

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO

**“La vulneración del derecho a la intimidad por el ejercicio abusivo del
derecho a la libertad de expresión en la red social de Facebook en el Perú”**

Área de Investigación:
Derecho Constitucional

Autor:
Br. Isla Ascurra, José Augusto

Jurado Evaluador:

Presidente: Idrogo Delgado, Teófilo
Secretario: Estrada Díaz, Juan José
Vocal: Tapia Díaz, Jessica Catherine

Asesor:
Mauricio Juárez, Francisco Javier
Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0951-0405>

TRUJILLO – PERÚ
2021

Fecha de sustentación: 2021/09/23

UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO

**“La vulneración del derecho a la intimidad por el ejercicio abusivo del
derecho a la libertad de expresión en la red social de Facebook en el Perú”**

Área de Investigación:
Derecho Constitucional

Autor:
Br. José Augusto Isla Ascurra

Jurado Evaluador:

Presidente: Idrogo Delgado, Teófilo
Secretario: Estrada Díaz, Juan José
Vocal: Tapia Díaz, Jessica Catherine

Asesor:
Mauricio Juárez, Francisco Javier
Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0951-0405>

TRUJILLO – PERÚ
2021

Fecha de sustentación: 2021/09/23

DEDICATORIA

A Ti, Señor, Omnipotente, Creador de Cielo y Tierra, que me amas y me conoces desde el vientre materno y en lo más profundo de mi Ser. A Ti, que conoces mis silencios más callados y mis espacios más íntimos; y me hablas al corazón y a la conciencia para dirigir mis pasos por el camino de la paz y del perdón. A Ti, que me has dado la Palabra para glorificarte y alabarte entre los Hombres y hacer de ella un cántico de alabanza de tus creaturas; reconociendo en el Otro, tus inmensas y eternas maravillas. A Ti, solo a Ti, Señor, dedico este trabajo el cual he podido culminar gracias a tu Gratuito Favor que me ha sostenido ayer, hoy y siempre.

A ti, Santísima Virgen María, Madre del Señor y Madre Nuestra; que me has auxiliado con tu calor y protección desde que vine a este mundo, prodigándome por tu intersección todos los bienes que el Señor ha tenido a bien concederme y me has auxiliado en los momentos más oscuros de mi Vida.

A ti, Padre, Gilmer Isla Villanueva que con tu silencio y tu paciencia me has enseñado que puedo hacer grandes cosas si pongo mi esperanza y mis fuerzas solo en las manos del Hacedor. A ti, Mamá, Carmen Ascurra Valle que con tu misericordia y tu perseverancia me has alentado a seguir sin desanimarme en cada paso que he dado en la Vida y has llorado conmigo mis lágrimas y reído conmigo mis alegrías. A ustedes, Hermanas, Carmen y Lourdes, amadas mías, que con su celestial oración silenciosa han hecho de mí un Hombre Nuevo a los ojos del Señor.

AGRADECIMIENTO

Gracias, Señor, por permitirme servir a los demás con los dones que me has prodigado y mientras iba recreando este trabajo, pues solo Tú creas; iluminabas mi mente y mi corazón dándome la frescura y las fuerzas para poder culminarla.

Gracias a mi Asesor de Tesis, el Dr. Francisco Javier Mauricio Juárez que me ha guiado puntual y pacientemente en la elaboración de la presente Tesis.

Gracias, a mis Maestros de la Universidad Privada Antenor Orrego de la Facultad de Derecho y Ciencias Política, que con sus enseñanzas gratificantes y denodadas he podido devolver a través de esta investigación lo aprendido en las aulas magnas de Antenor Orrego; portando siempre conmigo el eco de una frase en aquellas lecciones: *“Detrás de una montaña encontrarás otras más grande”*.

Gracias a mi Grupo de Oración “Amigos de Jesús” que me han apoyado y sostenido con su gratuita oración y alegre ánimo en especial al hermano Jan Ramos, que como buen samaritano siempre ha tenido palabras de bendición hacia mi persona. Gracias a mi amiga Rosita Rojas, que ha estado siempre cerca para apoyarme con sus palabras de aliento, la cual desde la psicología ha sostenido mi perseverancia en este trabajo regalándome esta hermosa frase:

“José, eres un hombre muy capaz; estás aquí para servir con tus talentos que te llevarán a lo extraordinario; porque has necesitado todo este tiempo para regalarle al mundo tu valía. Sé que Tú lo harás.”

*“...En mi angustia invoqué al Señor
y clamé a mi Dios;
desde su templo oyó mi voz,
y mi clamor delante de Él llegó a sus oídos...”
Sal 18, 6*

RESUMEN

Este informe trata de dar a conocer que todos los usuarios o internautas de Facebook en la actualidad, no se interesan por escrudiñar detenidamente el contenido sobre las políticas y condiciones de privacidad y convivencia de dicha Red Social y, pues, como se percibe a diario, es posible observar hackeos de cuentas e insultos muy ofensivos o denigrantes; así como publicaciones contra la intimidad y el honor de las personas. De este modo, se puede afirmar que, existe un constante y exponencial ejercicio abusivo de la libertad de expresión frente al derecho a la intimidad en la Red Social Facebook (Perú) mediante la publicación no consentida de comentarios, imágenes, vides, fotos, estados, screen de terceros respecto de los usuarios incautos o inocentes. Por lo demás, estas normas y condiciones están redactadas de tal manera que coloca en grado de indefensión a los usuarios en caso de un futuro conflicto jurídico.

Este exceso no controlable ni por la Red ni los Estados mediante leyes tradicionales; está conduciendo a la sociedad de manera inconsciente y rápida hacia una situación de anarquía o libertinaje de la expresión; o, mejor dicho, hacia una nueva forma de concebir la privacidad y la expresión; por ende, la aceptación de la intromisión de la expresión en el núcleo mismo de la intimidad y su consecuente debilitamiento.

Por ello, en vista del justo respeto de las relaciones de convivencia en la nueva sociedad virtual; aquel –de forma paralela al mundo real- debe encontrar fundamento inicial y último en los principios generales del derecho como la buena fe, las buenas costumbres, la moral y el orden público. Así, algunos países, en el debido respeto a la libre expresión en el mundo virtual se está creando “ciertas limitantes” cuasi colindantes a la censura previa mediante mecanismos de inteligencia artificial para poder garantizar fehacientemente el respeto al derecho a la intimidad y otros derechos personalísimos, los cuales vienen siendo vulnerados abusiva, resignada, constante e indiscriminadamente.

Palabras claves. Intimidad, privacidad, expresión, información, ejercicio abusivo del derecho, red social, condiciones y normativas de Facebook.

ABSTRACT

This report tries to make known that all Facebook users or Internet users at present are not interested in carefully scrutinizing the content on the privacy and coexistence policies and conditions of said Social Network and, therefore, how it is perceived to daily, it is possible to observe hacks of accounts and very offensive or degrading insults; as well as publications against the privacy and honor of people. In this way, it can be stated that there is a constant and exponential abusive exercise of freedom of expression against the right to privacy in the Facebook Social Network (Peru) through the non-consensual publication of comments, images, vines, photos, states, screen of third parties regarding unsuspecting or innocent users. For the rest, these rules and conditions are drafted in such a way as to render users defenseless in the event of a future legal conflict.

This excess cannot be controlled by either the Network or the States through traditional laws; it is unconsciously and rapidly leading society towards a situation of anarchy or debauchery of expression; or, rather, towards a new way of conceiving privacy and expression; hence, the intrusive acceptance of expression in the very core of intimacy and its consequent weakening.

Therefore, in view of the fair respect of the relationships of coexistence in the new virtual society; that one –parallel to the real world- must find initial and last foundation in the general principles of law such as good faith, good customs, morality and public order. Thus, some countries, with due respect for free expression in the virtual world, are creating "certain limits" quasi-adjacent to prior censorship through artificial intelligence mechanisms in order to reliably guarantee respect for the right to privacy and other very personal rights, which have been abused abusively, resignedly, constantly and indiscriminately.

Keywords. Intimacy, privacy, expression, information, abusive exercise of the right, social network, conditions and regulations of Facebook.

