

**EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD EN EL
CONTEXTO DIGITAL DE COLOMBIA.**

AYOLANY VALENCIA GIRALDO

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTÁ D. C.

2016

Agradecimientos:

“A Dios

Y a mis padres

Floralba y Gilberto

Por las oportunidades

Y por hacer de mi

lo que soy hoy”

Dedicatoria:

“A mi esposo Henry

Por inspirarme

A diario”

TABLA DE CONTENIDO

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD EN EL CONTEXTO DIGITAL DE COLOMBIA.	5
0. INTRODUCCIÓN	5
1. PRIVACIDAD E INTIMIDAD, EL CAMINO DE LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL	12
1.1. DERECHOS FUNDAMENTALES COMO CONTEXTO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD	15
1.1.1. Autonomía De Los Derechos Fundamentales	17
1.1.2. Habeas Data	19
1.1.3. Honra Y Buen Nombre	21
1.1.4. Libertad de información	23
1.2. DESARROLLO NORMATIVO EN COLOMBIA	25
1.2.1. Constitución política	25
1.2.2. Leyes Colombianas	26
2. DERECHO A LA INTIMIDAD	31
2.1. El rango de la privacidad	31
2.2. La dignidad humana como principio orientador de la intimidad como derecho	35
3. PLATAFORMAS SOCIALES Y REDES SOCIALES	37
3.1. Evolución Tecnológica Y Acceso A La Intimidad	41
3.1.1. Documentos y soporte lógico	42

3.1.2.	Tecnología de la información	42
3.2.	La Exposición Del Derecho A La Intimidad En La Red	44
3.2.1.	Internet	44
3.2.2.	Medios de comunicación social	47
3.2.3.	Los Datos Masivos O Grandes (Big-Data)	50
3.2.4.	Dispositivos Móviles	52
3.2.5.	El Internet de las Cosas	53
4.	LA TENSION ENTRE LOS AVANCES TECNOLÓGICOS Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LA INTIMIDAD	54
4.1.	Libertad Individual Y Control	55
4.1.1.	La Clasificación De La Información Personal	55
4.1.2.	Información Sensible	56
4.2.	Hacia Un Derecho A La Intimidad Virtual	57
5.	CASOS DE ESTUDIO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD	60
5.1.	Colombia – Intimidad vs. Interés público de la información.	60
5.2.	Latinoamérica – Brasil vs. Facebook (Whatsapp).	64
5.3.	Internacional – EEUU vs. Apple.	67
6.	CONCLUSIONES	71
	TABLA DE JURISPRUDENCIA	72
7.	BIBLIOGRAFÍA	73

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTIMIDAD EN EL CONTEXTO DIGITAL DE COLOMBIA.

0. INTRODUCCIÓN

A lo largo de su historia, la intimidad ha sido entendida como una característica propia del ser humano, como el cumulo de actos y actividades personalísimas que forman el núcleo de la vida individual y familiar, pudiendo ser vista también como un escenario que depende para su protección de la madurez emocional y la protección jurídica que existente en determinado momento.

Desde el punto de vista jurídico, la intimidad es un Derecho que se ha descrito como imprescindible, universal, inalienable e imprescriptible, esto por cuanto al pertenecer a la persona humana y depender de su sola existencia y hallar fundamento en el principio de la dignidad humana, adquiere una suerte de protección especial que pocos derechos suelen ostentar.

La protección de este Derecho se concreta cuando involucra un entorno y ámbito familiar e individual, de acuerdo con cierto tipo de comportamientos, información, e injerencias en estos datos que deberían mantenerse de manera privada, es decir, debe permanecer en el entorno y conocimiento personal; tal como lo explica la Corte Constitucional en las sentencias, SU056 de 1995 y C- 640 de 2010, dado como un derecho Imprescindible de la sociedad y de la forma política de gobierno democrático, como se ha definido igualmente en diferentes Constituciones de América y el mundo.

También se puede decir, que la intimidad es un derecho que se encuentra asociado a otros principios y derechos fundamentales como al derecho a la vida, a la libertad, a la honra y por supuesto a la dignidad humana. Así mismo y de acuerdo al preámbulo de la Constitución de Colombia a los artículos 2, 5 y 7; se aseguran de garantizar la libertad y la paz dentro de un orden jurídico y democrático, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, también reconoce los derechos de la persona y la familia, su diversidad étnica y cultural y el Artículo 15 de la misma Constitución, se invoca de manera categórica la protección al derecho fundamental que todas las personas tienen a su intimidad.

La noción de intimidad como derecho, tiene su origen en 1890, año en que dos abogados estadounidenses, Samuel D. Warren y Louis Brandéis, escribieron un artículo titulado “The Righth to privacy”no Derecho a la Privacidad, donde tras su experiencia personal de injerencia de medios de comunicación en su vida privada; D. Warren y Brandeis desarrollaron el concepto “to be let alone”, es decir, el derecho de la soledad a no sufrir interferencias, ni del Estado ni de terceras personas, en asuntos que sólo corresponden a la esfera de su privacidad.

Es así como nace el “Rigth of Privacy”, que fue desarrollado posteriormente en base a la labor jurisprudencial de los tribunales norteamericanos, adquiriendo dimensiones y proyecciones inusitadas, en función al progreso y desarrollo de la sociedad norteamericana.

Existen entonces, antecedentes de organismos nacionales e internacionales que adoptaron el concepto y han plasmado como derecho fundamental la intimidad de la persona, su familia y de los menores de edad.

.

A nivel internacional, la declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en su artículo 12 señaló que nadie puede ser objeto de injerencias en su vida privada su familia, su domicilio y su correspondencia; Igualmente el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966, en su artículo 16 dice en referencia a los niños lo mismo que la declaración Universal de Derechos Humanos.

Por otro lado, el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 en su Artículo 8, expone que la vida privada y familiar, debe ser absolutamente respetada en su domicilio y en su correspondencia, únicamente puede realizarse injerencia por autoridad pública en los casos previstos expresamente por la ley.

En la normatividad colombiana fue instituido en la Constitución Política de Colombia de 1886 en sus Artículos 23 y 43, en los que de acuerdo a la época señala que nadie puede ser molestado en su intimidad, y que su correspondencia ni podrá ser interceptada ni registrada sino por mandamiento escrito de una autoridad competente, y de la forma como lo diga la ley.

Igualmente al día de hoy, en el artículo 15 de la Constitución Colombiana de 1991, se compila y amplía el alcance del Derecho a la intimidad, en primer lugar hablando de que todas las personas tienen derecho a la intimidad y al buen nombre, a modificar la información que de sí se tenga en bases de datos de entidades públicas y privadas, y que dichas bases de datos respetaran todas las garantías constitucionales; esto es conocido en Colombia como el derecho de HABEAS DATA, o derecho a tener datos privados; información que requiere de autorización para que pueda ser manipulada.

Igualmente se complementa el artículo 15 de la carta magna colombiana, con que la correspondencia y demás medios de comunicación privados, no pueden ser interceptados

sin autorización judicial, vigilancia del ministerio público, y puestos a control judicial posteriores dentro de las 36 horas siguientes.

Adicionalmente, la búsqueda en bases de datos se encuentra reglamentada en el artículo 244 del Código de Procedimiento Penal de Colombia. El cual esta instituido para acceder a la obtención de información privada del indiciado o el imputado. Para efecto de la búsqueda se han distinguido varias clasificaciones, siendo de mayor significación el desarrollo jurisprudencial de la Corte, que al respecto ha señalado que la información pública es la que puede ser obtenida y ofrecida sin reserva y sin importar si la misma sea general o privada; también que serán públicos, los datos sobre el estado civil de las personas o sobre la conformación de la familia, la cual puede solicitar cualquiera y sin requisitos.

La información privada contiene datos personales o impersonales, “pero por encontrarse en un ámbito privado, sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Es el caso de los libros de los comerciantes, de los documentos privados, de las historias clínicas o de la información extraída a partir de la inspección del domicilio” (Sentencia C-336, 2007).

En el 2008, en Colombia se dictaron disposiciones generales del hábeas data y se reguló el manejo de la información en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la que llega de otros terceros países; la que en su artículo primero indica el objeto de la ley y su pretensión, siendo ésta el desarrollar del derecho constitucional que tienen todas las personas a conocer y manejar su información personal y que se le respeten los demás derechos constitucionales relacionados con la recolección, tratamiento y circulación de datos personales de los artículos 15 y 20 de la

Constitución Política, particularmente en relación con la información financiera y crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de otros países.

Por otro lado, con el aumento y auge de las nuevas tecnologías de información y de la comunicación (TIC) se ha alcanzado de manera definitiva, interrelacionar a las personas en todos sus ámbitos y entre ellos, los derechos fundamentales y en especial el derecho a la Intimidad, quizás el más vulnerable de todos.

Este nuevo contexto Virtual o Digital, se entiende básicamente como un mundo paralelo al mundo físico, en el que se ha permitido una extensión de la persona humana mediante la identidad digital más conocida como Usuario.

El usuario, es el medio por el cual se puede ingresar de manera privada a espacios públicos en internet, espacios como Google, facebook, twitter, whatsapp, Waze etc. que requieren para su utilización de la creación de una identidad; la cual se convierte entonces en el yo virtual de cada persona, que sirve como llave para acceder ilimitadamente a toda la información que circula en las nuevas tecnologías.

El avance de las TICs, ha facilitado el intercambio, procesamiento y almacenamiento de información privada de personas trascendiendo fronteras sin tener algún tipo de límite en su difusión y violación de los derechos mínimos fundamentales del ser humano a su intimidad, logrando dimensiones globales al alcance de aquellos cazadores de información íntima para la utilización de datos bien sea para negocio o delinquir con la investigación obtenida.

La red mundial de internet existente, ha favorecido y promovido las comunicaciones de todo tipo, pero a su vez ha dejado al descubierto la facilidad con que se llega a la información íntima de las personas sin que hasta el momento existan procedimientos y

protocolos tecnológicos eficientes y un ordenamiento jurídico efectivo que amerite detener este tipo de acciones. Los existentes son atenuantes y se violan de manera fácil y permanente en cualquier país.

La computadora, el internet, las redes sociales, los teléfonos celulares inteligentes (Smartphone), los programas informáticos, los registros en las bases de datos públicos y privados, los equipos de interceptación de comunicaciones, vigilancia y ubicación (GPS) son medios de difusión y accesibilidad que se han puesto al servicio del público en general, los cuales pueden ser usados para acceder a una vasta información de las personas y su núcleo familiar; lo que conlleva indefectiblemente a una exposición del derecho a la intimidad, frente a lo cual los mecanismos de protección resultan insuficientes. (Vásquez, 2012).

Al hablar de estos medios expuestos a cualquier tipo de información, la red o llámese internet ofrece un espectro que permite observar, conocer, medir, guardar y utilizar para diversos fines los datos que circulan, surgiendo programas y aplicaciones ficticias en la que aprovechan para el robo de información importante a los usuarios sin restricciones. Este tipo de situaciones dejan descubrir la vulnerabilidad del derecho a la intimidad personal y buen nombre de las personas, en especial cuando interactúan sin ningún tipo de intenciones.

Son por estas razones, que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) adoptó la resolución A/HRC/20/L.13 del 29 de junio de 2012 sobre la promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en internet; y declara el acceso a internet como un derecho fundamental, guiado por la declaración de los derechos humanos, y afirma que todos los derechos fundamentales deben estar protegidos en internet, de acuerdo al Art 19

de la Declaración DDHH, también exhorta a todos los estados a promover el acceso a internet y a regularlo.

Ante esto, se establece un paralelo en el discernir entre el beneficio y utilidad que ofrece los desarrollos tecnológicos virtuales y la vulneración a los derechos fundamentales a la intimidad de las personas, especialmente.

Siendo la Intimidad un derecho fundamental, se pretende en esta investigación analizar y establecer que tanto han avanzado las autoridades de justicia en la búsqueda de detener este tipo de violaciones mediante acciones normativas y jurídicas y que tanto el desarrollo tecnológico pueda crear mecanismos de seguridad eficientes para que el usuario se sienta protegido y confiado.

Por lo tanto y en este orden de ideas, no es posible desconocer un derecho fundamental que es legítimo del ser humano. La Intimidad es un estado propio de la persona que es inviolable.

Es por ello, que es necesario analizar detenidamente que tanto ha evolucionado el derecho a la intimidad personal a nivel nacional e internacional y cuáles han sido los avances jurídicos frente al desarrollo de la tecnología, y que tan corta se queda la ley y la protección de este derecho propio del ser humano.

1. PRIVACIDAD E INTIMIDAD, EL CAMINO DE LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL

La idea de privacidad es usualmente utilizada en las expresiones cotidianas y en las discusiones jurídicas relacionadas con el derecho a la intimidad, sin embargo, no existe hasta la fecha una definición única del significado del término.

El concepto de privacidad tiene amplios antecedentes históricos y aparece como normalmente aceptada la idea de su protección en distintos niveles y ámbitos socio culturales.

Más allá, el concepto podría ser ubicado en primer lugar entre las distinciones de lo público y lo privado como asuntos objeto de regulación por el derecho; es decir, que lo que pertenece al ámbito privado se opone en primer lugar a lo que es de interés público o conocido generalmente por todos.

Además, la privacidad se ubica más allá de lo que es de interés particular y en efecto constituye un espacio más reducido que aquello de interés privado y se asocia más bien con lo doméstico o familiar.

Así, la privacidad tiene un rol moral sobre asuntos que pertenecen a la esfera familiar, doméstica o individual, inclusive; por ello, como fundamento y antecedente del derecho a la intimidad se halla la privacidad como valor social especialmente importante.

