



DOS SENTENCIAS DISTANTES Y UNA CONVENCION VERDADERA

Por Ernesto E. Domenech¹

1. Presentación

He aquí dos sentencias, de dos países distintos (Colombia y Argentina), de dos infancias discernibles (una sin padres ni familia al alcance, otra con padres en conflicto y con facebook) de niños y jóvenes de edades diversas (uno de 4 años, otro adolescente). He aquí también dos fueros disímiles (uno penal, el otro civil), con distintos derechos internos y una misma Convención Internacional de Derechos del Niño.

La diversidad y la comparación inquietan. El lenguaje claro de las sentencias ayuda la comparación, la curiosidad, y el acopio de una usina de preguntas.

El precedente colombiano ¿podría pensarse para la primera infancia argentina y sus padres con las “selfies” y celulares?

¿En qué consiste la intimidad en una cultura líquida y panóptica cuyas cámaras y celulares proliferan sin prisa y sin pausa?

¿Qué debe hacerse con niños que ningún lugar encuentran en el mundo y recalcan casi invariablemente en fueros de responsabilidad penal juvenil?

¿La ausencia de políticas de Estado sobre la infancia es único patrimonio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (C.A.B.A) o atraviesa las jurisdicciones y municipios como el agua en una inundación?

¿En qué prácticas consiste el paradigma que hirió de muerte al Patronato?

¿Qué rol deben cumplir los Defensores de Niños en los fueros de responsabilidad penal juvenil? ¿Deben guiarse por el Interés Superior del Niño?

¹ Director del Instituto de Derechos del Niño, FCJyS, UNLP.



Estas sentencias merecen reflexiones. En este resumen, las presentamos y preguntamos y nos preguntamos conscientes de que el universo de interrogantes es mucho más extenso y que seguiremos pesquisándolas. En la expresión que caracterizaba las tiras de comics en diarios de la modernidad sólida...continuará mañana.

2. Primera Sentencia

Fallo de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional

El alojamiento institucional de adolescentes sin contención familiar

Buenos Aires, 11 de julio de 2014.-

VISTOS Y CONSIDERANDO:

I. A fs. 368 el juez de Menores Alejandro Marti Garro no hizo lugar al traslado y realojamiento del menor L. J. M., solicitado a fs. 354/55 vta. por el Defensor ad-hoc de la D.G.N, Gustavo Oreste Gallo.

Dicha decisión fue recurrida por el mencionado letrado a través del recurso de apelación deducido a fs. 372/75, motivando la intervención de esta alzada.

A la audiencia prevista en el art. 454 del CPPN concurrió el Dr. Gallo, a expresar agravios. Finalizada su exposición, el tribunal deliberó en los términos del art. 455 de ritual, por lo que nos encontramos en condiciones de resolver.-

II. De acuerdo a las particularidades que evidencia este caso en concreto, y habida cuenta lo expuesto por el Defensor de Menores en la audiencia, la decisión de mantener alojado al niño M. en el Instituto San Martín habrá de ser confirmada, por los fundamentos que exponaremos a continuación.



En primer lugar, el tribunal comparte los argumentos brindados en su oportunidad por el juez Marti Garro a la hora de disponer la permanencia del joven en aquél establecimiento, puesto que de la lectura de los diversos informes recabados en autos sobre su situación surge que se encontraría en graves condiciones de desamparo desde hace varios años, por carecer de un núcleo familiar de contención, que al mismo tiempo se ve agravada por el continuo consumo de sustancias tóxicas que, pese a su corta edad, le han producido un importante deterioro físico y psicológico.

En este contexto, no podemos pasar por alto que sus reiterados ingresos anteriores a instituciones de régimen abierto no surtieron efecto alguno ni lograron brindar un tratamiento acorde a la problemática evidenciada en el menor, puesto que en todos los casos se ha retirado por voluntad propia de dichos establecimientos y, en algunos otros, en que se ejercía un mayor control sobre él, se ha dado a la fuga.

Frente a este panorama, la propia ley nº 26.061 autoriza a adoptar las medidas de protección integral de los derechos o garantías de los menores ante su amenaza o violación, con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias, tal como ocurrió en el caso (art. 32 y sgtes. de la citada ley).

En virtud de ello, la adopción de la medida que ahora se cuestiona resulta de momento -a nuestro criterio- acertada, dado que su inmediato traslado a una comunidad terapéutica como fuera solicitado, a la luz de lo ocurrido en cada una de las oportunidades en que le fue concedida con anterioridad, conspira contra su propio interés como niño, conforme la C.I.D.N. y el art. 34 de la ley 26.061.



En efecto, tal como ya lo señalamos, su alojamiento en las distintas residencias abiertas a las que fue derivado en este último lapso han resultado infructuosas respecto de los fines perseguidos, puesto que en ninguno de ellos se le ha podido brindar un tratamiento acorde a la problemática que presenta. Tampoco cuenta con una red de contención familiar que se pueda hacer cargo de él, dado que según lo informado por las profesionales del servicio zonal de la localidad de San Miguel, P.B.A., donde habitarían sus padres, todos los intentos por dar con su progenitora o con alguien de su círculo íntimo familiar han resultado inútiles.

Contrastado con ello, del informe elaborado a fs. 173 por el equipo interdisciplinario avocado al caso surge que el niño ha expresado encontrarse bien en el Instituto San Martín, en donde se ha integrado con facilidad participando de las actividades de colonia de vacaciones durante el mes de diciembre de 2013 y de los talleres propuestos. Asimismo, a fs. 176/77 obra el informe de situación elaborado por la Coordinadora Técnica de esa institución, del que se desprende que ha generado vínculos positivos en muy poco tiempo.

En consecuencia, consideramos que la medida dispuesta provisoriamente a su respecto resultó acertada atento a la carencia de lazos afectivos y de contención familiar por la que atraviesa el joven, y por el contexto desfavorable para su salud que podría representar el hecho de volver a la situación de calle que padecía con anterioridad a su internación, dada la sistemática huida de aquellos lugares de alojamiento a los que fue derivado.

En este sentido, viene al caso citar el fallo “Olmedo” de la Sala 1ª de esta Cámara (causa n° 36.065, rta. 14/05/09), en el que se ha dicho respecto de este tipo de situaciones que “No escapa al criterio de esta Sala que la finalidad del ordenamiento positivo actualmente vigente es evitar la



judicialización de los niños que carecen de capacidad de culpabilidad. No obstante ello, como órgano de poder político resultamos garantes de los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino, entre los que se encuentra la protección de los intereses de los niños. En este sentido, no hablamos ya de una protección general, como la que le corresponde al órgano legislativo, sino de una protección concreta de los intereses de un niño (o joven) determinado [en el caso, L. J. M.] ...De este modo, a la fecha, las opciones existentes para el joven cuya situación nos toca tratar son solo dos: el mantenimiento de la internación en el Instituto San Martín, arbitrando todos los medios al alcance de los órganos judiciales para lograr que la autoridad administrativa local logre su alojamiento en un hogar convivencial acorde con su problemática, o que vuelva a la situación de calle en la que vivía con anterioridad a su internación...Frente a esta férrea disyuntiva..., y más allá de compartirse los fines perseguidos por el legislador, consideramos que las normas internas aplicables a la cuestión deben ser interpretadas en armonía con los derechos fundamentales que pretenden garantizar y a los compromisos internacionales asumidos por nuestro Estado, siendo que la propuesta de la defensa oficial, claramente, no se compadece con el conjunto de intereses en juego, sino exclusivamente con el que hace a su ministerio”.

Este precedente fue dictado promediando el 2009, y ya para esa fecha, las autoridades locales no estaban dando respuesta a lo expresamente previsto en la ley n° 26.061, que entró en vigencia en el mes de octubre de 2005. Nueve años después, en nuestra ciudad, la más próspera del país, la situación parece no haberse modificado. Adviértase, conforme fuera informado por el Dr. Gallo, que por ejemplo, la cantidad de niños inimputables “reincidentes” no supera los trece (13) en el ámbito de la CABA, y ninguna respuesta efectiva se da al respecto.



Por ello, no escapa al criterio de esta Sala que el conflicto suscitado en este asunto encuentra su génesis en el déficit de las políticas públicas adoptadas por la autoridad administrativa local en la materia, órgano político que tiene legalmente a su cargo el tratamiento de los niños en esta situación. Como dijimos, la deficiencia apuntada no es nueva en este tipo de asuntos, en los que se evidencia una marcada inacción por parte de los distintos organismos locales que deben avocarse al tratamiento de jóvenes adictos y en conflicto con la ley penal por un mandato legal expreso, que vienen incumpliendo persistentemente aún pese a las advertencias que, al menos desde esta Cámara, le vienen siendo cursadas en los últimos años para que se adopten medidas urgentes de protección y tratamiento.

Así también lo ha remarcado el propio Defensor de Menores en la audiencia, quien dio cuenta de que pese haber mantenido diversas reuniones con distintos funcionarios del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para finalmente encontrar una solución a esta problemática, la omisión aún persiste.

En este caso en particular, la indiferencia generalizada del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires frente a los requerimientos judiciales cursados surge, en toda su evidencia, de la lectura de las respuestas que brindaron. A modo de ejemplo, podemos señalar que a fs. 173 el equipo interdisciplinario recomendó dar intervención al Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la autoridad local a fin de que se le busque un hogar convivencial en donde pueda desarrollar un proyecto de vida a mediano plazo, y no un parador. A dicha recomendación, la Dirección General del Consejo de Derechos de CABA respondió que se le otorgaba el parador "La Casa de Coca". Frente a ello y no habiéndose hallado ningún recurso distinto al ofrecido por el GCBA, el a quo decidió



finalmente derivarlo a ese hogar, en el que, como era de esperarse, pudo ser contenido por apenas dos días.

Asimismo, surge de las actuaciones que pese haber ingresado al Centro de Admisión y Derivación “Inchausti”, en más de una decena de veces, en todos los casos se sugirió su egreso acompañado de la Guardia Jurídica Permanente de Abogados del G.C.B.A., quienes en forma casi automática lo derivaron a distintas residencias de las que escapó sistemáticamente. Y ante cada intervención que se les brindó, a efectos de que la problemática sea seriamente abarcada, los responsables del G.C.B.A se limitaron a conseguir vacantes en otros paradores sin brindar el debido tratamiento a la compleja situación en la que se encuentra el joven.

