

## MARCO CONSTITUCIONAL Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

El derecho a la intimidad en Colombia parte del marco constitucional del artículo 15, el cual menciona —expresamente— el reconocimiento del derecho a la intimidad personal y familiar, y junto a este derecho —en el mismo artículo— se reconoce el derecho al *habeas data*, el cual ha sido denominado también como libre autodeterminación informativa. Sobre esta primera disposición, se ha construido un importante desarrollo jurisprudencial que ha brindado luces sobre el punto particular de cuál es la dimensión de estos dos derechos.

### Intimidad y privacidad

En el caso particular del desarrollo y protección de este derecho, el papel de la jurisprudencia de la Corte Constitucional es trascendental. Un primer aspecto a tener en cuenta es el que se deriva del concepto mismo de intimidad, la eventual necesidad es precisar si intimidad y privacidad son o no sinónimos. Sobre este aspecto la sentencia T-787 (2004) señala:

...el concepto de ‘privacidad’ o ‘de lo privado’, corresponde a los asuntos que en principio tocan exclusivamente con los intereses propios y específicos de la persona humana, sin que afecten o se refieran a los demás miembros de la colectividad; razón por la cual, sobre estos asuntos la sociedad, a través del ordenamiento jurídico, no le exige o le impone a las personas el deber de informar o comunicar. Desde esta perspectiva, *a contrario sensu*, si alguna materia es considerada por el derecho de

importancia o relevancia pública, su naturaleza se transforma de un asunto íntimo a una cuestión socialmente catalogada como común o general. A este respecto, los mismos principios de la lógica jurídica son claros en establecer que los conceptos ‘público’ y ‘privado’ son categorías jurídicas antagónicas y que, por lo mismo, no pueden tener puntos de intersección...

A partir de este extracto, se puede establecer que —en primer lugar— la jurisprudencia ha tratado en ocasiones como sinónimos a los conceptos de ‘intimidad’ y ‘privacidad’, en este sentido, la Corte Constitucional había previamente expresado otra definición de intimidad en la sentencia T-552 (1997), así:

El derecho a la intimidad implica la facultad de exigir de los demás el respeto de un ámbito exclusivo que incumbe solamente al individuo, que es resguardo de sus posesiones privadas, de sus propios gustos y de aquellas conductas o actitudes personalísimas que no está dispuesto a exhibir, y en el que no caben legítimamente las intromisiones externas. Algunos tratadistas han definido este derecho como el ‘control sobre la información que nos concierne’ (García, 1992) otros, como el control sobre cuándo y quién puede percibir diferentes aspectos de nuestra persona.

La Corte Constitucional, por su parte, define intimidad como:

El espacio intangible, inmune a las intromisiones externas, del que se deduce un derecho a no ser forzado a escuchar o a ser lo que no desea escuchar o ver, así como un derecho a no ser escuchado o visto cuando no se desea ser escuchado o visto (Sentencia T-530, 1992).

Adicionalmente, puede decirse que el derecho a la intimidad es un derecho disponible. Ciertas personas, según su criterio, pueden hacer públicas conductas que otros optarían por mantener reservadas (Sentencia T-044/13, 2013).

Entonces puede identificarse que el concepto de *privacy*, identificado previamente en la doctrina y jurisprudencia estadounidenses, no se identifica plenamente con el de intimidad que ha desarrollado la Corte Constitucional Colombiana, al menos en principio. Pues quizás, y conforme al doctrinante arriba citado, la tradición jurídica de Colombia tiende a identificarse más fácilmente con la influencia propia de Europa, y en particular de España y Francia.

Estas dos definiciones (visiones del mismo derecho) crean varios puntos de reflexión, si la doctrina continental estima que la intimidad es una órbita propia disponible, que cada uno de nosotros crea a su alrededor, es coherente entonces que nuestro artículo constitucional mencione que existe una intimidad personal y

familiar, y que ambas son susceptibles de protección y tutela por parte del ordenamiento constitucional. En segundo lugar, de las reflexiones hechas por la Corte, es propio también señalar que el derecho a la intimidad es la libertad que tenemos todos a ser dejados a solas, entendiendo que el derecho a la intimidad es la oportunidad que tenemos de decidir de manera libre cuáles aspectos de nuestra vida revelamos y cuáles no. Esta última apreciación permitiría armonizar las ideas en torno al concepto de *privacy* y al concepto del derecho romano-germánico de intimidad.