En consecuencia, para el Derecho como ciencia, la privacidad ha sido un término fundamental, pues se ha considerado que el sentido de lo privado se refiere al control de la información sobre uno mismo, siendo entonces la base de la dignidad humana y la libertad de expresión.

Esto por cuanto todo canal de comunicación presume un flujo de información permitido y al mismo tiempo un alcance sobre lo que en él puede discutirse, de manera que la expresión libre se ve condicionada a la privacidad propia y ajena dosificando la información disponible, o lo que se puede decir o no, y también, imponiendo ciertas formas de comunicación más abstractas o centradas en cierta información, todo en respeto al derecho a la intimidad en el ejercicio de la libertad de expresión.

La discusión del concepto de privacidad presenta también una complicación fundamental debida a que por un lado constituye una protección a la libertad de actuar sin la interferencia de otros desde el punto de vista del individuo, mientras que al mismo tiempo permite o facilita el ocultamiento de comportamientos ilegales, degradantes o en los que se afecten derechos de otros, como es el ejemplo de la violencia intrafamiliar o la desprotección de los menores de edad.

Tal problema de paso entre la privacidad como objeto de protección o como escenario de dominio del individuo sobre sí mismo o lo relativo a sí, por un lado, y el alcance de los mecanismos de protección o la resolución de conflictos de ámbitos de protección con otros derechos, se resuelve con la teorización del derecho a la intimidad.

Esta diferencia se debe fundamentalmente a que el sistema jurídico colombiano dista de las formas del sistema jurídico anglosajón en tanto que para el nuestro es necesaria la construcción de una teoría jurídica que soporte el desarrollo normativo e imponga, a través de la Ley, las bases de los alcances de cada derecho.

Con todo lo anterior, los retos de la protección del derecho a la intimidad y su afectación a la privacidad de las personas surgen frente a la intervención que el Estado o el derecho en general admitan sobre la esfera personal, individual, doméstica o familiar y la

regulación de los posibles efectos de los avances tecnológicos, resultan elevadas básicamente por la velocidad de los cambios que en la tecnología existe y frente a los cuales los cambios normativos suelen llegar tardíamente.

Así mismo, la velocidad de reacción que el derecho colombiano requiere para la regulación, la protección y la libertad de los individuos en el ámbito de protección del derecho a la intimidad, requiere acompañarse a las nuevas formas de comunicación, a la facilidad de la producción de documentos digitales y la extrema simplicidad de su duplicación, difusión, e inclusive, manipulación en los distintos escenarios digitales, pues el avance e incremento de los canales de comunicación, a su vez aumentan la vulnerabilidad de la intimidad.

1.1. DERECHOS FUNDAMENTALES COMO CONTEXTO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

La diferenciación entre lo que es de importancia pública o perteneciente al interés general y aquello que permanece a la esfera privada o familiar, como dos escenarios diferenciados de la vida humana en sociedad, llevan a la distinción entre lo que es objeto de regulación pública o limitación por el Estado y aquello que recae en la auto regulación individual o en la propia del derecho privado.

Pero más allá de identificar a lo público como lo opuesto a lo privado en términos de regulación, conviene igualmente observar que aún al interior de aquello que se regula, existen retos de limitación a la privacidad e intimidad individual, la cual debe poder ejercerse sin ninguna injerencia externa o realizada por un tercero.

En tal sentido, lo primero que puede ser apropiado individualmente es la disposición del propio cuerpo y espacio, lo que se resume en la protección del domicilio como escenario privado, inaccesible para terceros.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad interviene igualmente debido a esto la cercanía entre el núcleo esencial de ambos derechos, por un lado la intimidad precisa respeto por las actividades concernientes de manera exclusiva al individuo, mientras el derecho al libre desarrollo de la personalidad presume tales condiciones individuales de decisión y las extiende a un escenario visible por terceros sumándole un deber de respeto por la vía de la no interferencia en tanto persistan produciendo efectos sobre la individualidad de quien los escoge sin afectar la misma libertad de desarrollo de otros o su derecho a la intimidad.

Se puede decir entonces que los derechos incluidos en la protección de la intimidad pueden entenderse como aquellas situaciones objeto de protección, como, por ejemplo, evitar la intromisión en la soledad de una persona o en sus asuntos personales, prohibir la publicación de hechos privados embarazosos o privados de una persona, restringir la atribución de una imagen pública falsa a una persona, o prevenir la suplantación de la apariencia de una persona para beneficio de otra. (Prosser 1960, 389)

La intromisión en la intimidad puede, ciertamente, superar la mera barrera física, la de su lugar de trabajo o su residencia, esto lleva a que en todo caso, haya escenarios en los que no es viable reconocer una respuesta clara sobre la posible vulneración de un derecho a la intimidad, tales como: Cuando la aparición en público implica la pérdida de la privacidad, en el ejemplo en que la exposición en redes sociales con contenidos públicos o en los medios de comunicación apalancados en plataformas de contenidos sociales pueden llegar a millones de personas en determinados casos, o, cuando apartes de un registro público o de información pública pueden seguir siendo privados, como, por ejemplo, cuando información de procesos judiciales, pruebas extraídas de fuentes privadas como celulares o perfiles de redes sociales llegan a actuaciones públicas de carácter administrativo o judicial o son publicadas o replicadas por medios de comunicación convencionales o digitales.

En todo caso, los retos de la protección a la intimidad como derecho fundamental necesariamente atraviesan por los riesgos propios de la comunicación de información, lo cual, en la era digital en que nos encontramos inmersos actualmente, depende en gran medida del usuario de la plataforma o red social y pasa por el control o conocimiento de los operadores de conectividad a la red para el aprovechamiento o mero conocimiento del público o cualquier tercero.

En cada uno de esos puntos de paso de la información es donde el derecho puede tener una oportunidad de intervenir de manera propositiva, restrictiva o pedagógica, dado que un concepto cerrado de regulación restrictiva podría afectar otros derechos fundamentales o al propio interés público en la información.

Esto lleva a que la intimidad depende fundamentalmente de la información que existe de la esfera reservada para el individuo solamente, así, el control sobre la información no se limita sólo al conocimiento de la misma si no también llega al de evitar búsquedas o averiguaciones invasivas o no solicitadas, vigilancia, interceptación de comunicaciones, entre otros.

Desde la mera privacidad, el ocultamiento de información o su no difusión, hasta la publicidad o la exposición contraria a la voluntad (Thomas Nagel, 2002) del propietario, afectado o involucrado frente a tal información hay un camino que debe recorrerse necesariamente a través de varios contenidos normativos y, sobre todo, varias áreas grises del derecho colombiano, donde aún la definición técnica más básica de las herramientas de comunicación de hoy no ha sido aprehendida por la Ley, reduciendo la capacidad de los operadores jurídicos para abordar los efectos prácticos de su uso.

1.1.1. Autonomía De Los Derechos Fundamentales

Con lo anterior, de vuelta al ámbito propio de los derechos fundamentales en torno del problema de la privacidad y la intimidad, la jurisprudencia en Colombia ha abordado, conforme al catálogo de protección de los derechos fundamentales, o aquellos amparables por vía de tutela, que en buena parte coinciden, distintos escenarios de vulneración a una manera pretoriana, con sus respectivas limitaciones. (Cobos,2013, pág.1).

Tal punto de partida de la producción jurisprudencial proviene de la limitación del catálogo de derechos y la amplitud de sus definiciones y poderes interpretativos de la Honorable Corte Constitucional colombiana; por otro lado, la escasa producción de decisiones que puedan acercarnos al objeto de esta disertación, entre la intimidad y la protección de la misma en un contexto digital, se explica por causas principalmente jurisdiccionales.

Estas causas en primer lugar se refieren a las limitaciones propias de la acción de tutela como instrumento de puesta en marcha de la administración de justicia dado que el conocimiento de la misma en estos asuntos puntuales no ha llegado por el mecanismo de revisión de sentencias a decisión de la propia Corte.

Por otro lado, la competencia relativa a la acción de constitucionalidad no ha sido peculiarmente eficiente al momento de tratar temas de riesgo en el contexto digital ante la jurisprudencia de la Corte Constitucional por cuanto la propia iniciativa legislativa no ha abordado a profundidad tales situaciones jurídicas o hechos jurídicos, restringiendo su alcance, y en otros casos, porque los avances legislativos en este punto no han logrado contemplar a tiempo retos que los avances tecnológicos generan constantemente.

Con todo, es prudente recordar que la protección de la intimidad como derecho atraviesa muy de cerca por terrenos correspondientes a otros derechos, los cuales para el caso colombiano se verán a continuación, pero, como menciona Risso Ferrand (2002, pág.3), desde ya podemos ver que la doctrina los ha vinculado por sus contenidos con el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen.

Sin embargo, de lo anterior, el avance tangible en el derecho colombiano frente a estos temas encuentra un ejemplo importante en el derecho a la información, o conocido en su nombre mayormente descriptivo, como habeas data.

1.1.2. Habeas Data

Al respecto, la Corte Constitucional, en Sentencia SU-458 de 2012 consideró que el derecho sobre la información es de doble naturaleza, en efecto, como anticipábamos, la condición de privada de la información y su uso en la comunicación o la expresión guarda implicaciones frente a otros derechos distintos al de la propia intimidad; por ello para la Corte el habeas data es por un lado un derecho autónomo consignado en el artículo 15 de la Constitución Política y por otro una garantía para el ejercicio efectivo de otros derechos.

En dicha decisión igualmente consideró que: *“...es operativa la consideración del habeas data como un medio o como un instrumento para proteger otros derechos, especialmente los derechos a la intimidad, al buen nombre, a las libertades económicas y a la seguridad social, entre muchos otros.”*

Pero más allá de lo anterior, la Corte mostró la desvinculación del derecho a la intimidad y al buen nombre del propio habeas data, con un objeto de protección diferente aunque fácticamente, las circunstancias que dieran para su protección, pudieran coincidir en distintas circunstancias, para el efecto refirió la sentencia T-729 de 2002, de la cual citó: *“[A] partir de los enunciados normativos del artículo 15 de la Constitución, la Corte Constitucional ha afirmado la existencia-validez de tres derechos fundamentales constitucionales autónomos: el derecho a la intimidad, el derecho al buen nombre y el derecho al habeas data”*.

Sentencias fundamentales en el desarrollo del derecho al habeas data y sus relaciones con los derechos a la dignidad humana, la intimidad y el buen nombre tuvieron lugar en la Corte Constitucional en el año 1995. En aquél momento, se entendieron los datos personales y su protección como una faceta de la eficacia del derecho a la intimidad, de manera que la posibilidad de definir qué tipo de información debería permanecer dentro de la privacidad individual correspondía a lo que definiera el propio individuo, de lo cual surgió el concepto de “libertad informática” de la persona definido por la Sentencia T-414-92 *“...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. Es, como se ve, una nueva dimensión social de la libertad individual diversa, y por razón de las circunstancias que explican su aparición, de otras clásicas manifestaciones de la libertad”*.

A partir de lo anterior, se dijo en su momento que el derecho a la protección de la información personal cabía dentro del concepto más amplio de habeas data, obligando a comprender su coincidencia parcial de objeto de protección con el derecho a la intimidad (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-058-15), pero con una identidad y ámbito independiente de efectos jurídicos hasta el punto que se convierte en una garantía natural de protección del derecho a la intimidad, la honra y el buen nombre. (Corte Constitucional, Sentencias T-094 de 1995, T-097 de 1995 y T-119 de 1995).

Y más allá, para el objeto de esta disertación resulta fundamental esta primera aproximación de la jurisprudencia a la noción de garantía de los derechos fundamentales fácticamente concurrentes con el de la intimidad a través del habeas data, esto por cuanto lo

que se persigue con la protección de la información es el elemento más reducido posible e identificable para el derecho, el dato.

Es así como la razón material para que el habeas data sea garantía del derecho a la intimidad coincide en los ámbitos físico y digital, el dato es, finalmente, el átomo como de protección del derecho, sin un dato identificable, rastreable, almacenable en una base de datos o de otra manera controlable o demostrable en su existencia o extensión es imposible pensar en una protección del derecho a la intimidad en un contexto digital.

Esto es básico para el rol del derecho porque la totalidad de la información digital puede descomponerse en datos hasta el punto en que sean comprensibles por el lenguaje humano o utilizable por sistemas informáticos para efectos sólo comprensibles con cada nuevo avance tecnológico.

1.1.3. Honra Y Buen Nombre.

Igualmente, importantes para efectos de la protección del derecho a la intimidad y lo que implica la restricción en el conocimiento de la información privada, los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre llegan al escenario material de protección dada la innegable influencia de al menos estos aspectos sociales jurídicamente relevantes: Primero, existen diferencias morales, religiosas, personales y de otros órdenes entre todos los seres humanos, ya sean dependientes de contextos sociales, conocimientos, creencias o habilidades y predilecciones, las cuales enriquecen la vida en sociedad y pueden, igualmente, no ser por completo comprendidas por terceros ajenos al individuo que se protege.

En segundo lugar, no toda la información es neutral, publicable, cognoscible por los demás y no todas las posiciones de un ser humano son inmutables durante toda su vida o la

de los demás; los procesos de formación, educación y maduración de cada ser humano difieren y con ello, el derecho a aprender, a cambiar de opinión y al olvido se hacen esenciales para proteger la misma vida plural en sociedad.