PRESENTACIÓN

Excelentísimo Jurado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada Antenor Orrego; presento a ustedes, magnas autoridades veedoras, la tesis de investigación para obtener la licenciatura en Derecho; la misma que versa sobre *“La vulneración del derecho a la intimidad por el ejercicio abusivo del derecho a la libertad de expresión en la red social de Facebook en el Perú”*; la cual ha sido realizada con la asesoría puntual del Dr. Francisco Javier Mauricio Juárez y cumpliendo con los cánones del nuevo esquema de informe de tesis de la Escuela de Derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego.

Así, la presente investigación está conformada por la Introducción; constituida por el problema de investigación, objetivos y justificación del estudio, basado principalmente en el análisis doctrinal jurídico nacional y comparado de la libertad de expresión en la red social Facebook y cuya utilización está generando abusos constantes y exponenciales contra la privacidad e intimidad de los usuarios ingenuos.

De igual modo, en lo que respecta al Marco de Referencia; está formado por la parte teórica, la cual se compone en tres partes; la *primera*, relativa a la nueva forma de entender el derecho a la privacidad en la red social Facebook; la *segunda*, se conforma por la delimitación a la libertad de expresión, la cual ha sido adaptada a este nuevo mundo virtual y finalmente; la *tercera parte*, refiere el ejercicio abusivo de la libertad de expresión y el resumen-análisis de las normas y condiciones de privacidad y convivencia en la Red Social Facebook. Asimismo, se ofrece un marco conceptual sobre los contenidos básicos de la investigación; culminando finalmente, en la presentación de la hipótesis y las variables utilizadas.

En el Capítulo III se ofrece la metodología utilizada para la recolección de datos, la misma que ha seguido el sistema utilizado en el proyecto de tesis. De la misma manera, en el Capítulo IV se presentan los resultados atinentes a la tesis de investigación y en el Capítulo V se cierra con las conclusiones de este trabajo investigativo.

TABLA DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	iv
AGRADECIMIENTO	v
RESUMEN	vi
ABSTRACT	vii
PRESENTACIÓN	viii
TABLA DE CONTENIDOS	ix
ÍNDICE DE GRÁFICOS	xxi
ÍNDICE DE TABLA	xxi
I. INTRODUCCIÓN	1
1.1. Planteamiento del problema	1
1.1.1. Descripción de la realidad problemática	1
1.1.2. Formulación del problema	5
1.2. Objetivos	5
1.2.1. General.....	5
1.2.2. Específicos	6
1.3. Justificación del estudio.....	6
1.3.1. Jurídica de la investigación	6
II. MARCO DE REFERENCIA	10
2.1. Antecedentes del estudio	10
2.1.1. Antecedente nacional	10
2.1.1.1. Las nuevas formas de materialización de la libertad de expresión y la vulneración del derecho a la intimidad de la persona..	10
2.1.2. Antecedentes internacionales	12

2.1.2.1. El impacto de Internet y las redes sociales en el derecho de la libertad de expresión	12
2.1.2.2. El Derecho a la intimidad en las redes sociales de internet en Colombia	14
2.2. Marco teórico.....	16
2.2.1. SOBRE UNA NUEVA PROTECCIÓN AL DERECHO DE LA INTIMIDAD	16
2.2.1.1. Hacia una conceptualización del derecho a la intimidad	17
2.2.1.1.1. Acerca de la usanza de los términos privacidad e intimidad	17
2.2.1.1.2. Diferenciación entre derecho a la intimidad personal y la intimidad familiar	19
2.2.1.1.3. Diferenciación entre derecho a la intimidad y derecho a la privacidad.....	20
a. Acciones privadas internas.....	21
b. Acciones privadas externas.....	21
c. Acciones públicas.....	21
2.2.1.2. Teorías sobre el concepto de derecho a la intimidad	21
2.2.1.2.1. Teoría de las esferas o sphärentheorie	22
a. Esfera privatsphäre	22
b. Esfera vertravenssphäre	22
c. Esfera gehimsphäre.....	22
2.2.1.2.2. Teoría del Mosaico	23
2.2.1.2.3. Teoría del right to privacy	24
2.2.1.3. El contenido esencial del derecho a la intimidad	24
2.2.1.3.1. Contenido esencial tradicional.....	24

2.2.1.3.2. Contenido esencial actual	25
a. El derecho a no ser perturbado en el domicilio	25
b. El derecho a la protección de las comunicaciones privadas	26
c. El derecho a la salvaguarda de los datos personales	27
d. El derecho a no sufrir injerencia corporal contra la voluntad de la persona	27
e. Otros aspectos	28
2.2.1.4. Límites al derecho a la intimidad	28
a. A causa de una decisión judicial	29
b. La libertad de expresión e información como elemento esencial de la democracia.....	29
c. El abuso del derecho.....	29
d. La seguridad internacional por motivo de terrorismo	30
e. La video vigilancia pública como medida de seguridad.....	30
2.2.1.5. Marco normativo sobre el derecho a la intimidad	31
2.2.1.5.1. Normatividad comparada	31
2.2.1.5.1.1. El derecho a la intimidad desde documentos internacionales	31
a. Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)	31
b. Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (1950)	32
c. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/2007)	33
d. Convención Americana de Derechos Humanos (1969).....	34
2.2.1.5.1.2. Tratamiento del derecho a la intimidad en España, Colombia y México	35

2.2.1.5.1.2.1. En España.....	35
a. En la Constitución Española.....	35
b. En la Legislación Especial Española.....	36
2.2.1.5.1.2.2. En Colombia.....	37
a. En la Constitución Colombiana.....	37
b. En la Legislación Especial Colombiana.....	38
b.1. Ley N. ° 1010-2006.....	38
b.2. Ley N.° 1581-2012.....	38
2.2.1.5.1.2.3. En México.....	38
a. En la Constitución Mexicana.....	38
b. En la Legislación Especial Mexicana.....	39
b.1. Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de los Particulares (2010).....	39
b.2. Reglamento de la Ley federal de transparencia y acceso a la información pública gubernamental (2003).....	39
b.3. Declaración de Cancún.....	40
b.4. Ley de Gobierno Electrónico de la Ciudad de México.....	40
2.2.1.5.2. Normatividad Nacional.....	40
2.2.1.5.2.1. En la Constitución Nacional.....	40
a. Conceptualización Constitucional.....	40
b. Una definición desde el Tribunal Constitucional.....	41
c. El contenido del derecho a la intimidad.....	43
2.2.1.5.1.2. En la Legislación Especial.....	43
a. En el Código Civil Peruano.....	44

b. Ley N.º 26775. Sobre el derecho de rectificación de personas afectadas por afirmaciones inexactas en medios de comunicación social (1997).....	45
c. Ley N.º 29733. Sobre la protección de datos personales (2011)....	47
d. Ley N.º 27337. Código del Niño y Adolescente.....	48
e. R.A. N.º 286-2018-CE-PJ. Protocolo de protección de datos, imagen e integridad en el Proceso Penal para niñas, niños y adolescentes...	49
2.2.2. SOBRE LA DELIMITACIÓN DE LA NUEVA LIBERTAD DE EXPRESIÓN	50
2.2.2.1. Hacia un concepto del derecho de la libertad de expresión ..	51
2.2.2.1.1. Concepto de libertad de expresión	51
a. Concepto semántico de expresión	51
b. Concepto jurídico de libertad de expresión	52
2.2.2.1.2. Demarcación conceptual entre el derecho a la libertad de expresión frente a la libertad de información.....	54
2.2.2.2. El contenido constitucional del derecho a la libertad de expresión.....	56
2.2.2.2.1. Las expresiones protegidas por el derecho a la libertad de expresión.....	56
2.2.2.2.2. Discurso no protegido por el derecho a la libertad de expresión.....	58
a. Expresiones relativas a pornografía infantil.....	59
b. Expresiones que incitan al genocidio	59
c. Expresiones que inciten a la violencia y al terrorismo	60
d. Propaganda de guerra.....	60
2.2.2.2.3. Grupos de expresión influyente	60