Sobre este aspecto del derecho a la intimidad, ¿qué hay si renunciamos de forma inconsciente a él? Con el fin de determinar si habría lugar o no a esta vulneración, la jurisprudencia colombiana ha señalado cinco principios sobre los que se estructura la protección del derecho a la intimidad.

En primer lugar, el principio de libertad: según el cual, los datos personales de un individuo solo pueden ser revelados con su consentimiento expreso o tácito, salvo la excepción del deber legal de divulgar información, aparece también el principio de finalidad, según el cual solo se puede obligar a un individuo a revelar información si existe un mandato constitucional legítimo que justifique tal revelación, en tal sentido la jurisprudencia ha señalado que, por ejemplo, ciertos aspectos de la vida económica de las personas merecen ser revelados por razón del principio de prevalencia del interés general sobre el particular (el ejemplo que utiliza la jurisprudencia para este supuesto es el de la obligación de declaración tributaria). De forma complementaria, se expresa también el principio de necesidad, el cual limita a que la divulgación de la información privada debe guardar conexión con el objeto de divulgación de dichos datos. Se expresa también —como condición necesaria— el principio de veracidad, el cual impone que la información que se publique sea ajustada a la realidad. Para completar el marco de protección, se plantea el principio de integridad, el cual indica que la información divulgada no debe ser objeto de fraccionamiento, y que en consecuencia, la información siempre debe ser revelada de forma completa. De acuerdo con la sentencia T-787 (2004), estos principios que conducen al respeto de la intimidad, también son útiles para garantizar un aspecto del artículo 20, y en particular, que la información sea lo más ajustada a la realidad, en consecuencia, se garantiza como lo expresa la misma sentencia: “un debido proceso de comunicación”.

Aplicados los cinco principios a la problemática particular que plantean las redes sociales y los contratos de adhesión en línea que ofrecen estas redes, surgen

varias situaciones de eventual amenaza al núcleo esencial del derecho a la intimidad, a saber: en primer lugar, frente al principio de libertad cabe preguntarse si los usuarios de las redes están o no informados de las consecuencias y de la cesión de titularidad de la información que registran en la red social, esa situación de desinformación se presentaría potencialmente como un vicio de consentimiento, más un aspecto que merece ser objeto de estudio, sobre si los menores de edad —usuarios frecuentes de estos sitios— tienen capacidad jurídica para disponer de su derecho a la intimidad o si deberán hacerlo sus padres o tutores legales.

En el mismo sentido, podría ocurrir que el principio de libertad se vería comprometido en el caso de los dispositivos móviles y de los sistemas de posicionamiento global ubicados en los teléfonos celulares, por las razones y la lógica empleada con los sitios web de las redes sociales. Un sinnúmero de usuarios no conocen con precisión cómo activar o desactivar los dispositivos de *software* que permiten la georreferenciación y localización del usuario del teléfono, en especial cuando este suele descargar varias aplicaciones en el dispositivo móvil que administran esta información y se actualizan cada vez que el usuario interactúa con ellas.

El segundo principio enunciado, el de necesidad, aplicado a la situación particular de las redes sociales, casi pierde su sustento porque el mismo se basa en el razonamiento sobre si es necesario divulgar o no la información privada de una persona, en este caso como es el propio titular quien decide qué contenido publica, no habría lugar a un juicio de valor sobre la necesidad de divulgación de esta información privada, pues solo el titular de la misma —como editor de su espacio en la red social— tendrá derecho a estimar qué es necesario y qué es superfluo.

Con ocasión de este principio de necesidad, se puede estructurar también un argumento a favor de la existencia de estas redes sociales y sobre el por qué no vulneran —en manera alguna— el derecho a la intimidad o a la privacidad de las personas. En tal sentido, el argumento sería claro y nuevamente juega el aspecto de la disponibilidad de la propia intimidad como factor clave dentro del discurso. Así, los usuarios de las redes sociales de forma libre deciden cuál es el contenido que comparten con otros, y en consecuencia, hacen simplemente ejercicio de su disponibilidad frente a su privacidad; sin embargo, nuevamente surge una duda en cuanto a si realmente los usuarios tienen una idea clara del funcionamiento del sitio web, por ejemplo, y también si los usuarios de las redes sociales en este

entorno globalizado, interconectado y cibernético tienen derecho a sustraerse de ese espacio, es decir si pueden negarse a participar de esas redes, sin sentirse aislados o marginados al tomar esa decisión.