Con estas dos condiciones, la protección del derecho a la intimidad se encuentra tan ligada a la protección al buen nombre y a la honra que no puede tampoco asumirse como distante del principio de la dignidad humana, a este respecto la Corte Constitucional señala que: *“(...) tratándose de la honra, la relación con la dignidad humana es estrecha, en la medida en que involucra tanto la consideración de la persona (en su valor propio), como la valoración de las conductas más íntimas (no cubiertas por la intimidad personal y familiar). El buen nombre, por su parte, también tiene una cercana relación con la dignidad humana, en la medida en que, al referirse a la reputación, protege a la persona contra ataques que restrinjan exclusivamente la proyección de la persona en el ámbito público o colectivo.”*

Esto quiere decir que las esferas de protección de la intimidad tienen una relación directa con estos derechos fundamentales, a lo cual se debe sumar que estas esferas de intimidad se pensaron en su momento como dependientes de la comunicación limitada a la presencia física, más no a las capacidades tecnológicas de comunicar a cualquier persona, conocida o no, cualquier información o conducta de las más privadas e íntimas en esta clasificación, en cualquier momento.

Es allí donde se encuentra el mayor obstáculo de los avances en la protección del derecho a la intimidad, esto por cuanto, es claro que, la lógica de las comunicaciones y plataformas tecnológicas más versátiles dependerá siempre del dato transmisible, pero ya no de la facilidad de comunicación por cuanto esta se ha acrecentado exponencialmente y

sigue creciendo proporcionalmente a cada nuevo punto de contacto en la red que ingresa al tráfico de comunicación.

Otro caso que permitió un pronunciamiento de la Corte Constitucional se revisó en la sentencia T-439 de 2009, frente a ese caso los hechos se resumieron por la Corte así:

La Corte revisó una acción de tutela interpuesta por una mujer en contra de dos medios de comunicación por considerar violados sus derechos fundamentales a la intimidad, buen nombre, honra e imagen, toda vez que concedió una entrevista bajo la condición de que se le distorsionara la voz y el rostro de tal forma que no pudiera ser identificada, a lo que el medio habría accedido. Pese a esto, varios años después, las tomas fueron utilizadas en un documental sin las modificaciones pactadas con la tutelante, lo que le obligó a desplazarse del municipio donde vivía, debido al prejuicio social que enfrentaba y le generó problemas familiares, pues sus seres queridos no tenían conocimiento de los hechos narrados en el documental.

Con ello, el problema que en ese caso dependió de un límite físico al medio de grabación de la información y al tiempo permitió su posterior reproducción, en las plataformas de comunicación abiertas a cualquier usuario actual, se convierten en un riesgo exponencialmente más grande.

1.1.4. Libertad de información.

Así, el último de los contenidos constitucionales que resulta fundamental para nuestro análisis es el de la libertad de información y la libertad de expresión, para lo cual el ejemplo de la sentencia T-293 de 1994 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) resulta muy útil, en tanto que ante las afirmaciones que una madre de familia hace de una de sus menores hijas y queda consignada en una publicación institucional se llega por parte de la

Corte a la conclusión de proteger el derecho a la intimidad de las menores por la falsedad parcial de la información en tal publicación contenida.

La conclusión de la Corte en tal caso fue: *“en caso de conflicto entre el derecho a la información o la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, debe prevalecer este último, ello resulta todavía más claro e ineludible para el juez cuando el derecho sujeto a violación o amenaza toca con la vida privada de los niños.”*

Criterio que se repite en la sentencia T-391-07, entre otras, y de donde se puede extraer un elemento fundamental de la protección a la que puede aspirar el derecho colombiano en punto de privilegiar la intimidad ante la libertad de expresión, la libertad de información o la necesidad pública de información; en efecto, la protección de la intimidad debe verse privilegiada con sujetos especiales de protección como lo son los niños, pero más allá de eso, con las personas que desconocen los posibles alcances de la información que comparten.

Esto es así porque la principal razón de protección de la infancia es la del cuidado a los procesos de formación propios de los niños y adolescentes, por su alto valor como futuros ciudadanos que adopten decisiones a través del ejercicio de sus derechos políticos, entre otros muchos efectos jurídicos de su actuar que dependen de su formación en etapas tempranas de sus vidas.

En el mismo sentido se puede afirmar que la adaptación a las herramientas tecnológicas y la comunicación en las mismas debe ser suficiente motivo para la protección general de la ciudadanía de la sobre exposición de datos que puedan afectar su derecho a la intimidad o alguno otro de los nuevos derechos del contexto digital que se apoyan en aquél, como el derecho al olvido.

1.2. DESARROLLO NORMATIVO EN COLOMBIA

1.2.1. Constitución política.

El primer fundamento jurídico de la presente disertación es el del artículo 15 de la Constitución Política, esto porque el establecimiento del derecho a la protección de la intimidad personal y familiar y su estrecha conexión con el derecho al buen nombre, hace que el núcleo esencial del derecho a la intimidad en Colombia no sea un mero asunto de protección de la privacidad¹.

En efecto, como se ha anotado anteriormente, la protección a la privacidad llega a tener efectos limitados frente a la intimidad, esto implica que la protección del derecho a la intimidad no sólo se refiere a las comunicaciones o informaciones privadas, sino también a las calidades, situaciones y actuaciones propias del individuo y que no son relevantes para terceros o afectan su identidad de manera íntima o llegan a aspectos sensibles de su sentir, pensar y ser.

Sin embargo, como bien lo dice la misma Constitución Política: *“Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.”* Se contemplan excepciones legales a la protección de la intimidad y el buen nombre sobre la base del ejercicio de autoridad pública o judicial, fundamentalmente, por la importancia que algunas piezas de información pueden tener para efectos de administración de justicia o cumplimiento de deberes tributarios, entre otros.

¹ Constitución Política de Colombia. “ARTICULO 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.”

1.2.2. Leyes Colombianas.

El desarrollo normativo en Colombia ha venido construyéndose por partes de manera que se ha constituido en lo que podemos llamar, trayendo el concepto de la doctrina, autodeterminación informativa conforme Castro Bonilla (2005), según la cual la dirección de los contenidos normativos es la de otorgar al individuo las herramientas para corregir la información que de sí exista en poder de otros y de esa manera proveer una protección parcial a su derecho a la intimidad.

El aporte fundamental a la protección del derecho a la intimidad desde los aspectos compartidos con el hábeas data, encuentra respaldo normativo en Colombia con la Ley Estatutaria 1266 de 2008, la cual reguló en varios escenarios la protección de la información personal en el contexto jurídico del hábeas data.

Como hito legal importante frente al derecho a la intimidad podemos resaltar el principio de interpretación integral de los derechos constitucionales, el cual se halla contenido en dicha norma en el Art.4:

e) Principio de interpretación integral de derechos constitucionales. La presente ley se interpretará en el sentido de que se amparen adecuadamente los derechos constitucionales, como son el hábeas data, el derecho al buen nombre, el derecho a la honra, el derecho a la intimidad y el derecho a la información. Los derechos de los titulares se interpretarán en armonía y en un plano de equilibrio con el derecho a la información previsto en el artículo 20 de la Constitución y con los demás derechos constitucionales aplicables...

Este artículo impone que la interpretación de las protecciones y libertades para el uso y administración de la información de las personas se debe somete a una guía de protección integral en materia constitucional de, entre otros, el derecho a la intimidad.

En el mismo sentido, es importante citar la Ley Estatutaria 1581 de 2012, la cual dictó disposiciones generales para la protección de datos personales, contemplando igualmente al derecho a la intimidad como un punto de referencia de protección relevante para su objeto.

Se puede resaltar la importancia en tal norma relativa a la protección de los datos sensibles, entendidos como:

Aquellos que afectan la intimidad del titular o cuyo uso indebido puede generar 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.”

Con lo cual, se somete la interpretación de esta norma a limitarse de acuerdo con la protección del derecho a la intimidad.

Por otro lado, no existen a la fecha normas en las que se hayan desarrollado el contenido del derecho a la intimidad en Colombia de manera independiente a otros derechos, es por ello que el fundamento constitucional y su extensión en la jurisprudencia de la Corte Constitucional son la base más importante de su protección.

Aunado a ello, los limitados contenidos normativos que refieren el derecho a la intimidad acompañan a lo anterior, para ello tenemos el delito de violación ilícita de comunicaciones consignado en el artículo 192 del Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000) en particular, y los delitos contra la libertad individual y otras garantías en la modalidad de violación a la intimidad, reserva e interceptación de comunicaciones, en general, los cuales se encuentran en “*Título III. Delitos Contra la Libertad Individual y*

otras Garantías, Capítulo Séptimo, De la violación a la intimidad, reserva e interceptación de comunicaciones.” Desde el artículo 192 al 197.

Adicionalmente, la búsqueda en bases de datos se encuentra reglamentada en el artículo 244 del Código de Procedimiento Penal de Colombia. El cual esta instituido para acceder a la obtención de información privada del indiciado o el imputado. Para efecto de la búsqueda se han distinguido varias clasificaciones, siendo de mayor significación el desarrollo jurisprudencial de la Corte, que al respecto ha señalado que la información pública es la que puede ser obtenida y ofrecida sin reserva y sin importar si la misma sea general o privada; también que serán públicos, los datos sobre el estado civil de las personas o sobre la conformación de la familia, la cual puede solicitar cualquiera y sin requisitos. Así como no pueden ser interceptados sin autorización judicial, vigilancia del ministerio público, y puestos a control judicial posteríos dentro de las 36 horas siguientes.

Declaración Universal De Los Derechos Humanos

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional se indicó que los derechos fundamentales a la honra, al buen nombre y la intimidad gozan de una amplia protección constitucional (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-405 de 2007), esto guarda relación con la protección ordenada por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos entre los que se destacan los siguientes:

En primer lugar, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 12 establece que *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia su domicilio y su correspondencia, ni de ataques a su honra y reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias y ataques.”*, de donde se extrae que la protección a la vida privada, como privacidad, llega hasta el

domicilio y las comunicaciones en principio, y debe naturalmente extenderse hasta otras manifestaciones de la vida privada como lo es el entorno digital.

En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 17: *“1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias e ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y reputación.”*

Sobre la misma lógica, la Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica, dispone en su artículo 11, que: *“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.”*, *“2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.”*, y *“3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”*.

Directiva De La Comunidad Europea

Por otro lado, más allá de los instrumentos internacionales vinculantes para Colombia, un instrumento internacional que no tiene efectos directos en nuestro sistema jurídico pero resulta interesante por el grado de elaboración y la coincidencia de algunos de sus contenidos, es la directiva de la Comunidad Europea de naciones 95/46/CE, la cual sistematiza las directrices del manejo de los datos y dispone que tales disposiciones se encuentran encaminadas a *“la protección de las libertades y de los derechos fundamentales a las personas físicas y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de datos personales”* (Comunidad Europea de naciones. Directiva 95/46/CE. Tratamiento de datos personales. Artículo 1 y ss.)

Así, dicho instrumento legal diferencia al dato de la legitimidad en el manejo de la información de manera que requiere de la comunidad que los datos sean tratados con el cumplimiento de los siguientes requisitos generales:

Tratamiento lícito, dice la directiva que los datos deben ser “(i) *Tratados de manera leal y lícita,*” y para ello requiere que sean “(ii) *Recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no sean tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines; no se considerará incompatible el tratamiento posterior de datos con fines históricos, estadísticos o científicos, siempre y cuando los Estados miembros establezcan las garantías oportunas,...*” De esta manera, el modo de tratamiento de datos determina la valoración de su uso leal para con el propietario o el afectado directa o indirectamente con el contenido del mensaje o el alcance del dato.

En tal sentido, la forma en la se desarrolla el tratamiento del dato es esencial para determinar las excepciones a su protección o restricción de uso y tenencia o almacenamiento, por ello, complementa el documento refiriéndose a los datos: “(iii) *Adecuados, pertinentes y no excesivos con relación a los fines para los que se recaben y para los que se traten posteriormente,* (iv) *Exactos y, cuando sea necesario, actualizados; deberán tomarse las medidas razonables para que los datos inexactos o incompletos, con respecto a los fines para los que fueron recogidos o para los que fueron tratados posteriormente, sean suprimidos o rectificados,* (v) *Conservados en una forma que permita la identificación de los interesados durante un periodo no superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos o para los que se traten ulteriormente. Los Estados miembros establecerán las garantías apropiadas para los datos personales archivados por un periodo más largo al mencionado, con fines históricos, estadísticos o científicos.*”

En cuanto a los segundos principios, relacionados con el trato legítimo de la información, la directiva establece que el manejo de los datos sólo puede realizarse con el consentimiento inequívoco del titular en algunas hipótesis específicas, aclarando: *“...siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 de la presente directiva”*.

2. DERECHO A LA INTIMIDAD

2.1. El rango de la privacidad

Existe un punto adicional que ha generado discusión en torno del derecho a la intimidad, aún entre teóricos que han considerado a la intimidad como un concepto coherente, sin contradicciones en su mero planteamiento de protección.

La pregunta que surge entre el derecho a la intimidad y la libertad personal va desde las decisiones sobre el estilo de vida escogido individualmente, la construcción de una familia incluyendo el control a la natalidad, el matrimonio interracial o la preferencia sexual, el consumo de pornografía en casa, el aborto, entre varios otros casos.

En este escenario la aparente contradicción se reduce al ámbito de protección de los derechos a la libertad y a la intimidad, cuando es definitivo que en muchos ejemplos de este

tipo ambos derechos concurren en su protección, dentro de lo cual en muchos de estos ejemplos la protección a la libertad individual es tan sólo una parte de la protección requerida por el individuo en tales circunstancias.