Frente a ello, acertadamente el juez decidió mantener a M. alojado en el Instituto San Martín, hasta tanto se contara con un amplio informe psicodiagnóstico a su respecto.

Ahora bien, a fs. 380/82 se cuenta con los resultados de dicho informe, elaborado por la Lic. Miotto del Cuerpo Médico Forense, en el que se concluyó que M. presenta un trastorno adolescente grave, al que se suma un trastorno por consumo de sustancias psicoactivas, compromiso psicoorgánico de probable índole cerebral y la carencia de redes familiares de contención efectiva y afectiva; consideró la profesional que el cuadro amerita su internación en un centro clínico especializado en el abordaje de problemáticas duales, inicialmente bajo régimen cerrado. Particularmente, recomendó su ingreso a la Clínica Gradiva, lugar expresamente desaconsejado por el defensor de menores en la audiencia.

Así las cosas, frente al fracaso de las diversas medidas que se vienen llevando a cabo a su respecto y la inactividad de los organismos



dependientes del G.C.B.A. que deben avocarse al tratamiento de estas cuestiones, el alojamiento provisorio en el Instituto San Martín, cuyos informes han resultado los más favorables teniendo en cuenta la inserción del joven en las distintas actividades que allí se le proponen, resulta correcta de momento y por ello habremos de homologarla.

No obstante lo expuesto, no escapa de nuestra consideración la imposibilidad de mantenerlo indefinidamente allí alojado, puesto que aparte de su desvinculación definitiva de este proceso en razón de su inimputabilidad jurídica, M. necesita de algún lugar en el que se le brinde un verdadero tratamiento para curar su adicción a las drogas y en donde se fomente el retorno a la escolaridad u otras formas institucionales de contención, no resultando el Instituto en cuestión un establecimiento propicio para tales fines.

En esta dirección, deberá intimarse a la Sra. Ministra de Desarrollo Social de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Dra. Carolina Stanley, y a la Sra. Presidenta del CDNNyA, Lic. Guadalupe Tagliaferri, para que en forma urgente y bajo un plazo perentorio se aplique un programa de tratamiento especial y concreto para este niño, designando a tal efecto un cuerpo de acompañantes terapéuticos de al menos cuatro personas que se avoquen a él por tiempo completo.

Atento a lo dispuesto, deberá oficiarse también a la Dra. Yael Bendel, Asesora General Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires para que, en su carácter de titular del órgano de control, tome conocimiento de lo aquí ordenado, a los efectos que estime corresponder.

Por otro lado, su internación en alguna clínica médica o comunidad terapéutica dual también aparecería como una alternativa posible de aplicar al caso, pudiéndose ordenar en tal sentido su internación



compulsiva de acuerdo a las previsiones de la ley n° 26.657, donde además habrá de desvincularse al juez penal del asunto para dar intervención al magistrado civil que habrá de avocarse al conocimiento del caso.

Asimismo, deberá exigirse una respuesta urgente al Programa Nacional de Prevención de la Sustracción y Tráfico de Niños y de los delitos contra su identidad, dependiente de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, organismo al que se le dio intervención en este asunto a fs. 181 y nunca respondió la requisitoria efectuada.

Por último y dado el cuadro de situación política descripto en torno a esta materia, no podemos dejar pasar en esta nueva oportunidad los reiterados y sistemáticos incumplimientos en que incurren las autoridades del G.C.B.A., cuya omisión en los deberes inherentes a su cargo redundan en perjuicio de los intereses de los niños que, como M., necesitan de la protección integral prevista en la ley n° 26.061 y en los diversos tratados y demás instrumentos internacionales.

En este tópico, hemos requerido a la Prosecretaría de Asistencia Social de esta Cámara la remisión del expediente n° 431/12, en el que tramitan todas aquellas cuestiones relativas a los establecimientos de menores dependientes del Ministerio de Desarrollo Social de la C.A.B.A. a efectos de tener una mirada integral de la situación y de todas aquellas medidas que se han impulsado de un tiempo a esta parte respecto a esta problemática.

De la compulsión de dichas actuaciones surge que, al menos desde febrero de 2012, se han requerido diversos informes y se han realizado visitas a los distintos establecimientos de menores, tareas que fueron



encomendadas a las delegadas inspectoras del fuero como así también a todos los juzgados de menores y a los organismos del gobierno local avocados al tema. De las conclusiones volcadas en dichos informes emerge, una y otra vez, la inmensa dificultad operativa por la escasez de recursos humanos y, especialmente, materiales destinados a los jóvenes en conflicto con la ley penal.

También se han organizado en este ámbito mesas de trabajo para abarcar la problemática en forma conjunta con los distintos operadores del sistema, pese a lo cual ningún resultado favorable se ha obtenido para seguir trabajando en una determinada dirección.

De este modo, habida cuenta el resultado infructuoso de las diversas medidas llevadas a cabo en este ámbito, sumado a lo expuesto por el Dr. Oreste Gallo en la audiencia respecto de la total ausencia de políticas públicas y a que ninguna respuesta eficiente han brindado las autoridades locales a lo largo de estos años pese a las reiteradas ocasiones en que se les cursaron oficios y convocatorias para brindar tratamiento a esta problemática, tal como surge por ejemplo de los precedentes “Olmedo” y “Lazarte” (causa n° 36.094, rta. 15/05/09) de la Sala 1ª del tribunal, en los que se dispuso oficiar al Sr. Jefe de Gobierno de la C.A.B.A. para que tome conocimiento de las circunstancias allí expuestas y actúe en consecuencia, habremos de remitir testimonios a la Oficina de Sorteos de esta Cámara a efectos de que se investigue la posible comisión de un delito de acción pública por parte del Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, quien con su conducta podría estar incumpliendo los deberes inherentes a su cargo de acuerdo a las previsiones de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (n° 26.061, sancionada el 28/09/2005 y publicada en B.O. el 10/10/2005).



Por los motivos expuestos el tribunal RESUELVE:

- I) CONFIRMAR el auto de fs. 368 en cuanto ha sido materia de recurso.

- II) INTIMAR a la Sra. Ministra de Desarrollo Social de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a la Presidenta del Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes para que en el plazo perentorio que estipule el juez de grado se aplique un programa de tratamiento especial y concreto para el joven L. J. M., designando a tal efecto un cuerpo de acompañantes terapéuticos de al menos cuatro personas que se avoquen a él por tiempo completo.

- III) HACER SABER lo aquí resuelto a la Dra. Yael Bendel, Asesora General Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires, a los efectos que estime corresponder.

- IV) DISPONER la extracción de testimonios del presente legajo y remitirlos a la Oficina de Sorteos de esta Cámara, para que se desinsacule el magistrado que habrá de investigar la posible comisión de un delito de acción pública por parte del Sr. jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Notifíquese por cédula electrónica. Devuélvase y sirva la presente de atenta nota.

María Laura Garrigós de Rébori
Gustavo A. Bruzzzone Mirta L. López González

Ante mí:
Mónica de la Bandera
Secretaria de Cámara



2. Segunda sentencia: del Sentencia Tribunal Constitucional de Colombia.

Interés Superior del Niño y facebook de un niño de cuatro años Sentencia T-260/12 PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Consagración constitucional e internacional/DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Obligación del Estado de brindar una protección especial.

Los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes gozan de una especial protección tanto en el ámbito internacional como en nuestro Estado Social de Derecho. Ello, dada la situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad de esta población y la necesidad de garantizar un desarrollo armónico e integral de la misma. Los niños, en virtud de su falta de madurez física y mental -que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos-, necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad. Atendiendo esta norma básica contenida en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, exige la obligación de prodigar una especial protección a aquellos grupos sociales cuya debilidad sea manifiesta, destacándose entre estos grupos la especial protección de los niños, la cual es prevalente inclusive en relación con los demás grupos sociales.

DERECHO AL HABEAS DATA-Vinculación directa con la intimidad y buen nombre

INTIMIDAD Y HABEAS DATA EN PAGINA WEB O SITIO DE INTERNET-Protección



De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, dentro de las prerrogativas –contenidos mínimos- que se desprenden de este derecho encontramos, por lo menos, las siguientes: (i) el derecho de las personas a conocer –acceso- la información que sobre ellas está recogida en bases de datos, lo que conlleva el acceso a las bases de datos donde se encuentra dicha información; (ii) el derecho a un incluir nuevos datos con el fin de se provea una imagen completa del titular; (iii) el derecho a actualizar la información, es decir, a poner al día el contenido de dichas bases de datos; (iv) el derecho a que la información contenida en bases de datos sea rectificadas o corregidas, de tal manera que concuerde con la realidad; (v) el derecho a excluir información de una base de datos o archivo, bien porque se está haciendo un uso indebido de ella, o por simple voluntad del titular –salvo las excepciones previstas en la normativa. Como se aprecia la protección del derecho fundamental del habeas data tiene como finalidad la protección de los datos en un mundo globalizado, en el que el acceso a la Sociedad de la Información y el conocimiento es cada vez mayor. Esta protección responde, además, a la importancia que tales datos revisten para la garantía de otros derechos como la intimidad, el buen nombre, el honor y la honra.

INFORMACION PERSONAL, INTIMIDAD E IMAGEN EN REDES SOCIALES DIGITALES Y EN INTERNET-Afectación

La afectación de los derechos fundamentales en redes sociales como el Facebook puede generarse en el momento en el cual el usuario se registra en la red escogida, durante su participación en la plataforma, e incluso en el momento en que decide dejar de utilizar el servicio. En el estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales on line, realizado por el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación - Agencia Española de Protección de Datos- se señala que el primer momento crítico se sitúa al



momento del registro del usuario y la configuración del perfil, pues este incidirá en el derecho a la intimidad y en el honor y la honra en caso de que el usuario no establezca adecuadamente su perfil de privacidad en el momento del registro, ya sea por desconocimiento o porque la red no disponga de estas opciones de configuración. Los derechos de los usuarios pueden verse afectados además con la publicación de contenidos e información en la plataforma –fotos, videos, mensaje, estados, comentarios a publicaciones de amigos-, “pues los alcances sobre la privacidad de los mismos pueden tener un alcance mayor al que consideró el usuario en un primer momento, ya que estas plataformas disponen de potentes herramientas de intercambio de información, de capacidad de procesamiento y de análisis de la información facilitada por los usuarios”.