La misma reflexión ocurre frente a los teléfonos móviles. Hoy, solo unos pocos carecen de uno de estos artefactos, ¿tienen opción? ¿O al final deben acabar cediendo a la presión de la necesidad que impone esta postmodernidad? Ello sugiere que nadie tiene el derecho a estar solo, sino que al contrario está creándose una tendencia en la cual no se está solo, se carece por completo de ese derecho.

La doctrina distingue diferentes niveles de intimidad (Botero, Jaramillo y Uprimny, 2000). Esta clasificación obedece a los diferentes ámbitos o esferas de la vida de las personas y surge, en consecuencia, el concepto de intimidad personal, familiar, social y gremial. El primer tipo es la que describí en párrafos precedentes y que conduce a señalar que la intimidad personal se identifica con la potestad de cada uno para decidir qué espacios de su vida comparte como individuo y cuáles prefiere mantener para sí mismo, sin duda, la intromisión de las nuevas tecnologías es evidente en este aspecto en especial.

Sobre la intimidad familiar, con el fin de mantener dicha privacidad o intimidad y actuando en consecuencia con la declaración de carácter básico de la misma constitución que señala en su artículo 5 que la familia es el núcleo básico de la sociedad, el artículo 33 de la Carta Política consagra la garantía de no incriminación entre los miembros de un mismo núcleo familiar. La redacción del artículo señala que nadie podrá ser obligado a declarar contra su cónyuge o compañero permanente, familiares consanguíneos hasta el cuarto grado y segundo grado de afinidad; considero que esta garantía favorece a que los ciudadanos puedan mantener —en la intimidad de sus relaciones familiares— algunos aspectos de este tipo de relaciones, los cuales solo podrán ser dados a conocer de forma voluntaria y solo si ellos desean divulgarlos. Algunos afirman que esta garantía conduce a favorecer ciertos modelos de organizaciones delictivas que parten —en algunos casos— de los núcleos familiares, y que los delincuentes podrían tomar ventaja de ello; sin embargo, al analizar esta disposición, debe partirse de los conceptos de buena fe y especialmente de una visión garantista de los derechos constitucionales consagrados, y en consecuencia, la intimidad familiar, es un hecho que se encuentra suficientemente protegida en nuestro ordenamiento constitucional (Gutiérrez, 2007, p. 73).

Sobre el tercer tipo de intimidad que señala la doctrina, es decir, la social, se puede inscribir este concepto en:

El de las relaciones que establece un ser humano en los entornos en los que acostumbra a interactuar con otras personas, así las cosas la intimidad social de una persona podrá tener relación con su entorno laboral o también si se trata por ejemplo de un estudiante, su intimidad social tendrá que ver con el entorno social al que pertenece, la jurisprudencia constitucional en este aspecto ha permitido establecer que su esfera de protección se mantiene vigente en aras de preservar otros derechos constitucionales concomitantes, tales como, el derecho a la dignidad humana... (Sentencia SU-256, 1996).

### **Derecho a la intimidad armonizado con la libertad de expresión, el derecho a la honra y el derecho a la información**

Junto con el concepto de este tipo de intimidad es preciso interpretar otras dos disposiciones constitucionales que complementan esta noción. En primer lugar aparece el concepto del derecho a la honra, consagrado en nuestra Constitución en el artículo 21, y en segundo lugar está el aspecto particular del artículo 15 en la misma Constitución, el cual garantiza el derecho al buen nombre, que se complementaría con el derecho a la rectificación consagrado en el artículo 20 con ocasión del derecho a la información.

Así, un punto de partida que establece la propia jurisprudencia es que la honra es una construcción individual que parte del reconocimiento social que obtiene un individuo. Este reconocimiento se basa —principalmente— en la percepción externa que tienen los demás sobre el comportamiento de ese sujeto, y por tal razón se conjugan las garantías de intimidad social, y este derecho, al encontrar que en caso de no existir una adecuada protección de esa intimidad social, se correría el riesgo de poner en peligro o de amenazar gravemente el derecho.

La cuestión es, ¿cómo opera también la ponderación entre derechos individuales y la garantía de libertad de expresión?, sobre este aspecto la Corte Constitucional también ha tenido que definir un concepto que podría ser útil como punto de partida para el análisis de estos derechos, y es que ninguno prevalece sobre otro, sino que su interpretación ha de ser armónica y garantista en particular de principios constitucionales como el de dignidad humana, sobre este

aspecto la Sentencia SU-256 de 1996 estableció que, en ejercicio de esa intimidad social no podría obligarse a un trabajador a que se practique un examen de VIH para ingresar a una empresa, las razones en las que “la Corporación” sustenta su fallo consisten —para sintetizar— en que esta información, de ser exigida como requisito para poder ingresar a una empresa, podría comprometer la honra del trabajador a quien se obliga a practicarse dicho examen.