La intimidad puede verse entonces como un asunto de acceso con varias facetas, a la información, al domicilio, a las comunicaciones, todos referidos al individuo, de esta manera, la libertad individual tiene un rol muy importante en cuanto a la delimitación de la protección de la intimidad porque al menos en principio, no es evidente una contradicción directa entre ambos.

Así, la intimidad pertenece de manera natural a la personalidad y es inseparable de ella en tanto que, al referirse a lo que corresponde a la esfera más privada de la persona impone no ser accesible o conocida por ninguna persona, en principio.

En este sentido, son al menos dos aspectos de la intimidad los más importantes en término prácticos, el control sobre la información sobre uno mismo (acceso, copia, uso, etc.) y el control sobre la habilidad personal para tomar ciertas decisiones importantes que pueden afectar el conocimiento que otros tengan de uno mismo.

En el mismo sentido, se puede decir que la intimidad tiene múltiples eventos de protección siendo que en todos ellos es prudente considerar que una de las bases para la construcción y mantenimiento de una personalidad auto determinada y centrada es la protección de la intimidad del individuo, esto porque la intimidad reconoce el control sobre la información personal de uno mismo, así como de las decisiones sobre el propio cuerpo e ideas personales sobre el yo, de manera que incluso el libre desarrollo de la personalidad se ve nutrido por la garantía de la intimidad como derecho.

Así, la intimidad otorga protección contra los excesos del control social realizado por otros a través de su acceso a la información de uno mismo, lo cual es específicamente

importante en el caso del uso de las redes sociales y la sobre exposición de sí misma, la cual puede presentarse por la misma persona protegida al revelar demasiada información personal en las redes sociales o los medios electrónicos en general.

En este sentido, se pueden contar como ámbitos de control del derecho a la intimidad o la privacidad de la información y las decisiones personales, los siguientes: En primer lugar, el control sobre la información de uno mismo, tanto como quién tiene acceso a ella y cuando, a quién se le restringe dicho acceso y en que eventos dicha información no existe en absoluto. En segundo lugar, al control sobre el acceso a uno mismo tanto desde el punto de vista físico como mental, igualmente, frente a cualquier injerencia ajena. Y finalmente, el control sobre la propia habilidad para tomar decisiones sobre la composición de la familia y el estilo de vida de acuerdo con el criterio o gusto personal.

Así, la conexión entre estos tres escenarios es válida si se tiene en cuenta que todas pertenecen a un ámbito privado, o familiar cuando muy alejado del individuo como tal, y la agrupación de los riesgos frente a estos proviene de las acciones de un tercero frente a la información y la libertad de acción y decisión privada, sea este tercero el Estado, una corporación privada o cualquier particular, en todos los casos, la intimidad protege de la intromisión en las esferas más privadas de decisión y actuación del individuo.

Lo que hace a estos ámbitos de aplicación de la privacidad dentro del derecho a la intimidad es la liberación, o disminución importante, del efecto del escrutinio ajeno, el prejuicio de terceros, la presión social de comportamiento en una comunidad o la explotación de terceros sobre esas cualidades y condiciones personales ya sean históricas, físicas o mentales.

Sin embargo, es importante notar que la importancia de la privacidad va más allá de la mera protección de la persona y guarda también una relación evidente con el libre

desarrollo de la personalidad, la libertad personal y la integridad física y mental, el hábeas data, así como la igualdad y la dignidad humana.

Estos vínculos jurídicos del derecho a la intimidad y la privacidad protegida por el mismo otorgan al derecho fundamental a la intimidad un valor social irreductible, en esto el uso de la tecnología para la vigilancia y la seguridad genera un riesgo real para su protección y aún resulta necesario para la protección de valores esenciales para la sociedad.

Priscilla Regan escribe, por ejemplo:

Argumento que la privacidad no sólo es de valor para el individuo, sino también a la sociedad en general... La privacidad es un valor común en el que todos los individuos valoran un cierto grado de privacidad y se tienen algunas percepciones comunes acerca de la privacidad. La privacidad es también un valor público, ya que tiene valor no sólo para el individuo como un individuo o para todos los individuos en común, sino también al sistema político democrático. La privacidad se está convirtiendo rápidamente en un valor colectivo en el que las fuerzas del mercado y la tecnología están haciendo que sea difícil para cualquier persona tener privacidad sin que todas las personas tengan un nivel mínimo similar de privacidad. (Regan, 1995, p.213).

Por ello es esencial que la privacidad y la intimidad personal sean tenidas en cuenta como una necesidad social, además de ser un derecho fundamental, esto por cuanto su vulneración puede llegar al punto de anular la autonomía moral de los individuos y a convertir a la sociedad en una comunidad uniforme y asfixiante en la que no sería posible sostener individualidades políticas, religiosas, morales o intelectuales de ningún tipo.

El derecho a la intimidad, se ha construido en las consideraciones de la Corte Constitucional, para garantizar a las personas una esfera de privacidad en su vida personal y familiar, de lo cual se puedan excluir las injerencias del Estado o de terceros. Y así como lo

veíamos anteriormente con el habeas data, forma parte de esta garantía, la protección frente a la divulgación no autorizada de los asuntos que conciernen a ese ámbito de privacidad. (Corte Constitucional, Sentencia C-014-14).

En tal sentido el derecho a la intimidad también es irrenunciable, en los términos de la Corte Constitucional, en efecto: *“En materia del derecho a la intimidad y a la imposibilidad de renunciar de manera absoluta al mismo, la sentencia T-414 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón, señaló lo siguiente: “Toda persona, por el hecho de serlo, es titular a priori de este derecho y el único legitimado para permitir la divulgación de datos concernientes a su vida privada. Su finalidad es la de asegurar la protección de intereses morales; su titular no puede renunciar total o definitivamente a la intimidad pues dicho acto estaría viciado de nulidad absoluta”*”. (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, Sentencia T-414 de 1992).

2.2. La dignidad humana como principio orientador de la intimidad como derecho

Una visión más común ha sido argumentar que la privacidad y la intimidad están profundamente relacionadas, en este sentido la privacidad es valiosa por que la intimidad sería imposible sin ella entendida como el control sobre la información de uno mismo.

La privacidad permite la libertad de definir las relaciones de uno con los demás y para definirse uno mismo, de esta manera, la privacidad está también estrechamente relacionada con el respeto y el amor propio, y por consecuencia, con las relaciones humanas significativas en ese mismo nivel emocional.

Igualmente, la jurisprudencia ha desarrollado aquella diferencia de grado que existe entre los niveles de intimidad, así: *“dependiendo del nivel en que el individuo cede parte de su interioridad hacia el conocimiento público, se presentan distintos grados de intimidad”* (Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, sentencia T-787 de 2004, reiterada en T-634 de 2013.), a los cuales les ha atribuido unas esferas de influencia personal, familiar, social y gremial.

La jurisprudencia ha reiterado, con todo, que pesar que el alcance de la intimidad se restringe parcialmente en casos de esferas de influencia sociales de la persona: *“su esfera de protección se mantiene vigente en aras de preservar otros derechos constitucionales concomitantes, tales como, el derecho a la dignidad humana”*. (Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, sentencia T-787 de 2004, reiterada en T-634 de 2013.).

Frente a este aspecto social y en una conexión íntima con el derecho al buen nombre la Corte Constitucional determinó que en el evento en que una persona ve señalado su actuar públicamente de manera equivocada, atribuyéndosele conductas cuestionables no cometidas por la misma, procede la protección constitucional.

Con ocasión de la decisión de la sentencia T-439 de 2009 se refirió a tal caso y resaltó un test para la determinación sobre la prevalencia del derecho a la información o el de la intimidad y el buen nombre, en el que incluyó los siguientes puntos para evaluar respecto de la información: *“(i) su relevancia desde la perspectiva del interés público; (ii) si la misma es veraz; (iii) si responde a una presentación objetiva; (iv) si aquella es oportuna”*.

De la misma manera, la providencia consideró que a pesar del paso del tiempo podría producirse una vulneración al derecho a la intimidad y al buen nombre por la vía de la representación equivocada de la identidad, dado que podría darse el caso de caracterizar

a las personas de una forma que no se ajusta a la forma de ser que actualmente tienen, a pesar de la antigüedad de la información de que se trate. (Corte constitucional, Sala Sexta de Revisión de tutelas, Sentencia T-439 de 2009).

3. PLATAFORMAS SOCIALES Y REDES SOCIALES

Conviene iniciar por la identificación de dos conceptos disímiles desde un punto de vista técnico para poder comprender de mejor manera el alcance de la complejidad tras la facilidad de comunicación en el contexto digital, tales conceptos son el de plataforma social y red social.

Una plataforma social es el espacio digital dispuesto para la comunicación entre puntos de entrada de usuarios bajo unas reglas predefinidas, la red social, en cambio, es la que se crea utilizando tal plataforma social, la red social es entonces aquella comunicación viva y permanente que hace que las comunicaciones sean multidireccionales, la información se replique y difunda a través de la plataforma social y se logre el objetivo de comunicar, compartir, crear y recrear contenidos, en última instancia, socializar.

La doctrina se ha ocupado desde el derecho del difícil ejercicio de traducción del lenguaje técnico o coloquial, el significado y alcances de lo que es una red social en

general, lo cual no es exótico frente a la diferencia con una plataforma social, puesto que lo que se convierte en un hecho jurídico, de importancia para el derecho, es aquello en lo que interviene el tráfico jurídico, es decir, el encuentro de la disposición de la voluntad en el ejercicio y disposición de los derechos, esta vez, en un contexto digital.

Escribano (2015), expone la doctrina que el uso común de la expresión “redes sociales” (Campuzano, 2011, p. 19.) se limita a “*Facebook, Twitter, , Instagram, LinkedIn Google +, etc.*”, aclarando que existe diferencia entre redes sociales on-line y off-line, esto se explica porque la capacidad de comunicación es notoriamente más elevada en las que tienen una disponibilidad de comunicación permanente.

Aporta igualmente una definición de red social consistente en: “*servicios prestados a través de Internet que permiten a los usuarios generar un perfil público, en el que plasmar datos personales e información de uno mismo, disponiendo de herramientas que permiten interactuar con el resto de usuarios afines o no al perfil publicado*”. (Inteco y Agencia Española de Protección de Datos, 2009, p. 7).

Con ello, la primera delimitación jurídicamente relevante es la de las redes sociales generalistas o de ocio y las profesionales; siendo las primeras las que se caracterizan por el intercambio de información, las redes sociales basadas en perfiles y las de microblogging, no es casualidad que estas sean las más utilizadas, y entre ellas, las que se basan en perfiles con los cuales compartir información personal, esto por la facilidad de uso.

El fenómeno de las redes sociales, su simplicidad para conectar entre personas sin la necesidad de depender del desplazamiento físico, a pesar de la precariedad del contacto digital frente al contacto humano o personal, lleva a un cada vez mayor auge de las mismas, hasta el punto de convertirse en la regla general la participación en uno de los perfiles de Facebook, la red social más grande hasta la fecha existente en la internet.

La doctrina refiere un escenario posible con la pertenencia o participación en una red social, utilizando el ejemplo de un empresario que se pregunta por las razones que pudieran estar detrás de la inexistencia de un perfil de alguna persona en Facebook, junto a la consecuente eventual sospecha de alguna razón negativa. (Dumortier, 2009, p.32.)

Las sospechas de la pertenencia o no a una red social pueden parecer encaminadas a hacerse regla general dada la continua generación de canales de comunicación al interior de las mismas generaciones en el contexto digital, más allá de las comunicaciones intergeneracionales que se facilitan mayormente en el ámbito off-line, dada la integración del individuo con su familia y comunidad.

Esta diferencia hace que la intimidad tenga ahora muchos frentes en los cuales desenvolverse; puesto que el gran logro de las redes sociales es el de generar canales de comunicación basados en intereses o datos de interés comunes a los perfiles expuestos en la misma red, es válido argumentar que cada forma de contacto representa una dimensión nueva de la extensión de los canales de comunicación.

Para el ejemplo, tradicionalmente tenemos que el recorrido normal de la comunicación y formación individual pasa por la familia, la comunidad y posteriormente se expande a otros escenarios donde una persona conoce y genera lazos de otros órdenes con otras personas.

Por otro lado, cada red social dependiente de un enfoque específico de tratamiento, música, gustos, imagen, compañía, negocios, estudios, aficiones y demás, representa su propia comunidad, donde el perfil, resumido en el avatar de un usuario entendido como la idea sintetizada de quién es o quiere ser en tal o cual red, es la identidad del usuario para esa red.

De esta manera, cada identidad virtual o cada rol de esa identidad viene a llenar un propósito de comunicación, constituye una parte de la personalidad real detrás del dispositivo de acceso (PC, teléfono celular, Tablet, etc.); así mismo, cada uno de esos roles representa al individuo y a los posibles espectros de contactos y comunicaciones que puede tener y entablar en esos escenarios digitales.

Es por ello que el derecho a la intimidad dependiendo de cada red social se convierte en un objeto de protección multidimensional, donde no basta aplicar unas reglas de convivencia, control y privacidad válidas en el contexto físico o material, a todas las formas de red social puesto que las hay con objetivos puramente artísticos, sociales o académicos y de negocios comerciales, intercambios de información y hasta con objetivos románticos y matrimoniales, por ejemplo.

Por otro lado, también los canales de comunicación digital de las aplicaciones móviles aceleran la inmediatez de las comunicaciones y su capacidad de difusión, lo cual genera retos desde el punto de vista del deber de protección de los datos ajenos o entregados en un ambiente de confianza, así como las obligaciones a la destrucción de los mismos o a la corrección de los mismos, como se ha anticipado en el contenido del habeas data.