INFORMACION PERSONAL, INTIMIDAD E IMAGEN EN REDES SOCIALES DIGITALES Y EN INTERNET-Riesgos para menores de edad/ACCESO A REDES SOCIALES DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Debe darse con acompañamiento de los padres o personas responsables de su cuidado

En el caso en particular de los menores de edad los riesgos están íntimamente relacionados con lo siguiente: los niños y niñas tienen la posibilidad de acceder en las redes sociales a contenidos de carácter inapropiado para su edad; los menores tienen la posibilidad de iniciar contacto on line, e incluso físicamente con usuarios malintencionados; existe proliferación de la información personal gráfica de los menores, ya sea publicada por ellos mismos o por terceros con desconocimiento de los riesgos a los cuales pueden ser expuestos. Las anteriores circunstancias pueden exponer a los niños y niñas, en caso de no acceder al mundo de las redes sociales con el debido acompañamiento de los padres a situaciones como abusos, discriminación, pornografía y otros que pueden incidir de manera negativa en su crecimiento y desarrollo armónico e



integral. Tales riesgos pueden ser evitados si se tiene conocimiento acerca del funcionamiento y las políticas de privacidad de los diferentes sitios en línea, en especial de las redes sociales. De allí que en el caso específico de los menores de edad, en especial niños y niñas, el acceso a las redes sociales debe darse con el acompañamiento de los padre o personales responsables de su cuidado, a fin de que éstos sean consientes de que si bien en mundo de la información y la tecnología implica un sinnúmero de beneficios para su desarrollo, al mismo tiempo genera una serie de riesgos que se pueden evitar con un correcto manejo de la información y con una adecuada interacción con los demás miembros de la red.

PROTECCION DE DATOS PERSONALES Y LA VIDA PRIVADA EN LAS REDES SOCIALES, EN PARTICULAR DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Recomendaciones en el Memorandum de Montevideo

Los estados y las entidades educativa deben tener en cuenta el rol de los progenitores, o cualquier otra persona que tenga bajo su responsabilidad el cuidado de las niñas, niños y adolescentes en la formación personal de ellos, que incluye el uso responsable y seguro del internet y las redes sociales digitales. Es tarea del estado y las entidades educativas proveer información y fortalecer capacidades de los progenitores, sobre los eventuales riesgos a que se enfrentan los menores en internet; toda medida que implique control de las comunicaciones tiene que respetar el principio de proporcionalidad, por tanto se debe determinar que la misma tiene como fin la protección y garantía de derechos que es adecuada al fin perseguido y que no existe otra medida que permita obtener los mismos resultados y sea menos restrictiva de derechos. Se debe transmitir claramente a las niñas, niños y adolescentes que internet no es un espacio sin normas, impune o sin responsabilidad. En especial deben ser alertados sobre la participación anónima o el uso de pseudónimos, el



respeto a la privacidad, intimidad y buen nombre de terceras personas, responsabilidades civiles, penales y administrativas que se existen cuando se vulneran derechos propios o de terceros en la red, entre otros aspectos. Se recomienda enfáticamente la promoción de una sostenida y completa educación sobre la sociedad de la información y el conocimiento, en especial para el uso responsable y seguro del Internet y las redes sociales digitales, por medio de la inclusión en los planes de estudio, la producción de material didáctico en el que se representen las potencialidades y riesgos y la capacitación de los docentes en el tema.

DERECHO AL HABEAS DATA DE MENOR DE EDAD-Vulneración por padre quien creó cuenta en facebook a nombre de su hija de 4 años sin que ella sea consciente

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR EN ACCESO A REDES SOCIALES-Orden a padre de cancelar cuenta en facebook que abrió a nombre de su hija de 4 años

Referencia: expediente T-3.273.762

Acción de tutela instaurada por AA, en representación de su menor hija XX contra BB.

Magistrado Ponente:

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de marzo de dos mil doce (2012)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Luís Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA



Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Civil Municipal del Municipio de Cartago, Valle del Cauca, que negó la tutela impetrada por la señora AA, en representación de su hija menor XX, contra el señor BB.

Protección a la identidad

En el presente caso debe aclararse que por estar involucrado un menor de edad la Sala ha decidido no hacer mención de su nombre como medida para garantizar su intimidad, su buen nombre y su honra. En este sentido se tomaran medidas para impedir su identificación, remplazando el nombre por convenciones a las que se hará referencia en el relato de los hechos que enmarcan el caso. Adicionalmente, en la parte resolutive de esta sentencia se ordenará que la Secretaría de esta Corporación y que las autoridades judiciales de instancia guarden reserva respecto de las identidades referidas.

I. ANTECEDENTES

El pasado tres (3) de octubre de dos mil once (2011), la ciudadana AA, en representación de su menor hija XX, interpuso acción de tutela solicitando el amparo de los derechos fundamentales de la niña a la intimidad, el buen nombre y el libre desarrollo de la personalidad, los cuales, en su opinión, han sido vulnerados por el señor BB.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, la accionante sustenta su pretensión en los siguientes

Hechos

- 1.- Indica la accionante, que en la red social Facebook aparece una página a nombre de su hija XX, quien en la actualidad cuenta con 4 años de edad.
- 2.- Manifiesta que, por la corta edad de la menor ésta no cuenta con la madurez neuronal necesaria para abrir por su propia voluntad una página en las redes sociales.



3. - Afirma que, por los comentarios dejados en el perfil de la menor y las fotos etiquetadas se puede concluir que el creador del perfil es el padre de la niña, señor BB.

4.- Señala que el señor BB está utilizando una fecha falsa de nacimiento de la menor para poder crear la página en la red social, toda vez que ella nació el 11 de julio de 2007 y en el perfil aparece como fecha de nacimiento el 11 de julio de 1974.

5.- Considera que el señor BB incumplió las condiciones señaladas por Facebook para el registro y cuentas de seguridad, en especial aquella que prescribe “no se proporciona ninguna información personal falsa en Facebook, o crear una cuenta para otras personas sin su autorización” y la referente a “usted no va a usar Facebook si es menor de 13”.

6. - Así mismo, indica la madre de la menor que con la creación del perfil a su hija XX en Facebook se incumplió la regla de protección de derechos de otra persona establecida por la red social, pues la página es clara al indicar que “no publicarás contenido ni realizaras ninguna acción en Facebook que infrinja o viole los derechos de otro o que no cumpla la ley”.

7.- Finalmente, señala la señora AA que el padre de menor está suplantando la identidad de XX y utilizando la página para desprestigiarla como persona y entorpecer la paz familiar

Solicitud de Tutela

8.- Con fundamento en los hechos narrados, la ciudadana AA solicita la protección de los derechos fundamentales de su menor hija a la intimidad, el buen nombre y el libre desarrollo de la personalidad. Además, pide que “la autoridad en razón de su competencia haga saber al padre biológico de XX que está usando la identidad de la menor para entorpecer la paz familiar”.

Respuesta del demandado

9.- En escrito presentado por el señor BB, padre de la menor, indicó lo siguiente:



-En primer lugar, confirmó que su hija XX está en las páginas de Facebook, plenamente identificada solo ante 24 miembros de su familia, entre ellos un miembro de su familia materna. Indicó además que el perfil se encuentra bajo estrictas medidas de privacidad para personas por fuera del círculo familiar.

En segundo lugar, señaló que el perfil se encuentra sin identificación de su domicilio, teléfono o cualquier otro dato que la pueda poner en riesgo personal.

En tercer lugar, indicó que como padre de la menor decidió hacer un álbum familiar virtual bajo el nombre XX con el solo fin de elaborar de manera responsable una secuencia lógica de la vida y hechos que rodean el crecimiento de su hija, ya que era la única manera efectiva de recibir y descargar fotos de otras páginas de Facebook en las cuales ella aparece, tal como la página del Jardín Cascabeles de Colores, donde le enteran visualmente otros padres y familiares de niños que ahí estudian, sobre cualquier actividad en la cual estuvo la niña y de la que de otra forma nunca hubiera tenido conocimiento.

Lo anterior, por cuanto pueden trascurrir periodos de hasta un año en los que el puede estar ausente de su hija por las acciones “injustas y dolosas de la madre”.

Adicionalmente, manifestó que en la página no se buscan nuevos amigos, no se asiste a invitaciones, no se aceptan juegos, no se aceptan opiniones de otros miembros diferentes a la familia, inclusive no se aceptan solicitudes de reconocimiento de afinidad o lazos familiares.

En cuarto lugar, señaló que el mismo acto de dejar la fecha de la página da total claridad sobre la naturaleza del hecho, sobre los individuos que la componen y sobre lo que allí se pretende, “para que el creador de la página (Mark Zuckerberg) decida o no si la familia, el propio padre y la misma hija en un futuro tengan un medio virtual de ver fotos, acontecimientos reales, momentos memorables dada la época actual donde podemos crear un álbum fotográfico virtual y no de rollos de



película como hace algunos años atrás y que la mejor manera de compartirlo sanamente es por medios mundialmente conocidos como el Facebook , aclarando que bajo las estrictas medidas de seguridad que se requieren para evitar peligros propios de estos y sin ningún asomo de perfil público o de suplantación de identidad”[1].

En relación con el cumplimiento de las reglas señaladas por el Facebook para poder crear un perfil en dicha red social manifestó lo siguiente:

- Como padre de la menor posee la patria potestad, por lo que puede obrar en su beneficio y a favor de conservar sus vínculos familiares mientras ella no pueda tomar ese tipo de decisiones.
 - El perfil de XX es real y personal. En el nunca se han malinterpretado palabras que por la incapacidad de la menor para manejar la página con la madurez neuronal necesaria nunca se han escrito como si fuese ella la que hablara. Las interpelaciones, cuestionamientos verbales y preguntas inocentes de la menor han sido y serán detalladas siempre de maneras objetivas y separadas por comillas, puntos suspensivos y apartes, obrando bajo criterios de propiedad del autor.
 - Nunca ha habido características de página comercial.
 - XX no es usuaria de Facebook personalmente, lo hace únicamente el padre en su representación de manera inofensiva, cariñosa y con aspiraciones de bienestar futuro, al asegurar su permanencia en el tiempo ante la posible pérdida de información física.
 - Afirma no ser delincuente sexual convicto y “por petición de la madre ante la acusación de ser un trastornado bipolar me fueron realizados exámenes psicológicos en medicina legal de Pereira[2] “.
 - La información es exacta y actualizada en la medida en que suceden los eventos más preponderantes e interesantes para la familia paterna.
 - Afirmó que nadie diferente a él tiene contraseña de acceso al perfil.
- Indicó además cumplir con el resto de los requisitos señalados por Facebook para acceder a dicha red social.