2.2.2.2.4. La no permisión de la censura previa a la libertad de expresión	65
2.2.2.2.4.1. Concepto de censura previa.....	65
a. Ciertas medidas restrictivas interpuestas por juez o tribunal.....	66
b. La autocensura.....	67
c. El veto del director de un periódico	67
2.2.2.2.4.2. Concepción comparada de la censura previa.....	67
a. La autorización previa	68
b. La censura previa.....	68
c. El impedimento previo	68
d. Mandato judicial de prohibición	68
2.2.2.3. Los límites actuales a la libertad de expresión	70
2.2.2.3.1. Concepto sobre los límites al derecho a la libertad de expresión.....	71
a. De carácter general (núm. b del art. 29 e inc. 2 art. 32)	72
2.2.2.3.2. Documentos internacionales sobre límites al derecho a la libertad de expresión	72
a. Observación general N° 34 de las Naciones Unidas (2011).....	73
b. Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950).....	74
c. Declaraciones conjuntas para la libertad de expresión	75
c.1. Desafíos para la libertad de expresión en la próxima década (2019)	75
c.2. La independencia y la diversidad de los medios de comunicación en la Era Digital (2018).....	76
c.3. La libertad de expresión y noticias falsas (fake news), desinformación y propaganda (2017)	76

c.4. Mecanismos internacionales para la promoción de la libertad de expresión (2011)	77
d. Convención Americana de Derechos Humanos (1969).....	77
2.2.2.3.3. Los límites al derecho a la libertad de expresión en España, Colombia y México	79
2.2.2.3.3.1. En España	80
2.2.2.3.3.1.1. En la Constitución Española.....	80
2.2.2.3.3.1.2. En la Legislación Especial Española	81
a. Ley Orgánica N.º 03-2018. Sobre la protección de los datos personales y garantía de los derechos digitales.....	81
2.2.2.3.3.2. En Colombia.....	82
2.2.2.3.3.2.1. En la Constitución Colombiana.....	82
2.2.2.3.3.2.2. En la Legislación Especial Colombiana	83
a. Proyecto de Ley N.º 176-2019C. Políticas de uso y apropiación de las redes sociales y otras disposiciones generales.....	83
2.2.2.3.3.3. En México.....	84
2.2.2.3.3.3.1. En la Constitución Mexicana	84
2.2.2.3.3.3.2. En la Legislación Especial Mexicana.....	84
a. Ley Federal de Telecomunicación y Radiodifusión (2014, actualizada al 2020)	84
b. Ley de Responsabilidad Civil para la protección del derecho a la Vida Privada, el Honor y la Imagen el Distrito Federal (2006, actualizada al 2014)	85
2.2.2.3.4. Los límites al derecho a la libertad de expresión en el Perú	85
2.2.2.3.4.1. Desde la Constitución.....	85

a. Las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento, mediante la palabra oral o escrita o la imagen.....	86
b. Por cualquier medio de comunicación social.....	86
c. Sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos	87
2.2.2.3.4.2. Límites constitucionales	88
2.2.2.3.4.3. Desde la Legislación Especial	88
a. Ley N° 28278. Ley de radio y televisión	88
b. Código de Ética del Colegio de Periodistas del Perú	89
2.2.3. LA PROSCRIPCIÓN DEL EJERCICIO ABUSIVO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN	90
2.2.3.1. Sobre el abuso del derecho.....	90
2.2.3.1.1. Concepto del ejercicio abusivo del derecho	90
2.2.3.1.2. Clases de abuso del derecho	91
a. Por responsabilidad civil.....	91
b. Por ineficacia.....	91
2.2.3.1.3. Criterios para la determinación del abuso del derecho.....	91
a. Criterio subjetivo.....	91
2.2.3.2. Identificación del ejercicio abusivo de un derecho.....	93
2.2.3.2.1. Presupuestos para constatar el ejercicio abusivo de un derecho	94
2.2.3.2.2. El test tripartito.....	95
2.2.3.2.3. La responsabilidad ulterior	97
2.2.3.3. Principios lineales de la libertad de expresión en Internet.....	98
a. Privacidad.....	98
b. Accesibilidad y no discriminación	98
c. Neutralidad de la red	98

d. Pluralismo.....	99
2.2.3.4. Documentación internacional sobre el abuso del derecho	99
a. Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea	99
2.2.3.5. Legislación comparada sobre el ejercicio abusivo del derecho	100
2.2.3.5.1. En España	100
2.2.3.5. 2. En Colombia	100
2.2.3.5.3. En México.....	101
2.2.3.6. El ejercicio abusivo del derecho en el Perú.....	101
2.2.3.6.1. Desde la Constitución.....	102
2.2.3.6.2. Desde la Legislación Especial	102
2.2.3.6.3. Algunas medidas contra el ejercicio abusivo del derecho a libertad de expresión	103
2.2.3.6.3.1. Controles actuales en el Internet.....	103
a. Proxy	104
b. Puntos de control	104
c. Equipos en el hardware o software	104
2.2.3.6.3.2. Medidas cautelares innovativas.....	104
a. Abuso de derecho	104
b. Derecho a la intimidad, a la imagen y a la voz	104
2.2.3.6.3.3. Proceso Constitucional de Amparo	105
2.2.3.7.1. Red Social Virtual	106
2.2.3.7.1.1. Concepto	106
2.2.3.7.1.2. Características generales.....	108
a. Perfil personalizado.....	108
b. Vinculación e interacción (branding).....	108

c. Tiempo real.....	108
e. Lenguaje multimedia e hipertextual.....	108
f. Viralización.....	109
2.2.3.7.1.3. Clases de redes sociales.....	109
a. Horizontales o genéricas.....	109
b. Verticales o específicas.....	109
2.2.3.7.2. Sobre las condiciones y políticas de Facebook.....	109
2.2.3.7.2.1. Personas autorizadas para usar Facebook.....	110
2.2.3.7.2.2. Permisos concedidos por los usuarios a Facebook.....	111
2.2.3.7.2.2.1. Permiso de uso sobre contenido creado y compartido.....	111
2.2.3.7.2.2.2. Permiso para el uso del nombre del usuario, foto de perfil e información sobre acciones realizadas mediante anuncios y contenido patrocinado.....	112
2.2.3.7.2.2.3. Permiso para actualizar el software que se usa o se descarga.....	113
2.2.3.7.2.3. Disposiciones adicionales.....	113
a. Actualización de las condiciones.....	113
b. Límites de responsabilidad.....	113
2.2.3.7.2.4. Política de datos de Facebook.....	114
2.2.3.7.2.4.1. Información recopilada por Facebook.....	114
2.2.3.7.2.4.2. Información utilizada por Facebook.....	115
2.2.3.7.2.4.3. Administración y eliminación de la información del usuario.....	116
2.2.3.7.2.5. Normas comunitarias de Facebook.....	117
2.2.3.7.2.5.1. Valores protegidos.....	117
a. Autenticidad.....	117

b. Seguridad.....	117
c. Privacidad.....	117
d. Dignidad	118
2.2.3.7.2.6. Las normas comunitarias propiamente.....	118
a. Violencia y comportamiento delictivo.....	118
b. Seguridad.....	120
c. Integridad y autenticidad.....	122
2.2.3.8. Análisis de las sentencias	123
a. Eva Glawischnig vs. Facebook.....	123
b. T-155/19.....	124
c. T-050/16	125
d. Mario Costeja vs. Google	126
e. Natalia Denegri vs. Google.....	127
f. Escher y otros vs. Brasil	128
2.3. Marco conceptual.....	130
a. Dato de carácter personal	130
b. Libertad de expresión	130
c. Derecho a la intimidad.....	130
d. Derecho a la libre información.....	130
e. Derecho a la privacidad.....	130
2.4. Sistema de hipótesis	132
2.5. Variables e indicadores.....	132
2.5.1. Independiente.....	132
2.5.2. Dependiente	132
III. METODOLOGÍA EMPLEADA	132

3.1. Tipo y nivel de investigación.....	132
3.1.1. Tipo de investigación.....	132
3.1.2. Nivel de investigación.....	133
3.2. Población y muestra de estudio	133
3.2.1. Población.....	133
3.2.2. Muestra	133
3.2.2.1. Capturas de imágenes desde la cuenta de la Red Social Facebook del presente investigador.....	134
3.3. Diseño de investigación.....	149
3.4. Técnica e instrumentos de investigación.....	150
3.4.1. Observación simple.....	150
3.4.2. Acopio documental.....	150
3.4.3. Estudio de casos.....	150
3.5. Procesamiento y análisis de datos	151
3.5.1. Primer paso	151
3.5.2. Segundo paso	151
3.5.3. Tercer paso	151
IV. REPRESENTACIÓN DE RESULTADOS	151
4.1. Análisis e interpretación de resultados.....	151
4.2. Docimasia de hipótesis.....	152
CONCLUSIONES	153
RECOMENDACIONES.....	155
BIBLIOGRAFÍA.....	Error! Bookmark not defined.