De forma complementaria al concepto de honra, la jurisprudencia de la Corte Consitucional de Colombia también ha precisado el concepto de honor sobre este aspecto y ha expresado:

Aunque honra y honor sean corrientemente considerados como sinónimos, existe una diferencia de uso entre ellos. El honor se refiere a la conciencia del propio valor, independiente de la opinión ajena; en cambio la honra o reputación es externa, llega desde afuera, como ponderación o criterio que los demás tienen de uno, con independencia de que realmente se tenga o no honor; uno es el concepto interno —el sentimiento interno del honor—, y otro el concepto objetivo externo que se tiene de nosotros —honra— (Sentencia C-489, 2002).

El concepto de honor, por ser interno, juega entonces también como un ingrediente de aquellos que conforman ese gran derecho en el que consiste la intimidad, siendo este una percepción propia, quizás, su afectación puede ser difícil de establecer cuando se genera alguna vulneración a nuestro propio derecho a la intimidad, precisamente porque como lo ha definido la jurisprudencia, se trata de una percepción interna y propia, lo cual significaría que, el honor es a diferencia de la honra, el cómo consideramos que los demás nos perciben en el ámbito social.

El hecho de que se trate de una percepción interna no significa que no pueda ser objeto de afectación; sin embargo, sí plantea una dificultad probatoria amplia al momento de establecer si se dio o no una afectación. En consideración a esta situación, uno de los elementos de la intimidad personal es el derecho a la honra y en particular el derecho al honor propio.

### **Derecho al buen nombre**

Otro de los elementos que se conjuga con el derecho a la intimidad es el derecho al buen nombre, sobre este aspecto —aunque me referí brevemente al principio del presente escrito, solo lo hice frente al derecho a la autodeterminación

informativa— el artículo 15 de la Constitución, también al otorgar protección a este aspecto, garantiza la protección de los sujetos de derecho frente al derecho al buen nombre.

La Corte Constitucional, también por medio de interpretación jurisprudencial, ha definido este derecho así:

El derecho al buen nombre es una valoración individual y colectiva que tiene su origen en todos los actos y hechos que una persona realice, para que, a través de ellos, la comunidad realice un juicio de valor sobre su comportamiento (Sentencia SU-056, 1995).

Nuevamente, esta definición del “derecho al buen nombre” conduce a establecer un nexo causal evidente entre el concepto de honra, honor y buen nombre, los cuales derivan de la adecuada protección del derecho a la intimidad del individuo. Lo anterior porque si ocurriera que la vida personal de un sujeto de derecho fuera objeto de un escrutinio indiscriminado y de su revelación al resto de la sociedad, esto conduciría a que sería poco probable que ninguno de los miembros de una colectividad pudiera ser considerado como honorable o digno, pues todos guardamos algún secreto que preferimos dejar para unos pocos o incluso solo para nosotros mismos.

### **Derecho a la información y libertad de expresión**

El otro derecho que entra en juego es el derecho a la información, visto desde la dimensión de la libertad de expresión consagrado en el artículo 20 de la Constitución, sobre este aspecto surgen varias inquietudes al conjugarlo con el derecho a la intimidad:

- 1- ¿Cuánta información deben tener los demás sobre mí?
- 2- ¿Qué tipo de información deben conocer los demás?
- 3- ¿Tengo el derecho a oponerme por razón de mi derecho a la intimidad, a que se revele alguna información?

La garantía constitucional de un lado permite la libertad de expresar y difundir los pensamientos de los sujetos de derecho, en torno a lo cual existe un límite claro que consiste en que la información que se divulgue debe ser veraz e imparcial. Sobre el punto de la libertad de expresión, la jurisprudencia constitucional ha señalado:

La aplicabilidad de dichos principios se sujeta no al hecho de impedir la divulgación de un pensamiento, idea u opinión, pues ello constituiría una *censura previa* prohibida por nuestro ordenamiento constitucional, (i) sino que se dirige a controlar la legalidad de los medios que se utilizan para obtener las fuentes que inspiran la expresión del autor, por ejemplo, si para realizar un perfil de opinión acerca de un personaje público, se interceptan sus comunicaciones o se filtra su correspondencia. Así mismo, dichos principios tienen aplicación, (ii) en cuanto a las posibles consecuencias que frente a los derechos de los terceros, se derivan de revelar conceptos o creencias acerca de la ocurrencia de situaciones reales, como cuando se pretende igualar un juicio de valor u opinión a un hecho cierto e indiscutible, *verbi gracia*, el caso de un caricaturista que sabe que los diálogos que acompañan a sus dibujos como expresión de una parodia de un supuesto hecho real, se apartan precisamente de dicha realidad, vulnerando los derechos al buen nombre y a la honra de las personas caricaturadas, pues se manifiestan no simplemente opiniones, ideas o pensamientos, sino hechos o circunstancias incuras en falsedad (Sentencia T-080, 1993).