Por otro lado, señaló que nunca se ha llamado XX y no haber cambiado su género masculino en expresión oral o escrita por palabras que denoten cambio de género con la intención de confundir o engañar. De allí que lo que escribe permite entender la existencia de un oyente imaginario o ausente, que para el efecto será XX en el futuro.

Finalmente, indicó que no se ha desprestigiado a la madre a través del perfil de XX y solicitó proteger sus derechos pues no puede compartir con su hija.

Decisión judicial objeto de revisión

Sentencia de única instancia.

El Juzgado Primero Civil Municipal de Cartago, Valle, negó la tutela impetrada por la siguiente razón:

“Una vez cotejados los cargos esbozados en el escrito introductorio con las pruebas existentes en el plenario, considera el despacho que contrario a lo alegado por la parte actora, los comentarios efectuados por el padre de (XX) hacen alusión al amor que este profesa a su hija, sin que se evidencie mal intención alguna en dichos comentarios, por el contrario en los anexos se puede inferir que el padre de la menor abrió dicha página con ocasión al distanciamiento que ha existido entre el y su hija, lo cual obviamente va en detrimento de la menor de edad, por ello considera el despacho oportuno y prudente hacer un llamado de atención a sus progenitores, para que en aras del bienestar de su hija, procuren limar las asperezas con el fin de sobreponer el interés superior de la niña, quien es la principal afectada por las desavenencias familiares, y como no es posible que todos convivan bajo el mismo techo, procuren que sus actuaciones tengan como único fin contribuir a su desarrollo armónico e integral, teniendo en cuenta que como lo ha establecido la Corte Constitucional, el interés superior del menor no se identifica, necesariamente, con aquello que algunos de los padres, o quien tenga la custodia, pueda considerar bueno o mejor para el niño”.

Pruebas relevantes obrantes en el expediente.



- 1.- Impresión de la página de Facebook donde aparece el perfil de XX.[3]
2. Registro Civil de XX. [4]
3. Impresión de la declaración de derechos y responsabilidades en Facebook. [5]
- 4.- Impresión de fotos y comentarios a las fotos que se encuentran publicadas en el perfil de XX[6].
5. Impresión del listado de amigos de XX en Facebook, con la explicación del parentesco de la menor con cada uno de ellos[7].
- 6.- Comentarios realizados en el muro de XX.[8]

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Problema jurídico

2.- En atención a lo expuesto, corresponde a esta Sala de Revisión determinar si se afecta el interés superior del menor y los derechos fundamentales de la niña XX al habeas data y a la honra, con la creación de una cuenta en Facebook a su nombre por parte de su padre.

3.- A fin de resolver el asunto, la Sala se pronunciará sobre los siguientes tópicos: (i) El interés superior del menor en el Estado Colombiano. Reiteración de jurisprudencia, (ii) el derecho fundamental al habeas data – Reiteración de jurisprudencia-, (iii) los riesgos para los derechos fundamentales, entre otros, la intimidad, la protección de datos y la imagen en las redes sociales, (iv) recomendaciones establecidas en Memorandum de Montevideo sobre la protección de datos personales y la vida privada en las redes sociales en Internet, en particular de niños, niñas y adolescentes y; (v) el caso concreto.

i. El intereses superior del menor en el Estado colombiano. Reiteración de jurisprudencia



Los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes gozan de una especial protección tanto en el ámbito internacional como en nuestro Estado Social de Derecho. Ello, dada la situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad de esta población y la necesidad de garantizar un desarrollo armónico e integral de la misma. Entre los instrumentos internacionales en los cuales se encuentran consagrados los derechos de los menores se destacan los siguientes:

En primer lugar encontramos, la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone en su artículo 3-1 que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”; y en el artículo 3-2, establece que “los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 24-1 que “todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”, en el mismo sentido que el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”, y que el artículo 10-3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que ordena: “se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y



adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”.

También el Principio 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño dispone que los niños gozarán de especial protección, y serán provistos de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente de manera normal y sana, y en condiciones de libertad y dignidad; para ello, precisa la Declaración, las autoridades tomarán en cuenta al momento de adoptar las medidas pertinentes, el interés superior de los niños como su principal criterio de orientación. Igualmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 25-2, establece que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales”, y que “todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

En el ámbito americano, la protección de los derechos de los niños ha sido objeto de un completo análisis por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de sus sentencias y en especial de la Opinión Consultiva No. OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la interpretación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19[9] (derechos del niño) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos constituyen “límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados” en relación a niños, y asimismo solicitó la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana.

Siendo éstos algunos de los parámetros internacionales que fijan las conductas que deben adoptar los estados frente a la niñez, corresponde al Estado colombiano atenderlas llevando a cabo acciones en procura del bienestar de este grupo de personas y dando cumplimiento estricto a los compromisos internacionales a los que se ha obligado.



Los niños, en virtud de su falta de madurez física y mental -que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos-, necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad.

Atendiendo esta norma básica contenida en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, exige la obligación de prodigar una especial protección a aquellos grupos sociales cuya debilidad sea manifiesta, destacándose entre estos grupos la especial protección de los niños, la cual es prevalente inclusive en relación con los demás grupos sociales.

Nuestra Carta Política en su artículo 44 dispone, que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. Así la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los menores de edad tienen el status de sujetos de protección constitucional reforzada, condición que se hace manifiesta -entre otros efectos- en el carácter superior y prevaleciente de sus derechos e intereses, cuya satisfacción debe constituir el objetivo primario de toda actuación que les competa.

Sobre el particular ha dicho la Corte:

“El artículo 44 de la Constitución Política es inequívoco al establecer que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, como consecuencia del especial grado de protección que aquellos requieren, dadas sus condiciones de vulnerabilidad e indefensión, y la especial atención con que se debe salvaguardar su proceso de desarrollo y formación. Una de las principales manifestaciones de este precepto constitucional, que se enmarca en el contexto del Estado Social de Derecho y del deber general de solidaridad, es el principio de preservación del interés superior del menor, que ha sido desarrollado por



la jurisprudencia constitucional[10] y consagrada en los artículos 20 y 22 del Código del Menor.[11] Dicho principio refleja una norma ampliamente aceptada por el derecho internacional,[12] consistente en que al menor se le debe otorgar un trato preferente, acorde con su caracterización jurídica en tanto sujeto de especial protección, de forma tal que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembro de la sociedad.

¿Qué significa que los niños sean titulares de derechos prevalecientes e intereses superiores? La respuesta únicamente se puede dar desde las circunstancias de cada caso y de cada niño en particular (...)

Esta regla no excluye, sin embargo, la existencia de parámetros generales que pueden tomarse en cuenta como criterios orientadores del análisis de casos individuales. En efecto, existen ciertos lineamientos establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar de los niños, tanto a nivel general (en la Constitución, la ley y los tratados e instrumentos internacionales que regulan la situación de los menores de edad) como derivados de la resolución de casos particulares (es decir, de la jurisprudencia nacional e internacional aplicable), que sirven para guiar el estudio del interés superior de menores, en atención a las circunstancias de cada caso"[13].

La Corte ha señalado que el interés de los niños "debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo"[14]; no obstante, ha dicho que igualmente ello no implica que al momento de determinar cuál es la opción más favorable para los niños, las niñas y los adolescentes en particular, no se puedan tener en cuenta los derechos e intereses de las personas vinculadas con ellos, en especial los de sus padres. Por el contrario, el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes prevalece sobre los intereses de los demás, pero no es de ninguna manera excluyente ni absoluto frente a ellos.

Igualmente, expresa:



“El sentido mismo del verbo “prevalecer”[15] implica, necesariamente, el establecimiento de una relación entre dos o más intereses contrapuestos en casos concretos, entre los cuales uno (el del menor) tiene prioridad en caso de no encontrarse una forma de armonización; por lo mismo, los derechos e intereses conexos de los padres y demás personas relevantes se deben tomar en cuenta en función del interés superior del menor. De hecho, sólo así se logra satisfacer plenamente el mandato de prioridad de los intereses de los niños, ya que éstos son titulares del derecho fundamental a formar parte de una familia, por lo cual su situación no debe ser estudiada en forma aislada, sino en el contexto real de sus relaciones con padres, acudientes y demás familiares e interesados. Esta es la regla que establece el artículo 3-2 de la Convención sobre Derechos del Niño, según el cual ‘los estados se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley’[16]”.

Por su parte el actual Código de la infancia y la adolescencia en su artículo 39 señala:

“ARTÍCULO 8o. INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.

ARTÍCULO 9o. PREVALENCIA DE LOS DERECHOS. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.

En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente



El interés superior del menor, consagrado como se vio tanto en el ámbito internacional como en el ordenamiento interno, deberá orientar cualquier actuación que se tome al momento de determinar las políticas de acceso de los niños, niñas y adolescentes a las sociedad de la información y el conocimiento, a fin de garantizar su desarrollo armónico e integral.

iii. El derecho al habeas data. Reiteración de jurisprudencia.

El artículo 15 de la Constitución de 1991 reconoció explícitamente el "(...) 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" y además dispuso que "[e]n la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetará la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución". Estos preceptos leídos en conjunto con la primera parte del mismo artículo 15 –sobre el derecho a la intimidad, el artículo 16 –que reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad- y el artículo 20 –sobre el derecho a la información activo y pasivo y el derecho a la rectificación- de la Carta, han dado lugar al reconocimiento de un derecho fundamental autónomo catalogado como derecho al habeas data, y en algunas oportunidades, como derecho a la autodeterminación informativa o informática.

En la jurisprudencia constitucional, el derecho al habeas data fue primero interpretado como 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.[17]

También 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”[18].

Con posterioridad el derecho al Habeas Data es entendido como un derecho autónomo compuesto por la autodeterminación informática y la libertad.[19] Este fue definido en la sentencia T- 729-02 como “aquel que otorga la facultad[20] al titular de datos personales, de exigir a las administradoras de datos personales el acceso, inclusión, exclusión, corrección, adición, actualización, y certificación de los datos, así como la limitación en la posibilidades de divulgación, publicación o cesión de los mismos, conforme a los principios[21] que informan el proceso de administración de bases de datos personales”.