ÍNDICE DE GRÁFICOS

1. Imagen 1	134
2. Imagen 2	134
3. Imagen 3	135
4. Imagen 4	136
5. Imagen 5	137
6. Imagen 6	137
7. Imagen 7	138
8. Imagen 8	139
9. Imagen 9	140
10. Imagen 10	141
11. Imagen 11	141
12. Imagen 12	142
13. Imagen 13	143
14. Imagen 14	143
15. Imagen 15	144
16. Imagen 16	145
17. Imagen 17	146

ÍNDICE DE TABLA

18. Tabla 1. Breve contenido de las 6 sentencias.....	148
--	------------

I. INTRODUCCIÓN.

1.1. Planteamiento del problema.

1.1.1. Descripción de la realidad problemática.

Hoy en día las personas interactúan en tiempo real desde diferentes partes del mundo utilizando las redes sociales de internet, por ejemplo; Facebook, Twitter, Tuenti, LinkedIn, WhatsApp, Hi5; entre otras. Estas nuevas formas de comunicación resultan ser más efectivas, a diferencia de los medios de comunicación tradicionales como la TV, teléfono alámbrico, el fax, cartas, etc. radio; pues su capacidad de alcance y transmisión del mensaje deseado posee mayor radio de difusión en vista que por medio de ellos es posible acceder e informar a millones de usuarios y de contenidos diversos; con razón la colectividad científica ha tenido en bien denominar a esta etapa de la historia como la era digital de la globalización (el tecno-ser) por lo que se percibe claramente la intensificación del uso de las relaciones sociales en la red de manera abrupta desde cada rincón del mundo. (Medina, 2011)

Es decir, se vive conectado y en constante interacción virtual con otras personas más allá de nuestro entorno real, convirtiendo esto en una situación de riesgo pues una vez brindada información personal en los diferentes espacios virtuales de comunicación se abre y crea un nuevo campo o mundo el cual permanece fuera de nuestro dominio; información tal que puede ser utilizada de manera indiscriminada sea por personas conocidas, terceros cercanos y/o foráneas; con las cuales se decidió entablar algún tipo de relación comunicacional por medio de estas redes sociales. (Dezuanni & Monroy, 2012)

De esta manera, es posible observar, si se realizara una visión panorámica del mundo virtual; las diversas formas de interacción comunicativa -en un plano horizontal- existente entre miles y miles de personas desde diferentes puntos del mundo que viven conectadas a las redes sociales, lo que permite recortar o disminuir los límites territoriales, esto también conocido como la desterritorialización digital; así como es perfectamente palpable el

consumo excesivo (uso y abuso) de los medios digitales, los cuales (terceros ajenos) pertenecen a empresas internacionales que mediante artificios virtuales (cookies, virus, etc.) logran beneficiarse de los datos personales de los usuarios que ofrecen de buena fe, gratuitamente y en muchos casos de manera ingenua, en el caso de menores de edad; sin prever el riesgo futuro que se contrae al brindar información contingente situaciones de carácter íntimo y privado. Es decir, los jóvenes de esta generación interactiva, denominados "nativos digitales" -aquellos que han crecido con la nueva tecnología; por tanto, tienen un lenguaje y entorno digital innato- mediante el uso y consumo de los medios virtuales producen un espacio de interacción donde es posible verificar la mutua oferta y demanda de conocimiento informal entre iguales como a la vez es posible percibir la existencia de diferencias entre ellos esto es, la llamada brecha o fractura digital producto de las diferencias económicas y sociales entre diversos grupos o sectores sociales; los que según su capacidad económica será fácil o difícil acceder a las redes sociales; en suma, *"tienen un valor indiscutible, no solo por su potencialidad instrumental, también por las posibles influencias y efectos que ejercen en el desarrollo de una nueva interacción comunicativa individual y grupal"*. (Ballesta, J, Cerezo, C, & Veas,A., 2014)

En el año 2015, la Empresa GfK, cuya misión es realizar proyecciones económicas en base a datos estadísticos, realizó un informe en el Perú, en el cual se señalaba que el número de usuarios de Internet en todo el país (población 1308 encuestados), para ese año era del 42%; en el ámbito urbano la cifra rodea un total del 50%, reduciéndose de manera considerable en el sector rural, donde solo el 18% de la población de este sector utiliza Internet. Asimismo, cuando se realizó una comparación entre estos dos sectores, la zona urbana poseía un mayor número de usuarios intensivos; es decir, 5 de cada 7 personas hacen uso del Internet de 5 a 7 días; representando esta cifra el 22% de los peruanos sobre el total de la población del Perú urbano y rural; siendo que el segmento más joven de entre 18 a 24 años utiliza Internet, representando el 31% de los peruanos mayores de edad que utilizan este servicio. De la misma manera, de una población de 548 entrevistados; 9 de

cada 10 usuarios de redes sociales utiliza Facebook, representando el 90% del total de entrevistados (Gfk, 2015).

En la misma línea según el informe del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), denominado "Estado de la Niñez y Adolescencia", los resultados preliminares correspondientes al trimestre enero-febrero-marzo de 2018, arrojó el porcentaje de 87.8% de niñas, niños y adolescentes que utilizan internet para realizar actividades de entretenimiento como juego de videos y obtener películas o música, entre otras más; asimismo el 74. 2%, lo utiliza para obtener información y el 74.0%, para entablar comunicación con otras personas (email, chat, etc.); es así que realizando una comparación con el año 2017, es posible verificar un aumento en la utilización del 0.8%.

Además, en el (APEC, 2016); uno de los investigadores, Diego Dzodan, detalló que el 55% de los peruanos accede a la famosa red social de Facebook todos los meses del año y más del 88% lo hace desde su celular. Sostuvo, de igual manera, que, de los 17 millones de peruanos presentes en dicha red, más del 88% accede al portal desde su celular (15 millones de peruanos) y en el día, en cambio; están activos 11 millones de personas, de las cuales 8.9 millones lo hacen desde un dispositivo móvil.

Entonces, la constante y viable accesibilidad que los usuarios poseen para ingresar a las redes sociales ha permitido que la población no solo haga uso efectivo de su derecho a la libre información sino de manera general y paralela al derecho a la libertad de expresión; así pues, la importancia de este libre y rápido acceso al universo virtual de las redes radica en la absoluta libertad en el manejo de información instantánea y de la rápida difusión de mensajes y datos en las redes sociales. La publicación de datos -de carácter íntimo y privado- como podría ser en una red social; ejemplo Facebook, aunque se realice dentro de los límites de un determinado país y por tanto, bajo un estado ideal de derecho; de igual manera comporta un factor de riesgo

ya que directa o indirectamente puede afectar derechos de la personalidad en el sentido que podrían darse multiplicidad de casos en los cuales se vean vulnerados; como por ejemplo: ocultamiento o suplantación de identidad, manipulación y publicación de fotografías, mensajes o datos sin el debido consentimiento del titular entre otras formas; por lo que de un análisis no tan riguroso de estas nuevas situaciones sociales, se concluye la fragilidad en los sistemas de seguridad de información que posibilita la afectación al derecho a la intimidad; pues, al tratarse de un espacio no tangible, la protección de derechos acarrea nuevos márgenes de complejidad, comportando que estos nuevos intervalos reales necesiten de una debida regulación.