El pronunciamiento de la Corte aporta un nuevo ingrediente al entendimiento de la libertad de expresión, el cual consiste en señalar que una cosa es la libertad de expresión y la libertad de informar y otra la que tiene que ver con las opiniones o apreciaciones que pueden surgir de quien comunica dicho contenido. La Corte aclara que esta distinción no impone la prohibición de que los periodistas comuniquen las opiniones respecto a las noticias que transmiten, sino que los espacios noticiosos deben diferenciar claramente cuando se trata de una editorial de un periodista que emite su opinión y cuando se trata de un informe noticioso, cuya única finalidad es la de informar. Llama la atención el enfoque que le dio la Corte a este derecho, pues impone la obligación de advertir a los usuarios de los medios de comunicación sobre el tipo de información que van a recibir, y al hacerlo, dicha advertencia protege el derecho a la intimidad, pues permite que el destinatario pueda tener claro cuando se trata simplemente de una noticia y cuando es una opinión de un comunicador acompañada de un contexto informativo (Gutiérrez, 2001).

Esta libertad —interpretada de esta forma— sugiere respeto a la intimidad personal, pues está orientada a permitir al destinatario de las noticias escoger qué opiniones recibe y el tipo de información que ingresa a su ámbito personal.

Además de esta interpretación de la libertad de expresión, armonizada con el derecho a la intimidad, el propio artículo establece un mecanismo de protección

para aquellos casos en que ocurre algún exceso en la libertad de expresión, el artículo constitucional prevé la existencia del derecho a la rectificación.

La sentencia T-080 de 1993, previamente citada, consagra que los cinco principios aplicables al derecho a la intimidad y relacionados en este escrito, previamente son susceptibles de también ser aplicados al tratamiento de la libertad de expresión. Sobre el principio de libertad, se plantea el siguiente razonamiento: pueden ser objeto de la opinión pública aquellos actos que sean divulgados voluntariamente por el titular del derecho a la intimidad, más no aquellos que hacen parte de su intimidad personal, familiar o laboral.

Así, en otro pronunciamiento, la Corte precisó sobre este asunto en particular, refiriéndose a los personajes públicos:

Si bien el ámbito exclusivo de los personajes públicos se reduce en razón de su calidad, y eventualmente, de las actividades que desarrollen, las cuales —se repite— inciden en un conglomerado social o son de interés general, no es posible pensar que lo hayan perdido, y en consecuencia, que no puedan ser titulares del derecho constitucional fundamental a la intimidad. Para diferenciar el campo que puede ser objeto de conocimiento general del que no puede serlo, en las condiciones señaladas se requiere analizar la presencia de dos factores: primero, la actuación de la persona dentro de un ámbito público; y segundo, si lo hace con la intención de ser vista y escuchada por quienes allí se encuentran, cuya verificación permitirá pensar, como es lógico, que ella está actuando por fuera de su zona de privacidad y, al mismo tiempo, que pueden su imagen y manifestaciones ser captadas por quienes la rodean (Sentencia T-696, 1996).

La Corte introduce un elemento nuevo en su razonamiento sobre el derecho a la intimidad, y es que los actos públicos no son solamente aquellos que yo ejecuto en un ámbito no privado, se incorpora el elemento de la voluntariedad. Este elemento puede ser de gran importancia para establecer en cuáles eventos los medios de comunicación exceden su ejercicio del derecho a la libertad de expresión y proceden a divulgar un contenido que hace parte del ámbito privado, es decir, de la intimidad de una persona. Sobre este concepto, se han estructurado una serie de ideas que sugieren que los personajes públicos, por detentar tal condición, han realizado tácitamente una renuncia a su derecho a la intimidad y a su propia privacidad. Por estas ideas, la corte tuvo —a bien asumir— esa interpretación del concepto de la intimidad, el ingrediente de la voluntariedad