De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, dentro de las prerrogativas –contenidos mínimos- que se desprenden de este derecho encontramos, por lo menos, las siguientes: (i) el derecho de las personas a conocer –acceso- la información que sobre ellas está recogidas en bases de datos, lo que conlleva el acceso a las bases de datos donde se encuentra dicha información; (ii) el derecho a un incluir nuevos datos con el fin de se provea una imagen completa del titular; (iii) el derecho a actualizar la información, es decir, a poner al día el contenido de dichas bases de datos; (iv) el derecho a que la información contenida en bases de datos sea rectificadas o corregidas, de tal manera que concuerde con la realidad; (v) el derecho a excluir información de una base de datos o archivo, bien por que se está haciendo un uso indebido de ella, o por simple voluntad del titular –salvo las excepciones previstas en la normativa.

Como se aprecia la protección del derecho fundamental del habeas data tiene como finalidad la protección de los datos en un mundo globalizado, en el que el acceso a la Sociedad de la Información y el conocimiento es cada vez mayor. Esta protección responde, además, a la importancia que tales datos revisten para la garantía de otros derechos como la intimidad, el buen nombre, el honor y la honra.



ii. Los riesgos para los derechos fundamentales, entre otros la protección de datos, la intimidad y la imagen en las redes sociales.

La sociedad de la información y el conocimiento y en especial herramientas como el internet y las redes sociales digitales, han generado un medio social más a través del cual se puede compartir, comunicar y entretener. Ello ha traído como consecuencia un aumento exponencial de sus usuarios que tienen la posibilidad de intercambiar información, propagar ideas, participar activamente y facilitar relaciones personales[22].

A pesar de que las redes sociales digitales –generalista o de ocio y profesionales- se consolidan como un espacio en el que rigen normas similares a las del mundo no virtual, el acceso a la misma acarrea la puesta en riesgo de derechos fundamentales, pues el hecho de que algunas de ellas se manejen a través de perfiles creados por los usuarios, por medio de los cuales se pueden hacer públicos datos e información personal, puede traer como consecuencia la afectación de derechos como la intimidad, la protección de datos, la imagen, el honor y la honra[23].

La afectación de estos derechos va de la mano, en gran medida, del desconocimiento de los usuarios acerca del funcionamiento y reglamentación de estas plataformas, pues la falta de privacidad en los perfiles y la publicación de información personal y datos especialmente protegidos como vivencias, gustos, ideología y experiencias sin ninguna restricción, se constituye en una fuente de riesgo para los derechos fundamentales de los usuarios.

Los riesgos a los derechos fundamentales en las redes sociales pueden estar generados entre otros por las siguientes situaciones:

- “Existe un problema derivado de la falta de toma de conciencia real por parte de los usuarios de que sus datos personales serán accesibles por cualquier persona y del valor que éstos pueden llegar a alcanzar en el mercado. En muchos casos, los usuarios hacen completamente públicos



datos y características personales que en ningún caso expondrían en la vida cotidiana como ideología, orientación sexual y religiosa etc.

- Los datos personales pueden ser utilizados por terceros usuarios malintencionados de forma ilícita.

-Existe la posibilidad de que traten y publiquen en la red información falsa o sin autorización del usuario, generando situaciones jurídicas perseguibles que pueden llegar a derivarse de este hecho[24].

-El hecho de que, a través de las condiciones de riesgo aceptadas por los usuarios, estos cedan derechos plenos e ilimitados sobre todos aquellos contenidos propios que alojen en la plataforma, de manera que puedan ser explotados económicamente por parte de la red social.[25]”[26]

La afectación de los derechos fundamentales en redes sociales como el Facebook puede generarse en el momento en el cual el usuario se registra en la red escogida, durante su participación en la plataforma, e incluso en el momento en que decide dejar de utilizar el servicio.

En el estudios sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales on line, realizado por el Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación - Agencia Española de Protección de Datos- se señala que el primer momento crítico se sitúa al momento del registro del usuario y la configuración del perfil, pues este incidirá en el derecho a la intimidad y en el honor y la honra en caso de que el usuario no establezca adecuadamente su perfil de privacidad en el momento del registro, ya sea por desconocimiento o porque la red no disponga de estas opciones de configuración.

Los derechos de los usuarios pueden verse afectados además con la publicación de contenidos e información en la plataforma –fotos, videos, mensaje, estados, comentarios a publicaciones de amigos-, “pues los alcances sobre la privacidad de los mismos pueden tener un alcance mayor al que consideró el usuario en un primer momento, ya que estas plataformas disponen de potentes herramientas de intercambio de



información, de capacidad de procesamiento y de análisis de la información facilitada por los usuarios”[27].

Otro de los riesgos señalados en el texto mencionado hace referencia a que en ocasiones las redes sociales permiten a los motores de búsqueda de internet indexar en sus búsquedas los perfiles de los usuarios, junto con información de contactos y perfiles de amigos, lo que puede llegar a afectar la privacidad del usuario, la protección de sus datos y dificultará el proceso de eliminación de los mismos del internet.

Constituyen riesgo para los derechos fundamentales, además:

-“La posibilidad que tiene estas plataformas de ubicar geográficamente al usuario a través de la dirección IP y conocer el dispositivo desde el que se conecta, para contextualizar los contenidos y la publicidad mostrada. Este hecho puede considerarse como una intromisión en las rutinas del usuario que puede suponer un grave menoscabo de su derecho a la intimidad”. [28]

- “A pesar de la cancelación de la cuenta, en ocasiones, la información íntima del usuario puede continuar publicada y ser accesible desde los perfiles de otros usuarios, además de indexada y almacenada en la caché de los distintos buscadores existentes en internet”[29].

En el caso en particular de los menores de edad los riesgos están íntimamente relacionados con lo siguiente:

-Los niños y niñas tienen la posibilidad de acceder en las redes sociales a contenidos de carácter inapropiado para su edad.

-Los menores tienen la posibilidad de iniciar contacto on line, e incluso físicamente con usuarios malintencionados.

-Existe proliferación de la información personal gráfica de los menores, ya sea publicada por ellos mismos o por terceros con desconocimiento de los riesgos a los cuales pueden ser expuestos.

Las anteriores circunstancias pueden exponer a los niños y niñas, en caso de no acceder al mundo de las redes sociales con el debido acompañamiento de los padres a situaciones como abusos,



discriminación, pornografía y otros que pueden incidir de manera negativa en su crecimiento y desarrollo armónico e integral.

Tales riesgos pueden ser evitados si se tiene conocimiento acerca del funcionamiento y las políticas de privacidad de los diferentes sitios en línea, en especial de las redes sociales. De allí que en el caso específico de los menores de edad, en especial niños y niñas, el acceso a las redes sociales debe darse con el acompañamiento de los padre o personales responsables de su cuidado, a fin de que éstos sean conscientes de que si bien en mundo de la información y la tecnología implica un sinnúmero de beneficios para su desarrollo, al mismo tiempo genera una serie de riesgos que se pueden evitar con un correcto manejo de la información y con una adecuada interacción con los demás miembros de la red.

iii- Recomendaciones establecidas en el Memorandum de Montevideo sobre la protección de datos personales y la vida privada en las redes sociales en internet, en particular de niños, niñas y adolescentes.

Como se indicó de manera precedente, la Sociedad de la Información y el Conocimiento, además de la multiplicidad de beneficios que encarna en materia de información, propagación de ideas, entretenimiento y otros, genera una serie de riesgos para los derechos fundamentales. Por ello, y teniendo en cuenta que el número de niños, niñas y adolescentes en las redes sociales es cada vez mayor y que éstas hacen parte de su diario vivir, se hace necesaria la adopción y consagración de normas y políticas públicas a fin de garantizar un adecuado acceso de éstos a las redes sociales, a fin de que puedan disfrutar de los beneficios y al tiempo prevenir los riesgos[30].

Consientes de la necesidad de establecer una garantía de los derechos y una protección ante los riesgos que corren los niños, niñas y adolescentes en las redes sociales, en el Memorandum de Montevideo[31] se señalan una serie de recomendaciones a fin de extender los aspectos positivos de la sociedad de la Información y Conocimiento a los menores y prevenir



aquellas prácticas perjudiciales y los impactos negativos que las mismas generan para éstos.

La Corte considera pertinente traer a colación las recomendaciones vertidas en citado Memorandum en tanto que constituyen criterio de orientación doctrinal para el tema.

El documento señala dentro de los actores involucrados al Estado, las Entidades Educativas, los progenitores u otras personas que se encuentren a cargo de su cuidado y los educadores. A todos estos van dirigidas las recomendaciones.

En el Memorándum se hace la precisión de que “Cualquier acercamiento al tema requiere que se consideren dos dimensiones. Por un lado el reconocimiento de que niñas, niños y adolescentes son titulares de todos los derechos, y por tanto pueden ejercerlos en función de su edad y madurez, además que sus opiniones deben ser consideradas en función de su edad y madurez, por otro, el hecho de que por su particular condición de desarrollo tienen el derecho a una protección especial en aquellas situaciones que pueden resultar perjudiciales para su desarrollo y derechos”.

Dentro de las recomendaciones dadas a los estados y entidades educativas para la prevención y educación de niños, niñas y adolescentes se destacan:

- Los estados y las entidades educativas deben tener en cuenta el rol de los progenitores, o cualquier otra persona que tenga bajo su responsabilidad el cuidado de las niñas, niños y adolescentes en la formación personal de ellos, que incluye el uso responsable y seguro del internet y las redes sociales digitales. Es tarea del estado y las entidades educativas proveer información y fortalecer capacidades de los progenitores, sobre los eventuales riesgos a que se enfrentan los menores en internet.
- Toda medida que implique control de las comunicaciones tiene que respetar el principio de proporcionalidad, por tanto se debe determinar



que la misma tiene como fin la protección y garantía de derechos que es adecuada al fin perseguido y que no existe otra medida que permita obtener los mismos resultados y sea menos restrictiva de derechos.

- Se debe transmitir claramente a las niñas, niños y adolescentes que internet no es un espacio sin normas, impune o sin responsabilidad. En especial deben ser alertados sobre la participación anónima o el uso de pseudónimos, el respeto a la privacidad, intimidad y buen nombre de terceras personas, responsabilidades civiles, penales y administrativas que se existen cuando se vulneran derechos propios o de terceros en la red, entre otros aspectos.