En este sentido, la mayor fuente de riesgo en las redes sociales no son las plataformas sociales, esto por cuanto, aunque también son una fuente de riesgo, pueden llegar a ser controladas a través de las empresas prestadoras de los servicios de comunicación sobre las mismas; la mayor fuente de riesgo, son los mismos usuarios receptores de datos privados de otros usuarios.

Tal riesgo se ve dramáticamente en aumento cuanto los grados de separación entre un contacto en una red social y el usuario que comparte su información con aquél, se hacen

mayores, a esto se refiere la doctrina cuando refiere: *“en las redes sociales no aceptamos sólo “como amigos” a nuestros familiares, o amigos, más íntimos, sino a simple conocidos que apenas conocemos personalmente”*. (Tortajada, 2015, p 61 y ss.)

Por un lado, el mayor número de contactos que existan para un usuario representa una posible mayor popularidad, al tiempo que una mayor exposición a personas con una menor empatía y seguridad de confianza en el trato de los datos personales, por ello, la velocidad de difusión de la información es un asunto sensible para el derecho a la intimidad, dados los alcances limitados del derecho actual frente a los escenarios de divulgación de información privada como comentarios, fotografías, videos, etc.

Comenta igualmente la doctrina (Escribano, 2015) de un escenario muy común en la actualidad, el del riesgo de la fácil comunicación de imágenes, comentarios y demás, con las aplicaciones de los teléfonos inteligentes, lo cual aumenta los escenarios de riesgo para la intimidad y la privacidad.

Esto con el ejemplo en que algún personaje público, haya sido captado o fotografiado en un comportamiento poco ético o ejemplar, y en muy corto tiempo la difusión de tales datos llegue a tal punto que deba producirse la renuncia a su cargo por cuenta de una infracción a su privacidad que, si bien pudo haber sido o no motivada o permitida por él mismo, no aparece como justificable a la luz de los derechos constitucionales de intimidad, habeas data, honra y buen nombre.

3.1. Evolución Tecnológica Y Acceso A La Intimidad

El derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho a la protección de datos se han visto reducidos en su campo de protección dada la versatilidad de la tecnología de las

comunicaciones de uso cotidiano, en efecto, la intervención de la tecnología en las interacciones humanas ha llegado a tal punto de necesidad y de difusión social que resulta difícilmente imaginable que una persona cualquiera no esté de alguna manera, aun indirecta, referida o conectada a alguna de las manifestaciones digitales actuales, desde las redes sociales hasta algún documento indizado por algún motor de búsqueda en la web.

3.1.1. Documentos y soporte lógico.

La evolución tecnológica no ha dependido solamente de la creación de centrales de datos en la nube que funcionan con el tráfico de información entre usuarios a través de sus perfiles públicos en las redes sociales.

El fortalecimiento de los documentos electrónicos y su facilidad para disponer de cambios, transmisión o sincronización simple, eficiente y al alcance de cualquier persona han hecho que representen cada vez más un riesgo más elevado para la privacidad y para la pérdida de autenticidad de los mismos.

Frente a las conductas privadas sobre documentos digitales y estos riesgos anteriormente anotados existe un antecedente jurisprudencial que se relató por la propia Corte Constitucional así: “...caso en el que la demandada solicitó y patrocinó la extracción de fotografías pertenecientes a la actora, algunas de contenido estrictamente íntimo, de una carpeta personal en un computador de la institución a la que pertenecían procediendo a exhibirlas no solamente a los miembros de la Junta Directiva para fundamentar su solicitud de retiro de la demandante, sino ante la familia de ésta última. La Corte resaltó que el depósito transitorio de fotografías personales en un computador institucional no puede entenderse como un consentimiento implícito para el acceso y divulgación de las mismas.” (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-405-07).

Tal ejemplo es valioso por lo ilustrativo de la posibilidad de, en aquél caso, identificar a la infractora de la regla de protección de los datos privados de la afectada, sin embargo, en el entorno digital eso no es viable en muchos casos y allí reside otro de los peligros actuales del flujo de información en las redes sociales o canales de comunicación tecnológica actuales, la grave dificultad de identificar al infractor o, al mismo tiempo, la numerosísima cantidad de infractores que hacen de la persecución judicial de la infracción un esfuerzo inútil.

3.1.2. Tecnología de la información

A lo largo de todos estos ejemplos, podemos decir que desde el mismo momento en que el multicopiado físico de información hasta la captura masiva de millones de datos y procesamiento de los mismos a través de algoritmos que permiten extraer información puntual previamente definida, y en todos los momentos intermedios de la tecnología y las comunicaciones frente al derecho a la intimidad, estamos frente a lo que se conoce como tecnología de la información.

El término “tecnología de la información” se refiere al uso de sistemas automatizado para el almacenamiento, procesamiento y distribución de la información donde es usual la utilización de computadores y redes computacionales para el traslado de la misma.

La posibilidad de almacenamiento de información, así como su procesamiento, depende del nivel de la tecnología utilizada, por ello, teniendo en cuenta el amplio aumento de la capacidad tecnológica del hardware a pasos agigantados hace que la capacidad de procesamiento y la memoria permanente de la tecnología computacional en la Nube sea extrema.

La revolución digital es un hecho, en la medida en que las revoluciones consisten en el cambio abrupto de paradigma para observar y entender el mundo como sucedió con Copérnico y el descubrimiento del giro de la tierra alrededor del sol, Darwin y la conclusión de la evolución de las especies, o la creación de la industria y la comprensión de la capacidad de replicar miles de veces un producto o un objeto construido por el hombre, así mismo, la revolución digital lleva a la comprensión de la multiplicación infinita de la información y la permanente capacidad de mejorar a gran velocidad los medios tecnológicos existentes.

Las consecuencias que más nos importan para nuestra disertación son la notoria y exagerada disminución de la importancia del espacio físico, la ubicuidad de la información y la adaptación de las relaciones sociales a tal situación.

3.2. La Exposición Del Derecho A La Intimidad En La Red

Para efectos de la protección eficiente de los derechos fundamentales expuestos en el entorno digital, el dato sensible² (Corte Constitucional, C-748 de 2011.) definido por la jurisprudencia parece ser el punto esencial de protección que puede ser útil para la configuración de instrumentos legales que permitan evitar la vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad y los demás íntimamente relacionados con el mismo, como hemos desarrollado anteriormente.

² De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte el “dato sensible” es aquel que afecta la intimidad de titular y cuyo uso o tratamiento indebido puede generar discriminación, como podría ser, por ejemplo, la orientación sexual, algún tipo de enfermedad, entre otras (Sobre este particular, se pueden consultar las sentencias C-313 de 2014, T-453 de 2013 y C-748 de 2011.)

Este dato sensible, sin embargo, debe ubicarse en contexto, para ello, corresponde una descripción comprensiva de lo que cada ámbito digital de nuestro interés significa y los riesgos que representa para la privacidad y la intimidad personal.

3.2.1. Internet

Para los efectos de la protección del derecho a la intimidad en internet se ha considerado por la jurisprudencia la existencia de los motores de búsqueda que permiten replicar la información indizada como sucede por ejemplo en la T-058-15: *“la petición especial del accionante sobre la reserva de identidad debía ser estimada, en tanto, sus derechos al buen nombre y a la intimidad, así como los de su esposa, podrían verse expuestos o afectados, (...) a través de innumerables motores de búsqueda, las providencias judiciales ahora son de fácil acceso para terceros que no tiene intereses legítimos en el proceso.”*(Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, T-058-15). Así acontece en las decisiones judiciales publicadas por las corporaciones de decisión.

Tal preocupación no ha sido un evento importante no sólo en sede de tutela, si no en el análisis de constitucionalidad de normatividad potencialmente generadora de riesgo para derechos fundamentales en el entorno digital de internet, así, la jurisprudencia se ha pronunciado en más de una oportunidad sobre la importancia de la protección del derecho fundamental a la intimidad, y se señala en la sentencia C-335-14 de la Corte Constitucional:

La incidencia de estos medios en la esfera de los derechos fundamentales ha sido puesta de manifiesto por la Corte al señalar que “a nadie se le escapa el valor que tienen dentro de un sistema global de comunicaciones, como Internet, derechos y libertades tan importantes para la democracia como el derecho a la igualdad (...) la intimidad y el habeas data (...) la libertad de conciencia y de cultos (...) la libertad de expresión (...) el

libre ejercicio de una profesión u oficio (...) el secreto profesional (...) y el ejercicio de los derechos políticos que permiten a los particulares participar en las decisiones que los afecta. (...).

Con las excepciones legales referidas al ejercicio del poder jurisdiccional o administrativo de acuerdo con las autorizaciones legales correspondientes³ protegiendo el procesamiento de la información, la permanencia de copia de la información utilizada y la seguridad que cada parte en su almacenamiento de información y en el canal de comunicación de la misma, deberá utilizar “...para la protección del derecho a la intimidad de personas, familias, hogares o correspondencia.”

Internet, fue concebido originalmente como una red de intercambio de información científica en la década de 1960. Los sitios de redes sociales surgieron para personas que se conocían en la vida real, para ser usadas dentro de una comunidad sobre todo de interés académico, el desarrollo para una comunidad global de usuarios vino posteriormente (Ellison, 2007).

Se partió del supuesto de que compartir con amigos cercanos no causaría ningún daño, y la privacidad y seguridad sólo apareció en la agenda cuando la red se hizo más grande. Esto dio lugar a que los problemas de privacidad tenían a menudo que ser tratados como complementos en vez de diseñados por omisión, es decir, desde la base de la planeación misma de la red social.

La utilización de cookies es un tema importante en el debate sobre la privacidad en Internet (Palmer 2005) con la finalidad de permitir la personalización del sitio, las cookies, se establecen como pequeños archivos de datos que los sitios web almacenan en el

³ Corte Constitucional, Sentencia C-335-14: “En relación con el artículo 157 y con el derecho a la intimidad cabe destacar las disposiciones referentes al procesamiento de la información y a la confidencialidad, previstas en armonía con la Carta, pero sin desconocer las facultades de las autoridades competentes para acceder a información sometida a reserva, siempre que en tal sentido medie orden emitida de conformidad con la Constitución y la ley.”

ordenador del usuario y admiten *recordar* parte de la información que personalizó dicho usuario o ayuda a identificarlo.

Sin embargo, algunas cookies pueden ser utilizadas para rastreos al usuario a través de múltiples sitios web, así, es posible elegir que publicidad mostrar de un determinado producto recientemente visto por el usuario en sitios web distintos, con lo cual, la primera barrera rota de la privacidad se hace evidente.

La mayor complicación derivada de las cookies es que el usuario desconoce su alcance real, que información está compartiendo, con quién y qué tan útil para otro o perjudicial para sí mismo puede ser hacerlo.

Desde el reciente desarrollo de la computación en nube han aumentado las preocupaciones sobre la privacidad, en este tipo de procesamiento los datos y los programas están en línea permanentemente, nunca se apagan pues están en la nube, y no siempre está claro hacia dónde están dirigidos los datos generados por el sistema y los datos generados por el usuario.

Estos datos recogidos por los servicios en línea y aplicaciones tales como los motores de búsqueda y los juegos son de particular interés aquí, puesto que no siempre es claro qué datos son utilizados y comunicados por las aplicaciones (historial de navegación, listas de contactos, registros de aplicaciones usadas, etc.) e incluso cuando lo es, la única opción disponible para el usuario es no usar la aplicación.

Por consiguiente, ya que los datos se encuentran en alguna otra parte del mundo ni siquiera es claro que ley es aplicable, ni que autoridades son las autorizadas para el acceso de estos, en general, los servicios que brinda la privacidad de internet tienen problemas de privacidad de los que se desconoce su alcance real.

3.2.2. Medios de Comunicación Social

Las de redes sociales invitan al usuario a generar más datos, para aumentar el valor del sitio, los usuarios tienen la tentación de intercambiar sus datos personales para los beneficios de los servicios, así como proporcionar su atención y constante observación como retribución por los servicios, así sea esta sólo un medio de obtención de información de interés para los mismos.

Por ejemplo, la web interactiva, conocida como Web 2.0, los usuarios generan gran parte del contenido por sí mismos, lo cual plantea desafíos adicionales, no se trata de las razones morales para limitar el acceso a la información, si no de las razones morales para limitar las invitaciones a los usuarios enviar todo tipo de información personal; evadir la tentación de acumular mayor popularidad o reconocimiento es ciertamente uno de los puntos flacos de la auto regulación en un medio de este tipo.

Además, los usuarios pueden incluso no ser conscientes de qué información están tentados a proporcionar, como en el caso antes mencionado de los *comentarios* en otros sitios web. El solo hecho de limitar el acceso a la información personal no justifica los errores encontrados, y la cuestión más fundamental radica en qué dirección quieren llevar la actividad de compartir por parte de los usuarios.

Incluso si se configura el límite de información permitido a compartir en unos parámetros estrictos se podría restringir la tentación de los usuarios, esto limitaría el acceso de otros usuarios (*Amigos de amigos*), pero no limita el acceso para el proveedor de servicios. Además, tales restricciones limitan el valor y la utilidad de los propios sitios de redes sociales, y puede reducir la efectividad de tales servicios.

El hecho de pedir permiso del usuario o destinatario para recibir comunicados comerciales, es un ejemplo especial de configuraciones por omisión respetuosas de la

intimidad; de esta manera si el usuario tiene que autorizar de forma explícita para compartir datos o suscribirse a una lista de servicios o de correo, los efectos resultantes pueden ser más aceptables para el usuario.