Es por ello que, en un Estado Constitucional de Derecho, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y, por ende, también la libertad de pensamiento y la libertad de opinión; estarán protegidos y garantizados, siempre que, su contenido y límite se desprendan esencialmente de la Constitución. Por tal razón, y teniendo en cuenta el contexto actual de la aparición de las nuevas tecnologías y las redes sociales de comunicación; es precisamente *el límite del ejercicio de tales libertades* el que no ha sido desarrollado aún de manera amplia y pormenorizada; por tanto, de lo antes acotado, se desprende una pregunta: ¿se conocen realmente cuáles son todas aquellas normas que limitan de manera concreta o específica los comportamientos respecto de la libertad de expresión en Facebook?; desde un análisis verdadero y consciente se puede concluir que la respuesta es no. Así -a ojos vista- es posible percibir un comportamiento abusivo en el uso de la libertad de expresión e información frente al derecho a la intimidad (y los afines) de las personas; por lo que, es evidente la afectación en la red social de Facebook y por ende, el interés en la presente investigación, pues se desea conocer desde un contexto propiamente nacional cómo ese espacio de vaguedad o de imprecisión en cuanto a los límites del ejercicio a la libertad de expresión, vulnera el derecho a la intimidad de los usuarios. Asimismo, puede observarse que la identidad de las personas que utilizan el Facebook puede

proyectarse en infinitas formas, pues la misma imagen podrá ser utilizada como forma de expresión; o el simple hecho de compartirla quintuplica muchas veces esa identidad sin importar que el contenido sea sólo por el hecho de que nos gusta, enoja o encanta. Es ahí el punto de fricción entre ambas libertades, el no conocer los límites o si acaso los hubiera, no forma parte de la plataforma de cláusulas por adhesión a la que se someten los usuarios, especialmente en una red social como Facebook, por lo que, se hace importante informar a las personas de la responsabilidad de este medio de comunicación tecnológica.

En suma; la pregunta de rigor que surge para arribar a nuestro enunciado es la siguiente: ¿Nuestra Carta de 1993 señala explícitamente el catálogo de derechos que garanticen un ejercicio no abusivo del derecho a la libertad de expresión? ¿Qué garantías protegen la privacidad de las personas en la red social respecto de terceros extraños? ¿Una vez que circula en Facebook un hecho o situación grotesca, sin veracidad o de carácter dudoso, etc., el daño acaso ya no se ha producido con la sola publicación y sobre todo cuando esta se ha propalado de manera masiva? ¿Qué pretende Facebook con ello? ¿Cuáles son esas cláusulas que ha diseñado Facebook para resarcir ello? Investigar a cada una de estas preguntas ha motivado el presente trabajo con el propósito de analizar si efectivamente existe una vulneración al derecho a la intimidad por el uso abusivo de la libertad de expresión (e información) por medio de la red social Facebook en el Perú.

1.1.2. Formulación del Problema:

¿De qué manera el ejercicio abusivo del derecho a la libertad de expresión en la red social de Facebook en el Perú vulnera el derecho a la intimidad de los usuarios?

1.2. Objetivos:

1.2.1. General.

Determinar de qué manera el ejercicio abusivo a la libertad de expresión en la red social de Facebook en el Perú vulnera en el derecho a la intimidad.

1.2.2. Específicos:

1. Investigar el contenido esencial del derecho a la intimidad, la libertad de expresión, y el ejercicio abusivo de este respecto de aquel; analizándolos, interpretándolos y relacionándolos bajo los parámetros de la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada del derecho español, mexicano y colombiano principalmente.

2. Analizar bajo la óptica del ejercicio abusivo de la libertad de expresión las condiciones, normativas, políticas de convivencia y privacidad en la Red Social Facebook en el Perú.

3. Examinar y revalorar los principios éticos y morales (principios generales) del derecho con el fin de coadyuvar a la sociedad en el buen uso de las redes sociales a fin de salvaguardar el ámbito del derecho a la intimidad frente a una sana y decorosa libertad de expresión de los usuarios en la Red Social Facebook en el Perú.

1.3. Justificación del estudio.

1.3.1. Jurídica de la investigación.

Se considera que la existencia de vacíos e imprecisiones en la regulación y uso de la red social de Facebook trae consigo la vulneración del derecho a la intimidad y los derechos constitucionalmente relacionados a él; es así que, en esta nueva era de la digitalización, hoy resulta necesario e imprescindible el estudio riguroso de este nueva forma de afectación; resultando novedoso por tratarse de otro espacio; por tal razón, es vital realizar un aporte significativo al respecto a fin de descubrir una propuesta que conduzca a verdaderos lineamientos de protección de tales derechos en materia constitucional, por ello, es importante el resultado de la presente investigación en lo concerniente a la efectividad de una futura regulación sobre el tema de la protección del derecho a la intimidad respecto al ejercicio abusivo de la libertad de expresión en la red social de Facebook.

En esta línea, sucede que es posible la verificación de algunas publicaciones en la red social Facebook; sean estos videos, fotos, comentarios, diálogos, etc., los cuales desde un análisis ético y valorativo es viable detectar en ellos el carácter de

ser atentatorios del derecho a la intimidad de los usuarios; contra quienes se hace uso y abuso de la libertad de expresión. No basta con la simple eliminación; pues esta información ha pasado a ser parte de la infinidad de publicaciones ocultas, las cuales permanecen en las famosas nubes de datos de dicha Red Social, las mismas que pueden ser recuperadas por terceros a través de un simple acto de búsqueda que proporciona la misma Red, comportando, por ende, la vulneración del “derecho al olvido” que posee toda persona y por ende, la vulneración al derecho a la intimidad y los constitucionalmente relacionados con él.

En este sentido, tratándose de un nuevo mundo que acapara información múltiple, como tv en vivo, videos, noticieros, programas de reality, revistas virtuales de toda índole, grupos de diversa tendencia social, política, religiosa, filosofía, etc., y sin la existencia de debidos mecanismos legales adecuados para supervisar el uso del Facebook sea por los usuarios como por la misma Empresa, es necesario desde el campo jurídico un estudio investigativo que coadyuve a limitar el imperio del uso abusivo del derecho a la libertad de expresión e información que “alimenta” las redes sociales; los cuales vulneran sin misericordia el derecho a la intimidad, honor, nombre, imagen y reputación de las personas y por lo general, ante la falta de conocimiento del ciudadano de a mano de entablar una defensa por la vía constitucional, los afectados solo se convierten en meros espectadores de aquellas transgresiones sin límite.

1.3.2. Teórica de la investigación.

La presente investigación estará dedicada básicamente a profundizar en el estudio doctrinal y jurisprudencial del derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de expresión. No obstante, esto; será necesario la investigación colateral sobre los derechos constitucionales profundamente relacionados al derecho a la intimidad como son el derecho a la imagen, nombre, honor, reputación e igualmente el estudio del derecho a la libertad de información; pues, este está ligado de manera íntima al derecho de la libertad de expresión. Así pues, habrá que profundizar en la relación existente entre el

derecho a la intimidad y la libertad de expresión como el modo de solucionar conflictos constitucionales cuando estos se presentan en la red social de Facebook en el Perú teniendo en cuenta que los conceptos doctrinales y legales respecto de una determinada institución jurídica evolucionan a la par de la sociedad; por lo que, es vital realizar una nueva óptica que reciben estos conceptos para comparar si continúan dentro del rango aceptado o es que, ya se puede hablar de nuevos derechos a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad.