- Se recomienda enfáticamente la promoción de una sostenida y completa educación sobre la sociedad de la información y el conocimiento, en especial para el uso responsable y seguro del Internet y las redes sociales digitales, por medio de la inclusión en los planes de estudio, la producción de material didáctico en el que se representen las potencialidades y riesgos y la capacitación de los docentes en el tema.

Por otro lado, en cuanto a la función que desarrolla el legislador en cada país, el Memorándum establece que la creación, reforma o armonización normativa debe realizarse tomando como consideración primordial el interés superior de los niños, las niñas y adolescentes que contenga como mínimo los derechos y principios básicos reconocidos internacionalmente y los mecanismos para la efectiva protección de sus datos personales (numerales 6 al 9 del capítulo “Recomendaciones para los Estados sobre el Marco Legal”)

Además, resalta que los sistemas judiciales tienen un rol muy relevante en el aseguramiento de un buen uso de la Internet y las redes sociales digitales. Señala que las sanciones civiles y penales deben aplicarse no sólo para rectificar los derechos vulnerados sino también para enviar a los ciudadanos y a las empresas reglas claras sobre la interpretación de las leyes y de los principios fundamentales (numerales 10 al 13 del aparte “Recomendaciones para la aplicación de las leyes por parte de los



Estados”)

Finalmente, se imprimen una serie de recomendaciones a la Industria – empresas que proveen los servicios de acceso a internet, desarrollan las aplicaciones o las redes sociales digitales- a fin de lograr la protección de los menores en la Sociedad de de la Información. Dentro de las que se destacan:

-No permitir la recopilación, tratamiento, difusión, publicación o transmisión a terceros de datos personales, sin el consentimiento explícito de la persona concernida. Se debe restringir el uso de la información recogida con cualquier otra finalidad diferente a la que motivo su tratamiento, y en especial a la creación de perfiles de comportamiento.

En el caso de niñas y niños se debe considerar la prohibición de tratamiento de datos personales. En el caso de adolescentes se deberá tener en cuenta los mecanismos de controles parentales de acuerdo a la legislación de cada país.

-Las reglas sobre privacidad de las páginas web, servicios, aplicaciones, entre otros, deberían ser explícitas, sencillas y claras, explicadas en un lenguaje adecuado para niñas, niños y adolescentes.

-Toda red social digital debe indicar explícitamente en la parte relativa a la publicidad contenida en su política de privacidad, sobre los anuncios publicitarios e informar claramente, en especial a los menores, sobre el hecho de que las informaciones personales de los perfiles personales de los usuarios se emplean para enviar publicidad según cada perfil.

-Toda red social digital debe indicar de manera clara la razón que motiva el exigir ciertos datos personales, como la fecha de nacimiento y la fecha de creación de la cuenta.

-Toda red social digital, sistema de comunicación o base de datos deberá contar con formas de acceso a la información, rectificación y eliminación de datos personales para usuarios o no usuarios, tomando en consideración las limitantes de la ley.



-Debe impedirse la indexación de los usuarios de las redes sociales digitales por parte de los buscadores, salvo que el usuario haya optado por esta función. La indexación de información de niños y niñas debe estar prohibida en todas sus formas, en caso de adolescentes estos deben autorizar de forma expresa la indexación de los mismos.

-Toda red social digital debe establecer las medidas necesarias para limitar el acceso por parte de los terceros que desarrollan las diferentes aplicaciones que el servicio ofrece (juegos, cuestionarios, anuncios y otros), a los datos personales de los usuarios cuando estos no sean necesarios ni pertinentes para el funcionamiento de dichas aplicaciones.

-Para facilitar el acceso a la justicia de los usuarios, cada empresa proveedora de redes sociales digitales debe fijar un domicilio o representante legal en los países en que esa red social tiene un uso significativo o por requerimiento del estado.

-Deben adoptar medidas para la erradicación de la pornografía infantil, comprometiéndose, entre otros, a notificar a las autoridades competentes toda ocurrencia de pornografía infantil detectadas en perfiles de los usuarios de las redes sociales, preservar los datos necesarios para la investigación por el plazo mínimo de seis meses o entregar esos datos a las autoridades competentes, mediando autorización judicial y desarrollar herramientas de comunicación con las autoridades competentes para facilitar la tramitación de las denuncias, formulación de pedidos de remoción y preservación de datos.

Como se aprecia las recomendaciones adoptadas van encaminadas a la incursión de los niñas, niños y adolescentes en las redes sociales, pero bajo unas condiciones de seguridad que le permitan a estos acceder a los beneficios y evitar las consecuencias negativas de una adecuada iniciación y permanencia en las redes sociales.

Con las consideraciones hasta aquí expuestas procede la Sala a estudiar el caso concreto de la menor XX en la red social Facebook.

iv- Caso concreto



En el presente caso, la ciudadana AA solicita la protección de los derechos fundamentales de su hija de 4 años, XX, los cuales considera vulnerados con la creación de una cuenta en la red social Facebook por parte del padre de la menor BB. El señor BB creó tal cuenta con el fin de mantener el contacto con su hija, ya que debido a problemas con la accionante, transcurren largas temporadas sin que pueda ver a la niña.

Es del caso precisar que el padre de la menor al crearle el perfil, mintió sobre la edad de ésta, pues la niña en la actualidad cuenta con 4 años y las reglas de la red social Facebook indican que es necesario tener 13 para poder acceder a la misma. A pesar de ello, el accionado realizó una adecuada configuración de privacidad, al aceptar como amigos sólo a aquellas personas que tenían un parentesco o relación cercana con XX.

Una vez expuesto lo anterior, corresponde a la Sala determinar si se vulnera el interés superior del menor y los derechos fundamentales al habeas data, la honra y el interés superior del menor, con la creación de una cuenta en Facebook a la menor XX, quien actualmente cuenta con 4 años de edad.

Cuestiones previas

De manera previa a la resolución del caso concreto se precisa lo siguiente:

En primer lugar, se debe señalar que la Constitución Política de 1.991 advierte la posibilidad de dirigir acciones de tutela contra particulares cuando en el último inciso del artículo 86 señala: "La ley establecerá los casos en que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión".

En el caso específico, procede la acción de tutela contra particulares, bajo el supuesto de indefensión y vulnerabilidad en la que se encuentran los menores de edad, que los hace acreedores de la especial protección del Estado y le otorga la posibilidad a cualquier persona de solicitar la



protección de sus derechos. Como se señaló, esta especial protección deviene del artículo 44 Superior, el cual establece, entre otros aspectos, que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

En segundo lugar, es del caso recordar que cualquier acercamiento al tema objeto de estudio en esta oportunidad debe partir del interés superior del menor, el cual se debe garantizar con cualquier decisión al respecto a fin de garantizarle a los mismos un desarrollo armónico e integral.

En tercer lugar, se precisa que la resolución de la situación fáctica puesta en conocimiento de esta Sala se resolverá a partir de las disposiciones constitucionales y de la posible afectación de derechos fundamentales contenidos tanto en el ordenamiento interno como internacional y, no a partir de la regulación establecida por la red social Facebook, pues la vulneración del contenido de un derecho fundamental no depende de la transgresión o acatamiento de éstas.

Afectación de derechos fundamentales en el caso específico

Hechas las anteriores precisiones se procede a la Resolución de problema jurídico planteado.

En lo que respecta a la posible vulneración del derecho fundamental al habeas data, entendido este como la garantía de protección de datos, y en el caso específico de las redes sociales digitales, de la protección de datos personales[32] y de datos sensibles[33], no existe mayor normatividad en la legislación nacional que regule lo referente a la protección de los mismos en casos de menores de edad. Sobre el particular, la “ley que por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales” consagra en su artículo 7 lo siguiente[34]: Artículo 7°. Derechos de los niños, niñas y adolescentes. En el Tratamiento se asegurará el respeto a los derechos prevalentes de los niños, niñas y adolescentes.



Queda proscrito el Tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes, salvo aquellos datos que sean de naturaleza pública.

Es tarea del Estado y las entidades educativas de todo tipo proveer información y capacitar a los representantes legales y tutores sobre los eventuales riesgos a los que se enfrentan los niños, niñas y adolescentes respecto del Tratamiento indebido de sus datos personales, y proveer de conocimiento acerca del uso responsable y seguro por parte de niños, niñas y adolescentes de sus datos personales, su derecho a la privacidad y protección de su información personal y la de los demás. El Gobierno Nacional reglamentará la materia, dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de esta ley.”

Dicha disposición debe ser apreciada en conjunto con el artículo 8 del Código de la Infancia y la Adolescencia que consagra el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, el artículo 9 referente a la prevalencia de sus derechos y con el artículo 34 que consagra el derecho a la información de los menores y la posibilidad de buscar, recibir y difundir información e ideas a través de los diferentes medios de comunicación que dispongan.

Advierte la Sala que no existe disposición específica en nuestro ordenamiento, diferente a la señalada, referente al acceso de menores a las redes sociales digitales, a pesar de ello, encuentra la Sala lo siguiente:

- En la época actual es imposible impedir el acceso de los menores a la Sociedad de la Información y el Conocimiento, pues ellos tiene derecho a acceder a los beneficios que la misma acarrea, pero dicho acceso debe ser acorde a la edad y madurez del menor a fin de no afectar su desarrollo armónico e integral.
- La edad y madurez del menor van a determinar el cumplimiento de uno de los principios rectores en materia de protección de datos personales, como es el referente a la libertad, el cual es entendido de la siguiente manera:



“Principio de libertad: el tratamiento sólo puede ejercerse con el consentimiento, previo, expreso e informado del titular. Los datos personales no podrán ser obtenidos o divulgados sin previa autorización, o en ausencia de mandato legal o judicial que releve el consentimiento”[35].

- El interés superior del menor implica que las apreciaciones e ideas de los mismos deban ser escuchadas y valoradas de conformidad con la edad y madurez que presentan para determinar su consentimiento.

En el caso concreto, lo anterior nos ubica en el siguiente panorama:

La menor XX cuenta con 4 años.

-Por su edad y madurez entiende la Sala que existe la imposibilidad para emitir un consentimiento previo, expreso e informado que permitiera inferir su deseo de acceder a una red social digital como lo Facebook.

-La menor no es consciente de la creación de tal cuenta por parte de su padre. Es decir, existe un desconocimiento de la niña acerca de lo que es una red social.

Lo anterior conlleva una afectación del derecho fundamental de la menor al habeas data, pues XX no manifestó apreciación o deseo de estar en ella, además, de que no es consciente de la existencia de tal cuenta.

