrán que ser remitidas a la Procuraduría General de la Nación.

La información generada en las entidades públicas pueden considerarse un bien público y dentro de los esfuerzos de estructurar la información, surge el concepto de Datos Abiertos (conocido como Open Data) que los Gobiernos están aprovechando para lograr administraciones más efectivas, transparentes y orientadas a mejorar la calidad de vida de los ciudadanos (conocido internacionalmente como Open Government o Datos de Gobierno Abiertos).

En este punto, cabe señalar que el sistema de datos abiertos al que pueden tener acceso todos los ciudadanos a cierta información pública, se ve limitado cuando de manera prioritaria, deben ser protegidos algunos derechos, que por pertenecer la esfera de lo personal, requieren de especial protección y atención. Es de esta forma como al ser el derecho de Habeas Data, un mecanismo de modificación, actualización y rectificación de la información personal contenida en los bancos de datos, cuenta con carácter prevalente, debido a que un sistema de datos abiertos, nunca puede ser instrumento para menoscabar la protección de los datos personales.

Por lo tanto, el derecho de Habeas Data prevalece sobre el Open Data al ser un mecanismo de protección, que no puede vulnerarse bajo el argumento de permitir el acceso a la información por parte de todos los ciudadanos.

El término “Datos abiertos” corresponde a una filosofía o movimiento social que busca que determinados datos estén disponibles de forma libre a todo el mundo, sin restricciones o mecanismos de control, con los objetivos de impulsar la innovación y el crecimiento económico ya que implica crear nuevos productos y servicios por lo tanto genera empleo, mejorar la eficiencia administrativa racionalizando los procesos administrativos y automatizando la colaboración interadministrativa, y contribuir al fortalecimiento de la democracia hasta el punto de ser un instrumento para la rendición de cuentas.

Bogotá, D.C., 21-11-2013

MEMORANDO IPSE-20131100064873 *20131100064873*

Gobierno en línea ha definido que los datos abiertos son *“aquellos datos primarios, sin procesar, que permiten su reutilización y 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”*.

Vale la pena mencionar que los datos primarios corresponden a la información que el investigador recoge estando en contacto con los hechos que se investigan, son únicos para la investigación y se recopila mediante la observación, experimentación y cuestionarios.

Retomando, los datos abiertos están centrados en material no documental como información geográfica, el genoma, compuestos químicos, fórmulas matemáticas y científicas, datos médicos, biodiversidad, entre otros. Son fuentes de datos que históricamente han estado en control de organizaciones, públicas o privadas, y cuyo acceso ha estado restringido cuando deben de estar a disposición del público sin limitaciones de acceso, dado que es información que pertenece a la sociedad, ya que han sido creados por administraciones públicas (y por tanto, con los impuestos de todos).

Para que un dato sea abierto, tiene que ser accesible, reutilizable, redistribuible, gozar de disponibilidad y participación universal.

La finalidad del “Open Government o Datos de Gobierno Abiertos”, tiene como objetivos estratégicos:

- ✚ Promover la participación ciudadana con el uso de servicios electrónicos.
- ✚ Que los ciudadanos conozcan mejor la gestión pública y por lo tanto pueden tomar decisiones y realizar aportes importantes en la generación y desarrollo de políticas.
- ✚ Apoyar el mejoramiento de la competitividad y la calidad de vida.
- ✚ Los datos abiertos y servicios mejoran la interacción entre ciudadanos y el Estado, y mejorar la calidad de vida. Los terceros pueden hacer uso comercial de los datos abiertos.

Coexisten aplicaciones para ciudadanos que consumen información y sistemas de administraciones que ingresan los datos, la información y los documentos para el desarrollo de las funciones públicas.

Bogotá, D.C., 21-11-2013

MEMORANDO IPSE-20131100064873 *20131100064873*

Se denominan consumidores intermedios, las personas que preparan los datos que van a ser consumidos y consumidores finales, las personas que aprovechan la información, ya que debe ir encaminado a una estandarización global.

En síntesis, la implementación del Open Governemet, trata de identificar los conjuntos de documentos, información y datos públicos, gestionados por la Administración, y de implementar las soluciones técnicas necesarias para ponerlos a disposición de los sistemas de información de terceras partes.

Cabe señalar que la publicación de la información debe tener en cuenta los parámetros establecidos que en materia de propiedad intelectual y en especial de derechos de autor, ya que al momento de llevar a cabo la publicación de algún documento no deben dejarse de lado los derechos morales y patrimoniales a los que tiene acceso el autor, por lo que la mención a éste último no puede omitirse por ninguna razón.

El Modelo de Datos Abiertos se ha venido desarrollando en Colombia bajo parámetros internacionales, identificando principios en las perspectivas político-legales, tecnológicas, culturales, organizacionales y presupuestal, que faciliten la publicación de los datos por parte de las entidades y su uso por parte de los ciudadanos

El artículo 230 del Plan Nacional de Desarrollo 2010 – 2014, presenta en su contenido: *“GOBIERNO EN LÍNEA COMO ESTRATEGIA DE BUEN GOBIERNO. Todas las entidades de la administración pública deberán adelantar las acciones señaladas por el Gobierno Nacional a través del Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para la estrategia de Gobierno en Línea.*

Esta disposición fue creada para el cumplimiento de diversos criterios, entre ellos el desarrollo de servicios en línea del Gobierno por parte de terceros basados en datos públicos, la prestación de trámites y servicios en línea y el fomento a la participación y la democracia por medios electrónicos, que hoy como entidad pública nos vemos en la obligación de estudiar, desarrollar, implementar y cumplir.

Atentamente,

SANDRA CONSTANZA PUENTES MURCIA

Proyectó: Karen Sarria Profesional Especializado OAJ
Revisó: Sandra Puentes Jefe de la OAJ