Facebook Y La Protección Del Derecho A La Intimidad De Los Menores De Edad

Por la potencial afectación de los derechos fundamentales de los menores de edad en la red, y especialmente en Facebook, la jurisprudencia ha adoptado una decisión concreta en la que la Corte decidió una acción de tutela instaurada por la madre de una menor de cuatro años de edad, a quien el padre le había creado un perfil en la Facebook, a pesar de no ser una red social que restrinja tal creación de perfil, la decisión de la Corte intervino en el hecho.

La Corte amparó los derechos fundamentales al habeas data, la intimidad y la imagen de la menor y como consecuencia de ello ordenó al padre cancelar la cuenta y advirtió al padre para que no volviera a crear una nueva cuenta análoga con datos personales y sensibles de su menor hija. Debido que la publicación de contenidos en Facebook puede vulnerar derechos fundamentales de los menores “...*con la publicación de contenidos e información en la plataforma –fotos, videos, mensajes, estados, comentarios a publicaciones de amigos-*” (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, Sentencia T-260-12).

Esto nos muestra que la personalidad de un menor de edad es con certeza independiente y autónoma frente a sus padres, de manera que no es viable disponer de la misma sin observar la formación de la voluntad del usuario propietario del perfil que se utilizará.

Redes Sociales Y Afectación A La Intimidad Por La Capacidad De La Herramienta

Las posibilidades de utilización de la imagen y datos personales de un individuo, pueden trascender en otros roles digitales o, lo que es objeto de protección realmente, en la imagen de la persona física, ante la comunidad de la que hace parte, por ello un contenido mínimo del derecho a la imagen es la posibilidad de excluirla de las redes, bien porque se está haciendo un uso indebido de ella, o por simple voluntad del titular de la misma.

Lo anterior, argumenta la Corte Constitucional, encuentra fundamento en la protección constitucional debida a la imagen como expresión directa de la individualidad, identidad y dignidad de las personas.

En este sentido, consideró la Corte Constitucional, que la disponibilidad de la propia imagen exige la posibilidad de decidir sobre su cambio o modificación, lo cual es al mismo tiempo una de las formas de ejercer el derecho al libre desarrollo de la personalidad.⁴ (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, Sentencia T-634-13).

3.2.3. Los Datos Masivos O Grandes (Big-Data)

Facilitado por las tecnologías de la información, la minería de datos se puede emplear para extraer patrones a partir de datos como: los sitios visitados, enlaces en los que se dan clic, los términos de búsqueda introducidos y cualquier otra información fruto de la interacción o la identificación del usuario.

De esta manera los datos se pueden utilizar para tomar decisiones sobre el usuario en abstracto debido a la gran cantidad de datos generados por cada uno de los usuarios

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-634-13.

cuando están en línea, todo ello permite crear perfiles de consumo, patrones de comportamiento comercial y en general basarse en estadísticas de uso, decisiones reiteradas de usuarios geolocalizados e información general de sus perfiles profesionales, familiares, entre otros.

Esto sólo puede afectar a la experiencia en línea, como, por ejemplo, en la publicidad, pero, dependiendo de qué partes tengan acceso a la información, también podría afectar al usuario en contextos completamente diferentes.

En particular, los datos grandes pueden ser usados en perfiles de usuario, creando patrones de combinaciones típicas de acuerdo a las propiedades del usuario, que luego se pueden utilizar para predecir los intereses y comportamiento. Por ejemplo, cuando una aplicación sugiere *también es posible que te guste...*, pero, dependiendo de la información disponible, derivaciones más sensibles se pueden hacer, como temas sobre religión o preferencia sexual.

Estas derivaciones podrían, a su vez conducir a la desigualdad o discriminación. Por ejemplo, el perfil podría dar lugar a la negación de seguros o de una tarjeta de crédito, en cuyo caso el beneficio es el principal motivo de discriminación.

Cuando un usuario se asigna a un grupo en particular, incluso solo probabilísticamente, esto puede influir en las acciones tomadas por otros inducidos por el mismo sistema o por la información que arroja.

La labor de crear perfiles también podría ser utilizada por organizaciones o posibles gobiernos futuros que tienen discriminados determinados grupos en su agenda política, con el fin de encontrar sus objetivos, como consecuencia, les pueden negar acceso a los servicios a los cuales no están dentro de su perfil ideal.

Los datos masivos no sólo surgen de las transacciones por Internet, los datos pueden ser recogidos al hacer compras con tarjetas de puntos, al ser registrado por las cámaras de vigilancia en los espacios públicos o privados, o cuando se utilizan sistemas de pago de transporte público basados en tarjetas inteligentes asignadas o no a usuarios específicamente identificados.

Todos estos datos podrían ser utilizados para perfilar a los ciudadanos, y las decisiones sobre la base de dichos perfiles. Por ejemplo, los datos de compras se podrían utilizar para enviar información sobre hábitos alimenticios saludables a individuos particulares, pero también para las decisiones materia de seguros, el costo de las primas y la oferta de contratos de seguros de vida a una persona u otra.

3.2.4. Dispositivos Móviles

A medida que cada vez más usuarios posean dispositivos con capacidad de conectarse a la red, como teléfonos celulares, estos dispositivos móviles recogen y envían más y más datos.

Estos dispositivos suelen contener una serie de sensores de generación de datos, incluyendo GPS (localización), sensores de movimiento y cámaras, y pueden transmitir los datos resultantes a través de Internet u otras redes.

Muchos dispositivos móviles tienen un sensor GPS que registra la ubicación del usuario, pero incluso sin un sensor de GPS, las ubicaciones aproximadas se pueden derivar, por ejemplo, mediante el control de las redes inalámbricas disponibles. Como los datos de localización une el mundo en línea con el entorno físico del usuario, con el potencial de daño físico (acoso, robo durante los días festivos, etc.), estos datos son a menudo considerados delicados.

Muchos de estos dispositivos tienen cámaras, las cuales, cuando algunas aplicaciones tienen acceso a estas permiten la habilidad de tomar fotografías, los datos que generan pueden ser altamente privados.

Para las cámaras web, es usualmente una luz la que indica si la cámara está activada o no, pero esta luz puede ser manipulada por un programa malicioso y podría capturarse información sin el conocimiento del usuario. En conclusión, toda tecnología manipulable que maneja datos personales plantea la cuestión del conocimiento del usuario frente a su configuración ante la captura o generación de datos sensibles.

3.2.5. El Internet de las Cosas

Los dispositivos conectados a Internet no se limitan a los dispositivos informáticos propiedad de los usuarios, como los teléfonos inteligentes, muchos dispositivos contienen chips y/o se conectan en la conocida *Internet de las cosas*; esta línea de aplicaciones se ha popularizado con neveras, televisores inteligentes y cada vez más electrodomésticos o medios de control de ambientes en los hogares a través de aplicaciones de control remoto desde celulares.

En el hogar, hay contadores inteligentes para leer y enviar automáticamente el consumo de electricidad, y termostatos y otros dispositivos que pueden ser controlados a distancia por el propietario; tales dispositivos generan estadísticas, y estos pueden ser utilizados para la extracción y elaboración de perfiles.

En el futuro, cada vez estarán conectados varios aparatos de uso doméstico, cada uno generando su propia información. La inteligencia ambiental (Brey 2005), y la computación ubicua, junto con la Internet de los objetos (Friedewald y Raabe 2011), también permiten la adaptación automática del medio ambiente para el usuario, basándose

en las preferencias explícitas y observaciones implícitas, en estos casos, los datos sensibles provienen de la combinación de información aparentemente irrelevante de cada una de estas fuentes y la autonomía del usuario es un tema central al considerar las implicaciones de privacidad de dichos dispositivos.

4. LA TENSION ENTRE LOS AVANCES TECNOLÓGICOS Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO LA INTIMIDAD

La protección del derecho a la intimidad en un contexto puramente físico no guarda mayor complejidad de la ya procesada y asimilada por el derecho actual en Colombia; desde la época en la que los muros y las habitaciones separadas para actividades personales de distinto orden fueron establecidas culturalmente, es más simple el control de los escenarios de privacidad e intimidad y su contraposición con la actividad que se realiza en una vía pública o en un parque, para dar dos ejemplos de entornos de publicidad del comportamiento personal, como también lo ha reconocido la doctrina:

La Constitución acuerda distintos niveles de protección a la intimidad de las personas frente a sus instrumentos de investigación de delitos dependiendo si se constata la existencia de una “expectativa de privacidad legítima” de las personas. (...) identifica dos espacios donde esta expectativa se presupone prima facie (i) el contenido de las comunicaciones privadas (ii) y el espacio físico de los domicilios, inmuebles, objetos y personas. (Gutiérrez Ortiz Mena, (2014), p. 242.)

Cosa distinta sucede con los entornos digitales por razones muy puntuales, por un lado la adaptación del usuario a la tecnología informática puede no comprender la totalidad de los efectos de su uso en el corto plazo y requerir tiempo, igualmente, la configuración de estos entornos digitales se halla cada vez más entrecruzada e interrelacionada, de manera que es más fácil que cualquier contenido en la red sea convertido, manipulado y multicopiado con un potencial casi infinito de cambios y reproducciones.

Tales situaciones nos ubican en un escenario donde se enfrentan las libertades individuales y los derechos fundamentales al control de la información y la seguridad.

4.1. Libertad Individual Y Control

4.1.1. La Clasificación De La Información Personal

En torno a la información personal, conviene identificar aquí la clasificación acuñada por la jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional en la que desde las sentencias T-729 de 2002 y C-1011 de 2008 se consideró que la información podría ser: 1. Pública o de dominio público, 2. Semi-privada, 3. Privada, y 4. Reservada o secreta. *“...clasificación... en tanto contribuye a la delimitación e identificación tanto de las personas como de las autoridades que se encuentran legitimadas para acceder o divulgar información.”* (Corte Constitucional, Sentencias T-729 de 2002 y C-1011 de 2008).

Dicha clasificación resulta útil cuando de las conexiones entre derecho a la intimidad y hábeas data se refiere, así, cuando una información tiene además una relevancia especial para el derecho a la intimidad, la valoración de su protección constitucional es más estricta en tanto más cercana a la reserva o el secreto se encuentre.

Con todo, también es importante destacar que, como explica la propia Corte Constitucional: *“la información reservada que, por tener carácter exclusivamente personal y por su estrecha relación con los derechos fundamentales del titular - dignidad, intimidad y libertad-, se encuentra reservada a su órbita y no puede ser obtenida ni ofrecida ni siquiera por autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Como ejemplos de ello se tiene la información genética, y los llamados “datos sensibles” o relacionados con la ideología, la inclinación sexual o los hábitos de la persona.”*

4.1.2. Información Sensible

De esta manera, más allá de la clasificación de los tipos de información según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la información sensible constituye una forma excepcional de identificar datos que podrían aparecer en determinados casos, más allá de los límites de la clasificación antes mencionada.

Tal es el ejemplo de la información relacionada con la orientación sexual de las personas, su filiación política o su credo religioso cuando exista la posibilidad de conducir a una política de discriminación o marginación de las personas con una u otra tendencia o manera de pensar, tal y como lo refiere la jurisprudencia. (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-307 de 1999)

Igualmente, el acceso a esta información se encuentra naturalmente restringido a terceros apartando el hecho excepcional del valor de la información como un elemento probatorio que sea requerido dentro de una investigación penal y se halle directamente relacionado con el objeto de la investigación penal, manteniéndose en claro en todos los casos, que aun con la revelación del dato se mantiene la reserva propia del proceso penal,

como lo ha explicado la jurisprudencia en la materia. (Corte constitucional, Sala Plena, Sentencia C-1011 de 2008)

4.2. Hacia Un Derecho A La Intimidad Virtual

En relación con la intimidad, es claro que la definición de la misma varía con el tiempo, la doctrina ha señalado que la definición legal de lo privado y lo público, así como los recursos dedicados a la protección de lo primero se redefine con el paso del tiempo, esto porque con el tiempo cambian las ideas, las formas de organización y la tecnología disponible. (Márquez Gómez, 2014, p. 20 y 21.)

A este respecto, con el paso del tiempo se hace necesario legislar con respecto a las telecomunicaciones o a las nuevas tecnologías de almacenamiento y procesamiento de datos por la posibilidad técnica de multicopiar, compartir o manipular una gran cantidad de información que en otras épocas y con otros recursos no había estado en tal usabilidad.

Así también, en lo jurídico, “...*aspectos de la vida familiar, la sexualidad o la medicina que antes estaban sancionados, como asuntos de interés público, que correspondían incluso al derecho penal, hoy se consideran puramente privados.*” (Escalante Gonzalbo, 2015, p. 9.).

De esta manera, es común que en la actualidad los conflictos que se generan en internet y las redes sociales, se centra en un tema de protección de datos, como lo afirma la doctrina (Scribano Tortajada, 2015, p 72 y ss.), esto por cuanto como se destaca por la misma doctrinante, la protección de datos personales en el marco de internet y las redes sociales es muy importante por la cercanía que las comunicaciones guardan con nuestra intimidad y por los rastros que quedan a lo largo de las interacciones en la red.

Con base en lo anterior, la potencialidad de uso de los datos en escenarios de comunicación gratuitos para el usuario final, como lo son las redes sociales, lleva consigo la utilización del *big data* para la perfilación de compradores o la viralización de piezas publicitarias cuando no para el direccionamiento individual de las mismas; con tal contexto, una de las causas más importantes de estos usos son los mecanismos de rastreo de datos personales.