En caso de que un niño o niña llegue a expresar una idea o manifestación respecto al mundo de la tecnología, la misma debe ser valorada de conformidad y madurez de quien la expresa.

En el caso específico de un niño o niña de 4 años, la valoración de su opinión difícilmente conducirá a un deseo de estar en una red social y beneficiarse de lo bueno que las mismas ofrecen, pues es improbable la formación de un juicio propio sobre el tema a tan temprana edad.

Además, se recuerda que las recomendaciones del Memorandum de Montevideo apuntan a que el proceso de inmersión en las redes sociales de niños y niñas se debe dar con el acompañamiento de la persona encargada de su cuidado, lo que tampoco se da este caso, pues el padre creó la cuenta precisamente por estar lejos de la menor. Es decir, en el



momento que XX esté en la capacidad de entrar por sí sola a una red social no va a tener los elementos suficientes para manejar la información que ya otra persona colocó de ella en las redes sociales.

Lo anterior, nos permite concluir que en el caso específico, el derecho a la protección de datos se encuentra afectado con la creación de la cuenta en Facebook sin que XX sea consciente de ello, en especial el principio de libertad en el manejo de la información, máxime tratándose de datos personales de un sujeto especialmente protegido.

Adicional a lo expuesto, encuentra la Sala que la existencia de una cuenta en Facebook a nombre de XX afecta su derecho a la honra, entendido este como aquel “derecho que toma su valoración de conformidad con las actuaciones de cada quien en particular y de conformidad con su manera de ser, su comportamiento en sociedad, el desenvolvimiento en el núcleo social donde vive y con quienes comparte su existencia que hace que los demás se formen un criterio respecto de los valores éticos, morales, sociales de su buen vivir y le valoren su condición de ser social en un plano de igualdad dentro de los criterios objetivos de ponderación de la dignidad humana. El derecho a la honra es un derecho personalísimo porque sólo se predica de los individuos en su condición de seres sociales”[36].

Lo anterior, por lo siguiente:

- Cuando XX cuente con la edad y la madurez para manejar su cuenta en Facebook va a encontrar que el mismo ha sido el medio a través del cual se ventilaba la intimidad de la familia, y que ésta ha sido conocida por un grupo de amigos que ella no escogió, independientemente de que tenga un vínculo familiar con ellos. Esto atendiendo a que en la actualidad, el padre se adujo la potestad de escoger quienes son los amigos de la menor en la red.

Tal disputa va a incidir en el criterio que de XX se formen los demás, pues posiblemente se presentaron datos en su cuenta de una forma diferente a la que seguramente la menor hubiera querido.



- Adicionalmente, como bien se puso de presente, en ocasiones resulta sumamente difícil eliminar la información que se ha colado en el internet, lo que puede ocasionar en el futuro consecuencias desfavorables para XX, quien posiblemente no quiera mantener toda la información que el papá introdujo en su cuenta.

La conducta desplegada por los padres, pone en riesgo además el desarrollo armónico e integral de la menor, quien ha quedado involucrada en medio del conflicto y tiene que ser participe de la disputa, no solo en el día a día sino a través de un medio digital al que en algún momento tendrá acceso.

Finalmente, es del caso precisar que si bien la patria potestad implica la posibilidad de que los padres tomen ciertas decisiones en nombre de sus hijos, como sería en este caso, la creación de una cuenta en red social, tales decisiones no pueden poner en riesgo a los mismos, ni afectar sus derechos fundamentales, como sucede en este caso. De allí que en ejercicio de la patria potestad no le sea posible al señor BB mantener la cuenta creada.

Lo hasta aquí expuesto se convierten en razones suficientes para tutelar los derechos fundamentales de la niña XX al habeas data y a la honra, así como el interés superior del menor, por lo que en la parte resolutive de esta providencia se ordenará la cancelación de la cuenta en Facebook a nombre de la niña.

Se reitera, en este caso se protegen los derechos fundamentales de la menor XX, en el contexto de la creación de una cuenta en una red social de la que ella no es consciente y que se ha utilizado para ventilar una disputa familiar. Lo expuesto no implica que los menores no puedan acceder a la Sociedad del Conocimiento y la Tecnología, pero para ello se deben atender las recomendaciones del Memorandum de Montevideo, en lo referente a que tal acceso debe ser paulatino, acompañado de las personas encargadas de su cuidado y acorde a la madurez y desarrollo psicológico que presenten.



III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- Revocar el fallo proferido por el Juzgado Primero Civil Municipal de Cartago, Valle, negó la tutela impetrada por la señora AA, en representación de su menor hija XX, y en su lugar, amparar los derechos fundamentales de la menor.

Segundo.- Ordenar al señor BB cancelar la cuenta en Facebook que abrió a nombre de su hija XX, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia.

Tercero. – Advertir al señor BB que no puede crear una cuenta en una red social digital análoga al Facebook con datos personales y sensibles de su menor hija XX.

Cuarto.- Ordenar a la Secretaría de esta Corporación así como al juez de instancia que conocieron de este providencia para que tomen las medidas adecuadas con el fin de que guarden estricta reserva y confidencialidad en relación con el mismo y en especial con la identidad e intimidad de la menor.

Quinto.- Por Secretaría LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con aclaración de voto

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ



Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA T-260/12

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-
Vulneración por creación de perfil en facebook a nombre de menor de 4 años por parte del padre (Aclaración de voto)

DERECHO A LA HONRA DE MENOR DE EDAD-Debe sustentarse en hechos reales y no en circunstancias hipotéticas en la creación de perfil en facebook de menor de 4 años por parte del padre (Aclaración de voto)

Respecto de la vulneración al derecho a la honra de XX, debe señalarse que las razones por las que se aducen dicha afectación se basan en motivos hipotéticos como es la diferencia que puede tener la menor con su padre cuando ella crezca y se dé cuenta del manejo que éste le dio a su perfil.

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Sala Octava de Revisión, me permito aclarar el voto en el asunto de la referencia en la medida que si bien comparto el sentido de la decisión, no estoy de acuerdo con todos los argumentos presentados para sustentarla.

1. En la sentencia T-260 de 2012 la Sala Octava de Revisión estudió el caso de una madre AA que alegó que en la red social "Facebook" aparece un perfil a nombre de su hija XX, una menor de edad que tiene 4 años. Esta página fue creada por BB, padre de la niña quien afirma que a la cuenta pertenecen 24 miembros identificados, los cuales hacen parte de la familia de XX. Además, BB manifestó que la función de la página es abrir un álbum familiar virtual que muestre los sucesos importantes de la vida de su hija, puesto que en ocasiones transcurre más de un año sin verla. Agregó que en ejercicio de la patria potestad es él quien maneja el perfil y no la menor que no tiene la madurez mental para hacerlo.

2. En el caso concreto de la sentencia, la Sala Octava de Revisión, concluyó que:



i) La creación del perfil de “Facebook” a nombre de XX por parte de su padre conllevó a una afectación del derecho fundamental de la menor al habeas data porque: a) XX de cuatro años de edad, no tiene la madurez para emitir un concepto previo, expreso e informado que permita inferir su deseo de acceder a la red social de “Facebook”; y b) la menor no es consciente de la creación de su perfil de “Facebook” por parte de su padre.

ii) la existencia de una cuenta a nombre de XX vulnera su derecho a la honra en razón a que: a) cuando la niña tenga la madurez y edad para manejar su cuenta en Facebook se encontrará con un medio a través del cual se ventilaba su intimidad familiar, además tendría un grupo de amigos que ella no aceptó. Esta disparidad va a influir en el criterio que de XX se formen los demás, “pues posiblemente se presentaron datos en su cuenta de una forma diferente a la que seguramente la menor hubiera querido”; y b) la información que existe en internet de XX puede ocasionar consecuencias desfavorable para ésta, “quien probablemente no quiera mantener toda la información que el papá introdujo en su cuenta”.

3. Bajo tal perspectiva, me permito precisar que me aparto de la anterior consideración en tanto a mi juicio la Sala se equivocó en identificar al habeas data como el derecho de la menor que se vio afectado por la apertura de la cuenta en “Facebook” por parte de su padre. De forma similar disiento de la conclusión sobre la vulneración al derecho a la honra ya que se sustentó en situaciones hipotéticas o contingentes y no en circunstancias reales además de ciertas.

Así las cosas, la sentencia para identificar la vulneración del derecho al habeas data se fundamentó en la inmadurez y la poca edad de XX para comprender la creación de un perfil en Facebook a su nombre y la posibilidad de conceder un consentimiento para ello, argumentos que en realidad responden es a la posible vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Lo expuesto como consecuencia de que esta garantía esencial en el Estado Constitucional adquiere la naturaleza



de residual y general en el que los particulares pueden hacer todo lo que no está prohibido u ordenado por la constitución y la ley[37]. Al mismo tiempo, el libre desarrollo de la personalidad es un derecho negativo que no debe interpretarse en sentido perfeccionista del desarrollo personal del niño, niña y adolescente, sino como la garantía de un ámbito reservado al individuo, de un espacio para la toma de sus decisiones.

En palabras de esta Corte: “se entiende que este campo de decisión libre y autónoma sólo concierne a las personas y a ellas únicamente atañe, por lo que el Estado e incluso los particulares deben mantenerse al margen cuando no existan motivos constitucionalmente relevantes que justifiquen interferir pues, de lo contrario, supondría “arrebatarle [a las personas] brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en un medio para los fines que por fuera de ella se eligen”[38].

Así mismo esta Corporación en diferentes sentencias ha señalado que el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad por parte de un menor depende de la etapa de la vida en que se encuentra y de su madurez psicológica, “por ello, a medida que avanza el tiempo, se amplía el espectro de asuntos en los cuales puede y debe decidir por sí mismo para orientar, sin la conducción u orientación de otro su propio destino”[39]. En el asunto bajo estudio es evidente que la menor no puede decidir respecto de la posibilidad de tener un perfil de Facebook, un ámbito que hace parte de las decisiones de su fuero interno y de su desarrollo como persona, más cuando ello se define actualmente como una forma de identificación. Por ende, teniendo en cuenta el interés superior del menor, la Sala debía ponderar, si el ejercicio de la patria potestad de BB al crear una cuenta a nombre de su hija en una red social es una restricción desproporcionada al derecho al libre desarrollo de la personalidad de ésta. En estos términos el fallo no identificó de forma precisa que derecho fundamental se vio afectado.