En esta línea de investigación, es necesario actualizar y adecuar en lo que importa a este trabajo, los aportes de la obra capital de los doctores Samuel Warren e Louis Brandes, denominada “El derecho a la intimidad”; de la cual en la parte final de la misma se rescatan ideas que en el hoy son pasibles de ajuste, pero, que, sin embargo, no pierden ese matiz de modernidad -aún 100 años después- lo cual implica un estudio pensante y crítico de las mismas. De esta manera, es dable rescatar ideas cruciales de dicha obra que pueden servir de lineamiento teórico para la presente investigación, tales como: El derecho a la intimidad no impide la publicación de aquello que es de interés público o general, pero teniéndose en cuenta las variadas circunstancias que se presentan en cada caso. Otra idea que puede servir en la construcción de la presente tesis es: El derecho a la intimidad no prohíbe la información sobre un tema, aun siendo este de carácter privado, si la publicación se realizare conforme a las circunstancias permitidas por la ley y tal información sea de carácter privilegiado. De igual forma, es rescatable la idea sobre la defensa justa respecto del derecho de información al momento de presentarse un conflicto de derechos; por lo que, se ha de revisar minuciosamente tal información, debido a que, no basta el carácter de veracidad como la ausencia de malicia para publicar una información si de por medio está en juego el derecho a la intimidad de una persona pública o común cuyo derecho se vea vulnerado con la sola intromisión; y que, una vez realizada tal publicación su reparación es imposible o casi imposible por

tratarse de derechos subjetivos o de la personalidad (S. Warren y L. Brandeis. "El derecho a la intimidad", Universidad de Chile, Traducción por Benigno Pendás, y Pilar Baselga, 1era. ed., edit. Civitas S.A, Madrid-España, 1995).

A la sazón, de todo lo acotado anteriormente; se perciben situaciones o ideas no muy lejanas al mundo actual en cual se vive, sin embargo, será necesario analizarlas desde una óptica moderna y verificar si tales circunstancias han venido a menos o continúan siendo fuente irrefutable para el respaldo del Derecho.

II. MARCO DE REFERENCIA.

2.1. Antecedentes del estudio.

2.1.1. Antecedente nacional.

2.1.1.1. Las nuevas formas de materialización de la libertad de expresión y la vulneración del derecho a la intimidad de la persona.

Según (Rojas, 2015) en la tesis doctoral titulada *“Las nuevas formas de materialización de la libertad de expresión y la vulneración del derecho a la intimidad de la persona”* (Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, Perú) se indica que:

En nuestra sociedad avanzada y tecnológica vienen sucediendo demasiados problemas relacionados a la vulneración del derecho a la intimidad o el derecho a la imagen de las personas usuarias o no de las redes sociales; con motivo de la falta de seguridad y control de la información privada que se expone o es expuesta sin consentimiento del titular- en las redes sociales, como el Facebook, WhatsApp, y otras más; y en la que los mismos titulares (de manera ingenua como es el caso de los menores), personas cercanas o terceros ajenos publican diálogos, imágenes, fotos, etc., con (o sin) el propósito de causar daño en el honor y reputación de las personas, por lo que, una vez vulnerado este derecho la reparación moral es irreversible o casi imposible.

Del mismo modo, este nuevo espacio de discusión jurídica se ha convertido en un nuevo tema controversial en razón de la transgresión que se comete contra los derechos implicados en esta polémica (derecho a la libertad de expresión vs. derecho a la intimidad), sin embargo, desde la doctrina del derecho es notable la forma en que la academia jurídica realiza puntual hincapié sobre el derecho de la libertad de expresión, pues a nivel de doctrina internacional y según los parámetros de ponderación; se le prefiere sea para aclarar los límites que lo circunscriben como a la censura que puede verse impuesta; ello, debido al conflicto natural existente entre estos derechos, pues en buena cuenta ambos son derechos fundamentales

establecidos en nuestra Constitución; del cual, si los jueces a cargo realizaren un análisis concienzudo -y en base a las encuestas realizadas por la investigadora a diferentes tipos de personas; jueces, abogados, periodistas; estudiantes de derecho, etc., para fundamentar su tesis- se cae en la cuenta que en caso de conflicto entre estos derechos, el primado lo ostenta el derecho a la intimidad y sus símiles; de esto se colige que el derecho a la expresión posee límites, los cuales no es posible su transgresión en aras de una justificación en post de un estado constitucional, teniendo en cuenta que está en juego la privacidad, reputación y el honor de una persona.

Interesante aporte es lo que respecta a la *Adenda* en esta investigación; en la cual se señala la existencia de nuevas situaciones de conflicto entre el derecho a la expresión (derecho que abarcaría el de información) y el derecho a la intimidad y símiles; es decir, la presencia de zonas grises producto del uso de la libertad de expresión y el desarrollo de la personalidad en esta era digital. Así, y en esta perspectiva, hace referencia a la constante presencia de frases verdaderamente ofensivas en los blogs, groups o en los buzones de comentarios de noticias; asimismo se menciona a los ciberataques con los que se afecta el patrimonio y el derecho de información de los usuarios; de igual manera se analiza el caso del llamado chuponeo de información e interceptación telefónica, para lo cual cita la controvertida *Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano N° 00655 - 2010 - PHC/TC*, caso Alberto Químper - en razón de las consecuencias respecto a la libertad de información y al trabajo informativo de la prensa - la cual en el *fundamento jurídico N.° 20* se señala que las conversaciones telefónicas ilícitamente obtenidas significan injerencia arbitraria en la vida privada, situación tal, que, en el caso de análisis, convierte en inconstitucional la información brindada por la prensa por tratarse de diálogos de carácter privado. Finalmente la autora critica la caricatura satírica, sátira humorística o humor crítico en razón que de manera general este tipo de libertad de expresión comporta un análisis quirúrgico para poder detectar los límites del

mismo que podrían resultar en denigrantes para los afectados conociendo de antemano el amparo o preferencia que el derecho brinda a este tipo de expresiones.

En suma; el eje temático aborda la siguiente problemática: si existe mayor protección a la libertad de expresión en los casos donde se presentan situaciones de conflicto respecto al derecho a la intimidad de las personas; asimismo se avoca a inquirir si en la legislación peruana existe una metodología determinada con la cual resolver los conflictos entre el derecho a la intimidad y el derecho a la expresión; para lo cual en la parte final recomienda la modificación del núm. 7 del art. 2 de la Constitución a propósito de consolidar la protección de los derechos de las personas ante la comisión de cualquier acto vulnerador de los mismos independientemente del medio de comunicación o difusión utilizado.

2.1.2. Antecedentes internacionales.

2.1.2.1. El impacto de Internet y las redes sociales en el derecho de la libertad de expresión.

Según (Rico, 2012) en el artículo científico titulado *“El impacto de Internet y las redes sociales en el derecho de la libertad de expresión”* (Universidad Católica del Táchira, Táchira, Venezuela); realiza el siguiente análisis:

El autor alega que la comunicación ha evolucionado con el correr del tiempo en cuanto a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), situación tal que ha permitido al ser humano el poder acceder y utilizar las redes sociales de internet por medio textos, videos, imágenes en directo, fotos, etc. y de esta manera conocer lo que viene ocurriendo en el día a día en otras partes del mundo. Este suceso de brindar y recibir información instantánea del acontecer internacional, se ha convertido en un hecho de carácter general y normal, por lo que miles y miles de usuarios buscan o publican acontecimientos e información interesante en tiempo real; lo que acarrea que un suceso -sea relevante o no- ocurrido en cierto lugar del mundo sea conocido velozmente y

por billones de personas (información viral) por medio de diversas Redes Sociales de Internet (RSI). De esta publicación ingenua o dolosa surge el problema de la confrontación entre derechos fundamentales debido a la interacción entre usuarios en la red y al mismo tiempo la relación entre el PSRS (participación de proveedores de servicios de redes sociales) y los usuarios materializados en los contratos de adhesión, los mismos que fueron celebrados de manera inconsciente, sin la debida manifestación de voluntad y la legal información correspondiente; todo esto, por ejemplo gracias a un solo clic o un like o con solo con presionar “x” (eliminar) a una página saliente de una determinada red social.

Así el estado de cosas, sucede que esta interacción consciente o no, comporta un conflicto visible entre derechos fundamentales, tales como el derecho a libertad de expresión e información versus el derecho a la intimidad. Es decir, cuando los usuarios hacen uso de estos medios abiertos en el universo virtual, concretizado en el derecho a la expresión e información, los mismos que son respaldados por la Constitución; en cuanto se permite estos sin censura previa, aunque con responsabilidad posterior; sin embargo, la utilización en la redes sociales muchas veces transgrede derechos de otra persona, precisamente el derecho a la intimidad; esta situación implica un abuso aunque se trate de personas públicas o de aquellas con notoriedad pública ¿Acaso habrá una valoración para este daño, es válido el uso del derecho de la expresión para que se haga circular información privada e íntima de la persona aún si fuera pública?