Orden de protección tecnológica para restringir la difusión de información por protección del derecho a la intimidad

Frente a esta situación de hecho, jurídicamente la jurisprudencia en Colombia ha avanzado un paso con la sentencia T-277 de 2015, por cuanto se refirió al tema de la utilización de herramientas técnicas conocidas como *robots.txt*, *metatags* u otras similares, con el objetivo en ese momento, de evitar que por medio de los motores de búsqueda se pudiera acceder a la noticia de la captura y procesamiento de la accionante, por el delito de trata de personas, como una alternativa de la tensión entre los principios constitucionales a la presunción de inocencia e intimidad con el de la persecución del delito cometido por la misma. Como se evidencia en esta sentencia de la Corte constitucional:

“Se cuenta con dos razones en el presente caso que justifican que, más allá de la actualización de la información reflejada en la noticia, deba procederse a limitar su difusión en internet. En primera medida, la conducta por la cual se investigó y procesó a la accionante, la trata de personas, es un delito que, a diferencia de otros, recibe un rechazo especialmente grave por parte de la comunidad, por lo que para una persona el simple hecho de haber estado relacionado con una investigación penal por este delito puede tener serias repercusiones en sus relaciones personales, familiares y laborales.”

Sobre la misma lógica, la Corte Constitucional no sólo ha amparado derechos fundamentales a la intimidad sobre la base del peligro social que representa la condena por un delito especialmente rechazado socialmente ante la difusión de la noticia de su ocurrencia, también, se ha pronunciado en casos en los que la condena ha sido por entero cumplida.

Así se presentó el caso en sentencia T-024 del 2014, en la que se trató el caso de la divulgación masiva a través de medios tecnológicos de la sentencia en la que fue condenada en aquél caso accionante por la comisión de varias conductas punibles, siendo también que la condena correspondiente ya se había extinguido previamente.

Ante la consideración de la imposición de una carga desproporcionada por la publicación de la sentencia en que fue condenada, la Corte consideró válida la protección de su derecho fundamental a la intimidad por la carga de estigmatización que afectaba su vida comercial y laboral. La Corte argumentó: *“Adicionalmente, la Sala estableció que toda vez que la sentencia judicial no solo contenía datos públicos como el nombre actora, sino también otros de carácter semiprivado (antecedentes penales), la publicación del fallo, que hizo accesible los datos a través de internet, desconocía los principios de finalidad y circulación restringida de los datos personales.”* (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-020-14.).

Derecho a la intimidad frente a la construcción de memoria histórica por contener información de delitos de lesa humanidad

La Corte Constitucional razonó en la sentencia T-277 de 2015 una situación de hecho, en la que, ante situaciones de vulneración de derechos en contextos de delitos de lesa humanidad, en donde diferenció los casos en los que la limitación a la difusión procede en noticias referidas a procesos de naturaleza penal o que den cuenta de la comisión de delitos por parte de personas determinadas, por razón de la potencial vulneración de derechos de los implicados según las noticias.

Sin embargo, aclaró que si se trataba “...*de un personaje con notoriedad pública o un servidor público, o los hechos que registra la noticia responden a la comisión de delitos de lesa humanidad o que hayan lesionado de forma grave los derechos humanos, el acceso a la información generada no debe restringirse, pues estos sucesos hacen parte del proceso de construcción de memoria histórica nacional, por lo que su difusión excede el interés personal del individuo.*”^(Corte Constitucional, Primera de Revisión, Sentencia T-277-15.).

5. CASOS DE ESTUDIO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

5.1. Colombia – Intimidad vs. Interés público de la información

El derecho a la intimidad ofrece varios retos en torno a la información de interés público, la persecución del delito y la actividad periodística; un ejemplo reciente de hechos que llevan a la discusión jurídica de estos temas es el caso de la publicación de un video capturado por

uno de los involucrados en una aparente red de favores y corrupción interna en la Policía Nacional.

Los medios relataron parte de los hechos de la siguiente manera:

“La periodista Vicky Dávila renunció tras los hechos ocurridos el martes, cuando esta emisora publicó un video comprometedor en que el exviceministro del Interior Carlos Ferro sostenía una charla de contenido sexual con el hoy capitán Ányelo Palacios.” (EL TIEMPO, (2016), Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/estilo-de-vida/gente/vicky-davila-renuncia-a-la-fm-por-escandalo-del-video-de-carlos-ferro/16513257>)

“Se trataba de una conversación que tuvo lugar en 2008 entre dos hombres en un carro, uno de los cuales estaba grabando al otro sin su conocimiento. El que lo hacía era un alférez de la Policía, Ányelo Palacio, y el grabado era el entonces senador Carlos Ferro, quien hasta la semana pasada fue el viceministro del Interior.”

“El diálogo entre los dos es sexual y explícito. El alférez Palacio, quien estaba haciendo la emboscada, conducía las preguntas a terrenos cuasipornográficos para enredar a su contraparte. Ferro contestaba sin tener conciencia de que ese video cambiaría su vida.” (LA NACIÓN, (2016), Recuperado de: <http://www.semana.com/nacion/articulo/vicky-davila-palomino-y-ferro-escandalo-en-la-policia/461249>).

Con tales hechos se plantea la discusión jurídica de si la importancia pública de la información sobre una red de corrupción al interior de la Policía Nacional, en la que se transaban favores sexuales por ascensos o beneficios laborales a personal de la misma institución, tiene la entidad suficiente para sobrepasar el derecho a la intimidad de los participantes en la grabación revelada masivamente en los medios de comunicación.

Otro medio de comunicación continuó la narración de los hechos y las implicaciones de la revelación de la grabación y los demás elementos de la historia periodística, así:

“Sin embargo, lo más sonoro fue que este video fue tomado por la Procuraduría como base y ‘prueba reina’ para una investigación que se empezó a ejecutar al interior de la Policía acerca de una supuesta red de prostitución entre los agentes y varios senadores, círculo que fue denominado como ‘La Comunidad del Anillo’”.

No obstante, los coletazos de la polémica publicación no paran ahí, pues Rodolfo Palomino dejó la dirección general de la Policía Nacional para responder por este y otros aparentes casos de corrupción al interior de la institución.” (Colombia.com, (2016) Recuperado de: <http://www.colombia.com/actualidad/nacionales/sdi/131775/caso-vicky-davila-un-video-escandaliza-y-sacude-al-pais>).

De esta manera, se evidenció que la existencia del video desencadenó una serie de consecuencias que bien podrían caer en el interés público, muy a pesar de la vulneración de los derechos a la intimidad de los participantes en tal grabación y la ulterior afectación negativa sobre la confianza en las comunicaciones o conversaciones privadas con las personas en la vida cotidiana.

De esa manera, la discusión pública no se agotó con la revelación del escándalo institucional, sino que continuó, paralelamente, con el cuestionamiento de la revelación de la grabación por los efectos negativos en la intimidad y familia del directo afectado.

“Pero a la renuncia de Ferro siguió un enérgico movimiento de ciudadanos a través de las redes sociales en el que se cuestionaba a la directora de La FM porque en su afán de demostrar la existencia de la citada red de prostitución (tema al que en los medios de comunicación se le conoce como “la comunidad del anillo”) incurrió en una violación a

la intimidad del funcionario público, generando también graves consecuencias para la familia de aquél.” (Redacción Nacional (2016) Recuperado de: <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/vicky-davila-renuncia-fm-articulo-617248>).

En este caso se genera una situación jurídica importante para ser tratada desde el punto de vista jurídico en los límites de esta disertación, en efecto, la protección del derecho a la intimidad sólo es viable *ex ante*, es decir, no es posible proteger el derecho a la intimidad en casos como este de manera posterior a la revelación de la información que causa el daño personal y familiar.

Lo único que queda a ese respecto es la reparación, de lo cual no es de ninguna manera fácil determinar cómo puede repararse la violación al derecho a la intimidad, dado que no existen parámetros legales específicos en el derecho colombiano para tal caso y, al mismo tiempo, las normas sobre responsabilidad civil son limitadas a las afectaciones patrimoniales de las personas y no a los derechos fundamentales de las mismas, es decir, su alcance es limitado para estos efectos.

Por otro lado, sobre la importancia de la protección del derecho a la intimidad frente a la importancia pública de la información es una discusión aún abierta, dado esto a que las normas que protegen el derecho a la intimidad no cuentan con mecanismos de castigo suficientes, o de persecución de una reparación económica del daño, para los efectos de este caso; esta situación ha generado que no se adelanten litigios con fundamento en estas infracciones al derecho a la intimidad, de manera que la interpretación jurisprudencial de las normas relevantes no se ha provocado.

Más allá de todo lo anterior, queda clara la importancia de la discusión en torno a la protección de los derechos fundamentales relacionados con la intimidad y la protección del mismo en el contexto del uso de tecnologías que facilitan su eventual vulneración y que

escapan a los instrumentos de control legal de la conducta de las personas y los medios de comunicación o de reparación por sus efectos lesivos que existen hoy en día.

5.2. Latinoamérica – Brasil vs. Facebook (Whatsapp)

En otro escenario, las conductas de las personas pueden quedar registradas en medios informáticos; comunicaciones, imágenes y otros diversos datos pueden dar cuenta de las actividades personales de todos aquellos que utilizan herramientas tecnológicas, lo cual representa grandes retos para la persecución de los delitos a nivel global.

Ejemplo de lo anterior es el caso de la solicitud de información de autoridades brasileñas a los representantes para Brasil de las herramientas tecnológicas conocidas como Facebook y Whatsapp; narrado por los medios de comunicación, los hechos resumidos del ejemplo son los siguientes:

“Diego Dzodan, ejecutivo de Facebook e Instagram para América Latina, fue capturado en Brasil por presuntamente negarse a revelar a la justicia información de usuarios de esa red social y de WhatsApp, aplicación propiedad del grupo”.

"Esas informaciones fueron requeridas para la producción de pruebas a ser utilizadas en una investigación de crimen organizado y tráfico de drogas, que tramita en secreto sumario la justicia de Sergipe (noreste)", dijo la policía federal de ese país en un comunicado." (AFP Y EFE, (2016), Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/mundo/latinoamerica/capturan-a-directivo-de-facebook-en-brasil/16524594>).

En este caso, la orden judicial correspondiente habría podido generar resultados diferentes en el contexto jurídico colombiano, cuando menos en teoría, dado que no se ha producido el caso judicial en el que tal posibilidad otorgada por las leyes estatutarias de hábeas data y protección de datos personales hayan llegado a ser cuestionadas en su aplicación en casos similares. (Ley Estatutaria 1266 de 2008 y Ley Estatutaria 1581 de 2012).

Así, la narración de los medios continúa:

“De acuerdo al Tribunal de Justicia de Sergipe, en tres oportunidades se pidió a Facebook quebrar el secreto de las cuentas de WhatsApp bajo la lupa, pero la compañía no cumplió los requerimientos judiciales. Tras la primera orden, se le impuso una multa de 50.000 reales (unos US\$ 12.500) y luego una segunda de un millón de reales (US\$ 250.000), pero tampoco surtieron efecto.” (Armendariz, (2016), Recuperado de: <http://www.lanacion.com.ar/1875711-detienen-en-brasil-a-diego-dzodan-vicepresidente-de-facebook-en-america-latina>).

Así también se expuso información sobre la negativa de la compañía internacional para revelar la información requerida por las autoridades judiciales:

“Facebook argumenta que, aunque Whatsapp le pertenece, la aplicación de intercambio de mensajes opera de forma separada. Este miércoles publicó un comunicado celebrando la decisión. “Detener a una persona que no tiene ninguna relación con una investigación en marcha es una medida arbitraria y nos preocupan los efectos de esa decisión para las personas y la innovación en Brasil”, reza el texto. Whatsapp, por su parte, asegura que no almacena la información de los usuarios y asegura que está trabajando para mejorar la encriptación de los mensajes con el objetivo de “protegerlos de criminales virtuales”. O sea, según los responsables de la empresa, nadie, ni siquiera ellos,

pueden interceptar el intercambio de mensajes. “La policía detuvo alguien a causa de informaciones que no existen”, concluye” (OLIVEIRA, (2016), Recuperado de: http://internacional.elpais.com/internacional/2016/03/02/actualidad/1456938095_000096.html).

Este ejemplo plantea un reto jurídico mayor al de la mera revelación de información que pudiese existir en los servidores de una compañía que ofrece servicios de comunicación entre personas; en efecto, si ese fuera el caso solamente, podríamos considerar razonablemente que ante la orden de autoridad judicial es viable la revelación de información incluso de acuerdo con nuestro marco normativo en Colombia.

Pero el ejemplo es interesante por algo que va más allá, y es si es posible exigir a una compañía que ofrece servicios de comunicación por chat la grabación, respaldo o almacenamiento permanente de las conversaciones o datos transferidos a través de estos canales por sus usuarios, esto por cuanto esa discusión jurídica tiene implicaciones descomunales para la protección al derecho a la intimidad y el propio derecho al olvido en internet.

Esta hipótesis de regulación o de exigencia jurídica trae consigo grandes interrogantes del nivel de si es viable imponer la vigilancia a la totalidad de comunicaciones privadas de las personas o si es admisible mantener en almacenamiento la totalidad de comunicaciones de las personas en todas sus comunicaciones para una eventual revisión posterior en casos indicados por las autoridades administrativas o judiciales.

Los peligros de este tipo de regulaciones no serían pocos dado que la potencial revelación de información privada y, con ello, acceso a la intimidad individual, sería permanente.

No existen hoy en Colombia herramientas legales para prever tales decisiones sobre las exigencias admisibles a los operadores de ISP (Internet Service Provider), propietarios de aplicaciones de comunicación o servidores de operación de las mismas.

5.3. Internacional – EEUU vs. Apple

Con todo, no es simple la definición de los límites de la protección del derecho a la intimidad en el contexto de las tecnologías existentes hoy día, y tanto menos, con cada avance tecnológico que entra al mercado y se hace de uso común.