Ahora bien, de aceptarse la posición de la Sala, considero que la providencia debía precisar si analizaría la vulneración del derecho al habeas data comprendiéndolo como una manifestación del libre desarrollo de la personalidad, tal como la Corte lo concibió en una etapa previa en su jurisprudencia[40]; o por el contrario, sí estudiaría el caso concreto reconociendo que el núcleo esencial del habeas data es autónomo y se compone de la autodeterminación informática y la libertad del manejo de la información. De haberse preferido esta última opción debía presentarse por separado la valoración de los derechos fundamentales del habeas data y el libre desarrollo de la personalidad. En contraste, la mayoría escogió la primera posibilidad, de modo que evaluó el quebrantamiento de las garantías esenciales referidas de forma conjunta. Sin embargo, no advirtió que reglas jurisprudenciales aplicó ni justificó por qué se apartaba de la postura actual del precedente que considera que el derecho al habeas data tiene un núcleo autónomo que lo diferencia del libre desarrollo de la personalidad.

Respecto de la vulneración al derecho a la honra de XX, debe señalarse que las razones por las que se aducen dicha afectación se basan en motivos hipotéticos como es la diferencia que puede tener la menor con su padre cuando ella crezca y se dé cuenta del manejo que éste le dio a su perfil. Así, lo expuesto en la sentencia T-260 de 2012 solamente es una contingencia de lo que puede ocurrir con este derecho fundamental y no una vulneración o amenaza al mismo, puesto que no existe evidencia de la conculcación de la honra de la menor, salvo meras suposiciones hacia el futuro. Por lo tanto, al no existir elementos de juicio que permitan concluir con certeza la afectación del derecho referido, la Sala no podía deducir su vulneración.

Atendiendo a estas razones, me veo obligado a aclarar el voto en la presente providencia.

Fecha ut supra,

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA



Magistrado

[1] Folio 13, Cuaderno 1

[2] Folio 14 cuaderno 1

[3] Folio 5, Cuaderno 1

[4] Folio 4, Cuaderno 1

[5] Folio 6, Cuaderno 1

[6] Folio 17 y ss., Cuaderno 1

[7] Folio 22 y ss. Cuaderno 1.

[8] Folio 24, Cuaderno 1.

[9] El artículo 19 de la Convención Americana de derechos Humanos dispone: “ Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

[10] Ver, entre otras, las sentencias T-979/01, T-514/98 y T-408/95.

[11] Código del Menor, artículo 20: “Las personas y las entidades tanto públicas como privadas que desarrollen programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores, tomarán en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor”. || Código del Menor, artículo 22: “La interpretación de las normas contenidas en el presente código deberá hacerse teniendo en cuenta que su finalidad es la protección del menor”.

[12] La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce en su preámbulo que la niñez es acreedora de especial cuidado y asistencia, y dispone en su artículo 3-1 que en todos los asuntos relativos a menores de edad, las autoridades públicas y privadas deben prestar atención prioritaria a los intereses superiores de los niños. A su vez, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño establece que los menores, dada su inmadurez física y mental, requieren especiales salvaguardas y cuidado, incluida una adecuada protección legal. Por otra parte, la Corte Europea de Derechos Humanos ha aplicado reiteradamente el estándar del interés superior del menor, entre otras en



las decisiones de Sahin vs. Alemania (sentencia del 11 de octubre de 2001, en la cual se restringió el contacto entre un ciudadano alemán y su hija menor de edad, por considerar que dada la animadversión entre él y la madre de la niña, tales contactos irían en detrimento del interés superior de ésta última), L. Vs. Finlandia (sentencia del 30 de marzo de 2000, en la cual se aceptó una medida de protección consistente en separar a un menor de sus padres biológicos por existir acusaciones de abuso sexual y una enfermedad mental de la madre, que hacían presumir que el interés superior del menor sería satisfecho con la separación) y P., C. y S. Vs. Reino Unido (sentencia del 16 de julio de 2002, en la cual se aprobó la colocación de un niño recién nacido y su hermana en un hogar sustituto, dados los antecedentes psiquiátricos de la madre, que constituían un riesgo para su salud y, por ende, contrariaban su interés superior).

[13] Sentencia T-510/03

[14] Sentencia T-408/95

[15] De conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “prevalecer” significa, en su primera acepción, “sobresalir una persona o cosa; tener alguna superioridad o ventaja entre otras”.

[16] En igual sentido, el artículo 5 de la Convención sobre Derechos del Niño dispone que “los estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención”.

[17] Ver las sentencias T-414 de 1992, T-161 de 1993, y C-913 de 2010.

[18] Cfr. sentencia T-340 de 1993.

[19] SU-082-1995



[20] “En este sentido, en sentencia T-414 de 1992, la Corte afirmó: "la libertad informática, consiste ella en la facultad de disponer de la información, de preservar la propia identidad informática, es decir, de permitir, controlar o rectificar los datos concernientes a la personalidad del titular de los mismos y que, como tales, lo identifican e individualizan ante los demás." Así mismo, en sentencia SU-082 de 1995, afirmó: "La autodeterminación informática es la facultad de la persona a la cual se refieren los datos, para autorizar su conservación, uso y circulación, de conformidad con las regulaciones legales." Y en la sentencia T-552 de 1997 afirmó: ‘...el derecho a la autodeterminación informativa implica, como lo reconoce el artículo 15 de la Carta Fundamental, la facultad que tienen todas las personas de “conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas’.”

[21] “El fundamento de validez de los llamados principios de la administración de datos personales, se encuentra en el segundo inciso del artículo 15 de la Constitución, el cual constituye en términos de la Corte, ‘el contexto normativo y axiológico dentro del cual debe moverse, integralmente el proceso informático’ y del cual derivan ‘unas reglas generales que deben ser respetadas para poder afirmar que el proceso de acopio, uso y difusión de datos personales sea constitucionalmente legítimo’, y que a su vez son el resultado ‘de la aplicación directa de las normas constitucionales al proceso informático’.”

[22] Tomado del Memorandum de Montevideo, adoptado en el marco del Seminario Derechos, Adolescentes y Redes Sociales en Internet.

[23] Tomado de Estudios sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales on line. Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación. Agencia Española de Protección de Datos.

[24] Ejemplo de este supuesto lo constituye la implicación en delitos de estafa on line, como el “Phishing Car, donde los estafadores utilizan



perfiles de cierto renombre en la Red, para otorgar una mayor entidad y credibilidad al negocio ficticio.

Más información en [http://legaltoday.com/~\[index.php*actualidad*noticias*phishing-una-alarma-constante](http://legaltoday.com/~[index.php*actualidad*noticias*phishing-una-alarma-constante).

[25] En este sentido, una de las polémicas más relevantes fue la ocurrida en el año 2006 con el grupo musical “artic Monkeys”, que estuvo al borde de perder sus canciones, al haberlas alojado en una importante red social para darse a conocer en sus comienzos.

[26] Tomado de Estudios sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales on line. Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación. Agencia Española de Protección de Datos.

[27] Ibidem

[28] Ibidem

[29] Ibidem

[30] Tomado del Memorandum de Montevideo adoptado en el marco del Seminario Derechos, Adolescentes y Redes Sociales en Internet.

[31] La recomendaciones contempladas en el Memorandum de Montevideo fueron adoptadas en el marco del Seminario Derechos, Adolescentes y Redes Sociales en internet. (con la participación de Belén Albornoz, Florencia Barindeli, Chantal Bernier, Miguel Cillero, José Clastornik, Rosario Duasco, Carlos G. Gregorio, Esther Mitjans, Federico Monteverde, Erick Iriarte, Thiago Tavares Nunes de Olveira, Lina Ornelas, Lila Regina Paiva de Souza, Ricardo Pérez Manrique, Nelson Remolina, Farith Simon y María José Viega). Realizado en Montevideo los días 27 y 28 de julio de 2009.

[32] Dato personal: Cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables.

[33] Datos sensibles. Para los propósitos de la presente ley, se entiende por datos sensibles aquellos que afectan la intimidad del Titular o cuyo



uso indebido puede generar su discriminación, tales como aquellos que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición, así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual y los datos biométricos.”

[34] De conformidad con el comunicado de prensa de la Corte Constitucional de 6 de octubre de 2011, dicho artículo fue declarado exequible, conforme a las disposiciones de la sentencia.

[35] Artículo 4, proyecto de Ley Estatutaria de Protección de Datos.

[36] Sentencia T-266-06

[37] Sentencia C-008 de 2010. En esta providencia la Corte Constitucional reiteró que en el derecho al libre desarrollo de la personalidad se contiene la libertad de actuación in nuce a la cual se contrae cualquier otro tipo de libertad, bien se trate de la libertad de cultos, de conciencia, de expresión e información, de escoger profesión u oficio, de las libertades económicas, etc., o bien se refiera a otros ámbitos ligados con la autonomía de las personas que no se encuentren protegidos por ninguno de estos derechos. Puesto de otra manera: que el derecho al libre desarrollo de la personalidad signifique una cláusula general de libertad la cual debe ser respetada sin excepción por todas las autoridades públicas, no significa que este derecho carezca de un contenido más sustancial o material o que únicamente sea factible delimitarlo por medio de trazar las restricciones que su ejercicio supone.

[38] *Ibidem*.

[39] SU-642 de 1998, T-516 de 1998 y T-974 de 1996.

[40] La línea jurisprudencial sobre el derecho al habeas data tiene tres etapas en el precedente constitucional. Una primera fase en la que se consideró que éste derecho era una garantía de la intimidad. En un segundo periodo se concibió al habeas data como una manifestación del



libre desarrollo de la personalidad. En el estado actual de la jurisprudencia se ha advertido que el referido derecho cuenta con un núcleo esencial autónomo que se compone de la autodeterminación informática y la libertad, del cual se derivan los siguientes contenidos mínimos: i) el derecho de las personas a conocer la información que sobre ellas reposa en las bases de datos; ii) el derecho a incluir nuevos datos con el fin de que se registre una imagen completa del titular; iii) el derecho a actualizar la información que se halla en los archivos; iv) el derecho a que la información contenida sea rectificadora y corregida; y v) el derecho a excluir información de una base de datos que sea indebidamente utilizada o por voluntad del titular, salvo las excepciones legales. Sentencia T-260 de 2012 Humberto Antonio Sierra Porto.