Es así que la autora hace hincapié que este universo de las redes sociales posee como usuarios más vulnerables a los menores de edad; los mismos que por su condición de incapacidad legal deben ser sujetos de protección prioritaria de los Estados, redes que sin la debida fiscalización -por tratarse de una situación infinita- permiten la comisión de delitos varios, tales como el *cyberbullying* o *ciberacoso* entre otros.

En suma; ante esta compleja y nueva realidad virtual-social y con el propósito de proteger el derecho de la intimidad y símiles, sin embargo, es

interesante cómo la investigadora respalda su tesis tuitiva mediante la interpretación tradicional y efectiva de conocidos documentos anteriores como son la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la Carta Magna de Venezuela; en la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas y otros fundamentos legales de carácter internacional, por lo que, según su punto de vista estos documentos siguen siendo válidos y resultan efectivos para la debida defensa del derecho a la intimidad y afines siendo necesaria y de vital importancia hacer de conocimiento público el compendio de protección internacional respecto del derecho a la intimidad debido a la creciente participación de usuarios mayores o menores, públicos o privados, conocidos o desconocidos de las redes sociales.

2.1.2.2. El Derecho a la intimidad en las redes sociales de internet en Colombia.

Según (Castro, 2016) en el artículo científico titulado *“El Derecho a la intimidad en las redes sociales de internet en Colombia”* (Universidad Libre de Colombia, Bogotá, Colombia), indica que:

La autora considera que la problemática de la vulneración del derecho a la intimidad en las redes sociales de internet se produce en razón que no existe una relación personal y directa con la persona con la cual se interactúa al otro lado de la orilla virtual, por tanto, esta interacción es semilla para que se pueda efectivizar un abuso indiscriminado de la libertad de expresión y más aún, infringir el derecho a la intimidad; debido a la posibilidad que el otro usuario; al cual se cree conocer, esté utilizando un falso perfil, es decir, suplantando identidades, lo que implica un mayor riesgo en el que se encuentra las personas que entablan comunicación de buena fe; no solo con personas cercanas, amigas o conocidas, sino con personas ajenas o terceros en otra parte del mundo, información que una vez brindada puede ser utilizada con fines deshonorosos o delictivos colocando en situación de riesgo la integridad y reputación de las personas.

Es así que; después de realizar un breve historial de la evolución de las redes sociales, efectúa un análisis sobre Facebook, criticándolo en vista que en dicho espacio se realizan diversas preguntas al usuario de carácter personal, sea al momento de la inscripción como al momento de la información pública; estableciéndose de manera indirecta una especie de contrato. Asimismo, la información que se acepta divulgar se convierte sin más en propiedad de la red, amparadas en la aceptación de términos y condiciones, los mismos que contienen vacíos y son factibles de interpretación.

De igual modo, se va a criticar la manera como la sociedad actual determina la propia identidad o la publicita; interesante observación al acotar que, por el nuevo estilo de vida virtual la civilidad de hoy podría ser denominada como “sociedad del espectáculo”, en razón que una persona valora su existencia en tanto y cuanto es vista y conocida por medio de las redes sociales; en una palabra, se experimenta la era de la publicación, en donde se existe en razón de lo compartido en red; sean fotos, documentos, escritos, comentarios, etc.

Del mismo modo, es llamativo la apreciación que realiza en materia del derecho a la intimidad y a la imposibilidad de renunciar de manera absoluta al mismo; citando para ello la *Sentencia del Tribunal Constitucional Colombiano T - 414 de 1992*; en la cual se deja en claro, que solo la persona titular del derecho a la intimidad es el único legitimado para autorizar la divulgación competente e información correspondiente a la vida privada y/o íntima; añadiendo que la finalidad de tal derecho es la protección de un interés puramente moral; por lo que, en razón a esta cualidad intrínseca al ser humano no le es viable la renuncia -del titular- total o definitiva; pues dicho acto acarrearía un vicio de nulidad absoluta. Sin embargo, esta esfera de resguardo con el correr de tiempo ha venido perdiendo fuerza debido a la aparición de las redes sociales, con las cuales se permite divulgar y difundir con facilidad, información que poco años atrás era considerada privada, y que en la actualidad los usuarios permiten su publicación, premisa que viene respaldada con la *Sentencia del Tribunal Colombiano T - 634 de 2013*; la cual señala que el solo

hecho de compartir información en las redes sociales genera un riesgo contra los derechos fundamentales de la intimidad, protección de datos, honra, imagen y buen nombre entre otros.

En último lugar se invoca al Estado Colombiano a adecuar la regulación respecto de la utilización de las redes sociales dentro del territorio nacional con el fin de ajustarse a la realidad del contexto global que avanza aceleradamente; por lo que, se ha de tener en claro los usos y prácticas que realizan los usuarios de las redes y conocer cómo desde la costumbre o los instrumentos jurídicos en otros países se ha podido regular o limitar eficientemente el abuso del derecho a la libertad de expresión e información frente al derecho a la intimidad de las persona en las redes sociales.

2.2. Marco teórico.

2.2.1. SOBRE UNA NUEVA PROTECCIÓN AL DERECHO DE LA INTIMIDAD.

Con el avance abrupto de las redes sociales el derecho a la intimidad está siendo vulnerado constantemente de manera abusiva; por lo que, es necesariamente urgente reestudiar o redefinir este derecho en vista de la evolución detonante de la tecnología. Así, lo que hace poco se consideraba parte esencial de la intimidad; por ejemplo; una fiesta con familiares, actividades en la recámara o en la sala propias, modo de estar vestidos etc.; hoy, de manera ingenua, imprudente o escandalosa se grita (comparte) a los cuatro vientos; es decir, se publicitan de manera normal videos, imágenes, fotos, comentarios, etc., sobre situaciones o acontecimientos del entorno personal o familiar; no hacerlo, porta al usuario a una cierta anormalidad, en otras palabras; transmitir la intimidad se ha convertido en la moda de una falsa sociabilidad; al parecer a más publicaciones, más realización. Esta actividad en red no despoja a los usuarios del propio carácter íntimo o privado de las publicaciones, aunque en apariencia exista un humus de convertirse y ser ahora parte del contenido público e indirectamente asequible a terceros protegidos por la libertad de expresión. Atendiendo a esta breve introducción; en los próximos

acápites de este numeral se revisará y analizará contenido respecto al derecho a la intimidad para clarificando si es valedera o no una redefinición o una reinterpretación del mismo en este nuevo contexto digital.

2.2.1.1. Hacia una conceptualización del derecho a la intimidad.

2.2.1.1.1. Acerca de la usanza de los términos privacidad e intimidad.

Al realizar una diferenciación terminológica, no se trata de negar el significado ni el uso otorgado a ambos vocablos en la abundante y plural doctrina; sin embargo, se conoce que algunos autores para referirse a la misma situación del ámbito privadísimo ajeno a terceros utilizan sea intimidad o privacidad indistintamente. Por general, el término privacidad es entendido como un concepto general frente al específico de intimidad; por ende, es oportuna e idónea una mínima aclaración a tener en cuenta para la mejor dirección del actual trabajo investigativo.

Así; José Díaz habiendo revisado diferente normatividad española encuentra que ambos son utilizados, unas veces como sinónimos; y otras, otorgándoseles una leve diferencia conceptual, pero sin llegar a la antonimia (Díaz Rojo, 2002). De este modo, puntualiza que los denominados libros de estilo; es decir, textos para el mejor hablar y escribir de la lengua española, consideran la utilización del término *privacidad* como un barbarismo o anglicismo innecesario; pues este puede ser sustituido cómodamente por términos como intimidad, vida privada o confidencialidad dentro del uso del idioma español (Diario, 2009) . Al respecto, la RAE define confidencialidad como cualidad de confidencia; y confidencial se conceptualiza como aquello que se hace o se dice en confianza manteniéndose en reserva lo hecho o dicho. Asimismo, privacidad puede ser sustituido por en privado, independencia; y en esta línea, diarios españoles como “El País” y la “Agencia EFE” recomiendan el uso nativo de privacidad; es decir, utilizar **intimidad** y las opciones anteriormente descritas supra. No así, sucede con el “Diccionario de uso del español actual” el cual incluye el vocablo privacidad sin realizar rechazo ni objeción alguna (Diccionario de uso español actual clave, 1999).