Un ejemplo con mayor complejidad es el de la protección de la sociedad frente a actos que pueden generar terror en la población y las restricciones a la privacidad y la intimidad en la tecnología de uso diario.

Así lo plantearon algunos medios de comunicación en los Estados Unidos de América:

“Pero en San Bernardino son dos los sospechosos, Syed Farook y su pareja, Tafsheen Malik. Farook es estadounidense de padres paquistaníes, mientras la nacionalidad de la mujer no ha sido confirmada”.

“Ambos murieron en un tiroteo con la policía después de que su camioneta negra fuera encontrada en Redlands, un área residencial cercana en California.”

“Un tercer sospechoso fue arrestado después de ser visto corriendo alejándose al lugar de los hechos. Sin embargo, la policía no ha confirmado que esté relacionado con los hechos”.

“Según Shooting Tracker, un sitio de internet que sigue la violencia por armas de fuego en EE.UU., el año pasado fueron ocho los casos perpetrados por más de una persona”. (BBC Mundo, (2015), Recuperado de: http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/12/151203_san_bernardino_ataque_california_diferente_az).

Así, el planteamiento del problema jurídico nace en la necesidad para los organismos de seguridad de los EEUU de América de obtener acceso a un teléfono celular que fue encontrado en posesión de uno de los implicados en el tiroteo.

“El 16 de febrero, la jueza estadounidense Sheri Pym ordenó a Apple que desbloqueara un iPhone 5C utilizado por Syed Farook, uno de los dos terroristas que abatió a tiros a 14 personas en una fiesta en San Bernardino, California, en diciembre. Apple, que ha cooperado con el FBI para obtener datos del teléfono del trabajo de Farook, se negó. Cook sostiene que la orden va demasiado lejos y que el pasar por alto la contraseña del teléfono significa la creación de una "puerta trasera" en su sistema operativo móvil iOS que podría ser utilizada para acceder a todos los teléfonos de Apple en el mundo.” (HOLLISTER, (2016), Recuperado de: <http://www.cnet.com/es/noticias/apple-vs-fbi-caso-san-bernardino/>).

Aquí la discusión se hace más grande, compleja, por cuanto por un lado se encuentra un acto considerado terrorista por las autoridades de EEUU y por el otro una posible vulneración de la intimidad de todos los propietarios de iPhone en el mundo después de creada una herramienta para saltarse la contraseña de bloqueo del dispositivo, dos valores de cierto interés social.

“Si un tribunal nos exige elaborar ese software, imagínense qué cosas más podrían exigirnos, quizás un sistema operativo de vigilancia o la posibilidad de encender la

cámara", dijo anteanoche Cook en una entrevista con ABC y agregó: "Están en juego los datos de seguridad de cientos de millones de personas y la creación de un peligroso precedente que amenaza la libertad civil de todos".

"No queremos crear ningún precedente", respondió ayer James Comey, el número uno del FBI, en una carta abierta, tratando de terminar con las dudas sobre las infracciones de seguridad y aumentando la presión sobre Apple para que colabore. "Se lo debemos a las víctimas. Tal vez el teléfono contenga la clave para hallar a más terroristas." (LA NACION, (2016), Recuperado de: <http://www.lanacion.com.ar/1874413-apple-vs-fbi-el-iphone-de-un-terrorista-abre-una-guerra-entre-dos-gigantes>).

La resolución de tal situación jurídica no es para nada simple, dado que la intimidad de millones de personas podría quedar comprometida por la evasión de un código de seguridad de un dispositivo móvil; en efecto, la compañía requerida se negó a realizar la aplicación de hackeo de su propio dispositivo y el FBI contrató a un tercero para que se encargara de resolver su petición sin contar con la empresa fabricante.

"El pasado 29 de marzo el FBI lograba acceder al teléfono utilizado por el presunto autor del tiroteo de San Bernardino sin ayuda de Apple. La Oficina Federal de Investigación (FBI) de Estados Unidos ha reconocido que tuvo que pagar más de un millón de dólares a la empresa israelí que le facilitó la herramienta para hackear el iPhone en cuestión".

"Tras el intenso tira y afloja protagonizado por la oficina gubernamental y los de Cupertino, para posteriormente reconocer que los agentes no encontraron lo esperado, esta revelación no hace más que avivar un debate que ha trascendido los límites corporativos y ya ha despertado iniciativas en defensa de la privacidad de las personas, como clientes de servicios y dispositivos tecnológicos, pero también como ciudadanos."

(BAQUIA, (2016) Recuperado de: <http://www.baquia.com/tecnologia/fbi-pago-millon-dolares-hackear-iphone-san-bernardino>).

Ahora bien, desde el punto de vista del marco regulatorio colombiano no es posible anticipar cual sería la decisión jurídica en este caso por parte de las autoridades judiciales ante la ocurrencia de circunstancias similares; sin embargo, puede anticiparse la misma respuesta de una compañía cualquiera que debiera hackear su propio producto para dar información a alguna autoridad judicial o de seguridad del Estado.

6. CONCLUSIONES

En primer lugar, aparece como evidente al término de esta disertación que el derecho colombiano tiene grandes retos en materia de regulación de la protección de los derechos a la intimidad y otros que se encuentran naturalmente conectados al mismo.

Lo anterior por cuanto los nuevos escenarios de la tecnología de la información y la comunicación plantean retos que son difícilmente definibles por el propio derecho, esto quiere decir que el mismo objeto de protección y el alcance de la misma es cada vez más difícil de observar, de delimitar, de reconocer.

Es igualmente difícil decidir en términos hipotéticos cuál sería la decisión jurídica en un caso de riesgo de los últimos planteados según el derecho colombiano, lo cierto y sabido, como hemos demostrado a lo largo de esta disertación, es que las herramientas conceptuales del derecho colombiano actual son insuficientes para la protección del derecho a la intimidad en variados escenarios potenciales de riesgo informático y en casos específicos, de los cuales se ha tratado la última parte de esta disertación.

Por otro lado, también es de resaltar que la actividad jurisprudencial en torno al derecho a la intimidad es escasa y aun así ha ofrecido algunas bases mínimas para la protección de algunos escenarios de peligro para las personas y sus derechos a la intimidad y la privacidad, tal es el caso de las leyes de hábeas data y el concepto de *dato sensible* que ha sido incipientemente desarrollado hasta el momento.

Con ello, constituye un gran reto para la producción intelectual y jurídica del país la regulación o el establecimiento de reglas de derecho generales para afrontar las cada vez mayores posibilidades de riesgo en escenarios tecnológicos de los que hemos identificado anteriormente y, más allá, los que seguirán emergiendo ante la acelerada producción de tecnología y nuevas invenciones en todo el mundo.

TABLA DE JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional

Sentencia T-414-92.

Sentencias T-09-95.

Sentencias T-097-95.

Sentencia T-119-95.

Sentencia SU-096-95.

Sentencia T-104-96.

Sentencia T-307-99.

Sentencia T-921-02.

Sentencia T-729-02.

Sentencia T-729-02.

Sentencia T-787-04.

Sentencia T-405-07.

Sentencia C-1011-08.

Sentencia T-439-09.

Sentencia C-446-09.

Sentencia C-748-11.

Sentencia C-442-11.

Sentencia T-260-12.

Sentencia SU-458-12.

Sentencia T-453-13

Sentencia T-634-13.

Sentencia C-335-14.

Sentencia C-014-14.

Sentencia C-313-14

Sentencia T-277-15.

Sentencia T-058-15.

Sentencia T-015-15.

Sentencia C-090-15.

7. BIBLIOGRAFÍA

CAMPUZANO TOMÉ, Herminia: *“Las redes sociales digitales: concepto, clases y problemática jurídica que plantean en los albores del siglo XXI”*, Actualidad Civil, n°.1, quincena del 1 al 15 de enero de 2011, p. 19.

INTECO y AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS: Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online, febrero 2009, p. 7. Disponible en: www.inteco.es/file/vuiNP2GNuMinSjvyZnPW2w.

DUMORTIER, Franck: *“Facebook y los riesgos de la «descontextualización» de la información”*, en Revista Internet, Derecho y Política, n° 9,2009, p.32. en Internet como en las redes sociales, los potenciales receptores de una información, una imagen, etc., son millones de usuarios, a diferencia de los medios de comunicación tradicionales, bien sea prensa, radio, etc.

ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia. Los Derechos A La Intimidad En El Siglo XXI; *“Algunas Cuestiones Sobre La Problemática Jurídica Del Derecho A La Intimidad, Al Honor Y A La Propia Imagen En Internet Y En Las Redes Sociales”*, p 61 y ss.

MARQUEZ GÓMEZ, Daniel. Derechos humanos lo público y lo privado. Intimidad, privacidad y libertad de expresión, Universidad Autónoma de Nuevo León - Universidad de La Habana México, Año: 2014.

GALÁN JUÁREZ, M. Intimidad nuevas dimensiones de un viejo derecho, Madrid, Ed. Universitaria Ramón Areces-Universidad Rey Juan Carlos, Año: 2005.

CASTRO BONILLA, Alejandra. La protección del derecho a la intimidad en el tratamiento de datos personales: El caso de España y la nueva legislación latinoamericana, Art: Doctrina 63, Enero/Febrero 2005.

GUITIERREZ ORTIZ MENA, Alfredo. El derecho a la intimidad en la era de la tecnología de las comunicaciones: Una reflexión desde el derecho constitucional, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Núm. 31, julio-diciembre 2014.

COBOS CAMPOS, Amalia Patricia. El contenido del derecho a la intimidad. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Núm. 29, julio-diciembre 2013.

RISSO FERRAND, Martín J. Algunas reflexiones sobre los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y la libertad de prensa, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Año: 2002.

De Colombia, Constitucional, C. Constitución Política de Colombia. Gaceta Constitucional, 116. 20 de julio de 1991.

De los Derechos Humanos, D. U. (1948). Asamblea General de las Naciones Unidas. París: ONU: <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm>.

Del Pacto internacional de los der. Civiles y políticos. (1966). Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

De La Convención Americana Sobre Derechos Humanos, C. A. S. D. (1969). Pacto de San José de Costa Rica. PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional, 10, 489-509.

Directiva de las comunidades Europeas, C. (1997). Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales ya la libre circulación de estos datos. Agencia de Protección de Datos.

L. 1266 de 2008, por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial

la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones. Congreso de la República. Diario Oficial No. 47.219 de 31 de diciembre de 2008.

Ley Estatutaria 1581 de 2012. Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales. Congreso de la República. Recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp>.

Ley 599 de 2000. Por el cual se e expide el Código Penal Colombiano. Congreso de la República. 24 de julio de 2000.

El Tiempo - 18 de febrero de 2016 – Visto: 1 de mayo de 2016 - <http://www.eltiempo.com/estilo-de-vida/gente/vicky-davila-renuncia-a-la-fm-por-escandalo-del-video-de-carlos-ferro/16513257>.

La Nación - 20 de febrero de 2016 – Visto: 1 de mayo de 2016 - <http://www.semana.com/nacion/articulo/vicky-davila-palomino-y-ferro-escandalo-en-la-policia/461249>.

Colombia.com - 18 de febrero de 2016 – Visto: 1 de mayo de 2016 - <http://www.colombia.com/actualidad/nacionales/sdi/131775/caso-vicky-davila-un-video-escandaliza-y-sacude-al-pais>.

El Espectador – 17 de febrero de 2016 – Visto: 1 de mayo de 2016 -
<http://www.elespectador.com/noticias/nacional/vicky-davila-renuncia-fm-articulo-617248>.

El Tiempo – 1 de marzo de 2016 – Visto: 1 de mayo de 2016 -
<http://www.eltiempo.com/mundo/latinoamerica/capturan-a-directivo-de-facebook-en-brasil/16524594>.

Alberto Armendariz - 01 de marzo de 2016 – Visto: 1 de mayo de 2016 -
<HTTP://WWW.LANACION.COM.AR/1875711-DETIENEN-EN-BRASIL-A-DIEGO-DZODAN-VICEPRESIDENTE-DE-FACEBOOK-EN-AMERICA-LATINA>.

André de Oliveira, São Paulo – 2 de marzo de 2016 – Visto: 1 de mayo de 2016
http://internacional.elpais.com/internacional/2016/03/02/actualidad/1456938095_000096.html.

Redacción BBC Mundo - 3 de diciembre de 2015 – Visto: 1 de mayo de 2016 -
http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/12/151203_san_bernardino_aaque_california_diferente_az.

Sean Hollister - 26 de febrero de 2016 – Visto: 1 de mayo de 2016 -
<http://www.cnet.com/es/noticias/apple-vs-fbi-caso-san-bernardino/>.

La Nación, 26 de febrero de 2016 – Visto: 1 de mayo de 2016 -
[HTTP://WWW.LANACION.COM.AR/1874413-APPLE-VS-FBI-EL-IPHONE-DE-UN-TERRORISTA-ABRE-UNA-GUERRA-ENTRE-DOS-GIGANTES](http://www.lanacion.com.ar/1874413-apple-vs-fbi-el-iphone-de-un-terrorista-abre-una-guerra-entre-dos-gigantes).

Baquia, 22 de abril de 2016 – Visto: 1 de mayo de 2016 -
[HTTP://WWW.BAQUIA.COM/TECNOLOGIA/FBI-PAGO-MILLON-DOLARES-HACKEAR-IPHONE-SAN-BERNARDINO](http://www.baquia.com/tecnologia/fbi-pago-millon-dolares-hackear-iphone-san-bernardino).