Es interesante, conocer que la RAE (Real Academia Española) admitió recientemente en el 2001 el término *privacidad* como el ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión; el cual es susceptible de amparo legal frente a injerencias de terceros, existiendo a la vez otros ámbitos que pudieran ser libremente objeto (legal) de intrusiones. Respecto del término *intimidad*, la RAE lo ha definido como la zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo de personas, especialmente de una familia; no haciéndose referencia a alguna cualidad normativa sino definido desde el derecho natural (Real Academia Española, Diccionario de la lengua española) .

Sobre la etimología del término *íntimo*; la RAE lo define como lo más interior o íntimo; y según el Diccionario de uso del español; es aquello que alude a la situación personal o familiar; en oposición a la vida profesional o ciudadana. El vocablo proviene del latín *intimus*, el cual hace alusión a lo más interno, a lo secreto o a una ligación estrechísima entre amigos. Se trae a colación, aquí, a manera de ejemplo; algunos hechos ocurridos en el 2002, sobre una contienda legal entre Naomi Campbell y otros medios de comunicación, los cuales publicaron algunas imágenes sobre una supuesta adicción alcohólica de la modelo; donde el periódico de noticias “El Mundo” utiliza los términos en comento de manera alterna - diferenciada y/o sinonímica- en sendos artículos para referirse a la misma situación; de este modo, en uno indica: “...*la fotografía se hizo con teleobjetivo y sin el consentimiento de la retratada. Según Naomi, su publicación supuso una invasión flagrante de su privacidad...*”; y en otro, describe: “*Naomi Campbell gana una batalla judicial a favor de su derecho a la intimidad...¿Constituye una violación de la intimidad el que un periódico publique fotos de una conocida supermodelo saliendo de una reunión de Toxicómanos Anónimos?...la publicación de la foto bajo el titular “soy una drogadicta” constituye una flagrante intromisión a la vida privada de la top..., vulneró el derecho de la bella a seguir ese tratamiento de rehabilitación con total privacidad. Para el juez Morland, está probado que The Mirror violó el derecho a la intimidad...*” (Díaz Rojo, "Privacidad: ¿neologismo o barbarismo?", 2002)

En suma, podría concluirse que tanto el término *intimidad* como *privacidad* poseen una connotación intercambiable según el contexto y el intérprete; por lo que, en esta investigación se prefiere utilizar “derecho a la intimidad” partiendo desde las

recomendaciones de la semántica española, aunque en ocasiones se hará uso del término privacidad.

2.2.1.1.2. Diferenciación entre derecho a la intimidad personal y la intimidad familiar.

Desde una perspectiva amplia se trata del mismo concepto, pues, al hacer referencia al derecho a la intimidad se alude a aquello que compete a la protección del ámbito personal y por inferencia a lo familiar; en otras palabras; nada que suceda en el ámbito personal es ajeno a la vida de la familia y viceversa. Aunque, realizando un análisis filosófico es factible una diferenciación mental y real de ambos conceptos jurídicos, ya que se trata de dos ámbitos distintos: El *derecho a la intimidad personal* es el derecho que protege y salvaguarda el recinto más secreto del ser humano en el cual se realiza el propio proyecto de realización personal y que goza de un valor incuantificable como ser individual con dignidad ante los otros; por lo que, no cabe intromisión alguna de terceros sino solo mediante el consentimiento del propietario; sea a nivel espacial o psicológico; como por ejemplo: el contenido de un diálogo en confianza con el mejor amigo, describir los problemas mentales o de salud al médico (psicólogo), la creación de artículos, poemas, dibujos, etc., en afinidad a la línea de pensamiento, trazarse un proyecto y plan de vida, encontrarse en la soledad espacial de la recámara a puertas cerradas o en la actualidad, utilizar las redes sociales por medio de una computadora o celular para chatear, compartir imágenes o selfies con los amigos íntimos estando sea en casa o caminando por la calle; vélgase aquí la aclaración que utilizar las redes sociales encontrándose en la propia recámara otorga a esta actividad un plus de intimidad; etc. De otro lado, el *derecho a la intimidad familiar* es por así decirlo el espacio externo de la intimidad protegido por la Ley; que comporta las relaciones más entrañables con terceros más cercanos; por ejemplo, la historia, los problemas o circunstancias afectivo-económicas de una familia, las cuales no pueden ser objeto de fisgoneo, curiosidad o la impertinencia de extraños; o además, los hechos o situaciones que aunque aparecen a la vista de terceros ajenos son propios de la vida privada de las familias;

como es el caso de la celebración del matrimonio de un hermano en el cual participan personas de suma confianza, no solo a nivel consanguíneo sino afectivo-laboral; etc., que aunque de cierta manera estas circunstancias colindan con la vida pública no pierden la característica substancial de competencia íntima, propia de los integrantes de una familia. Cabría preguntarse si compartir una foto sobre un matrimonio familiar en la red social Facebook otorgaría de por sí el rango de contenido público a la imagen; y, por tanto, el derecho a que los contactos o amigos de Facebook puedan sin consentimiento del propietario del perfil volver a compartirla (Morales Godo, 1995).

2.2.1.1.3. Diferenciación entre derecho a la intimidad y derecho a la privacidad.

A opinión de Jhonny Tupayachi estima que, no existe uniformidad de criterios sobre el uso terminológico entre derecho a la intimidad y el derecho a la privacidad; pero afirma que, mientras uno protege *la intimidad* como la zona espiritual de uno o un grupo de personas, como la familia; la cual abarca ideas políticas, religiosas, morales, idiosincrasia, vivencias, emociones, etc., es decir; se trata de la conciencia misma del individuo; el otro, salvaguarda la *vida privada* de la persona, concebida como el ámbito de la vida humana que se encuentra a la vista de pocos -la vida personal- aunque el acceso a ella está restringido de modo amplio a todos por la propia voluntad del sujeto (Tupayachi Sotomayor). Entonces; según esta breve diferencia, la vida privada además contendría las diferentes manifestaciones de la vida íntima como son la soledad, la intimidad, el anonimato y la reserva. En esta línea, el maestro Néstor Pedro Sagüés comentando el art. 19, de la Constitución Argentina en el cual se establece que: “*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan el orden público y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados*”; acota que tanto el derecho a la privacidad como el de intimidad describen el espacio privado exento de la intromisión de terceros, es decir; entiéndase por terceros, el Estado y particulares; sin autorización para poder ingresar en la intimidad del individuo, esto es; el propio mundo espiritual, sentimientos, convicciones de conciencia, morales, religiosas y

políticas como la esfera doméstica y familiar, amistades o la propia imagen, etc. Sobre este asunto, puntualiza *3 tipos de conductas* con el fin de diferenciar lo privado de lo público (Sagüés, 2007):

a. Acciones privadas internas.

Son aquellas que pertenecen a la absoluta privacidad, es decir, no existe ninguna intervención de terceros; o también serían los comportamientos de los que nadie puede percatarse; por ejemplo: el mero acto de pensar, la inviolabilidad del domicilio o de los papeles privados; estas acciones deben recibir la suma tutela por parte del Estado y particulares.

b. Acciones privadas externas.

Son aquellas que, aun dándose a la vista de terceros; esto es; fuera del espacio de la absoluta intimidad; no importan o no poseen relevancia para el orden y la moral pública; y, además, no afectan ni dañan a terceros. No están exentas del respaldo tutelar de la Constitución; por ejemplo; la elección de una u otra música en un bar; degustar un plato u otro en un restaurante, optar por tal sala de cine o el teatro, etc.

c. Acciones públicas.

Cuyos efectos producen consecuencias sobre el bien común público o político, sobre el orden o la moral pública o la lesión de los derechos de terceros. La regulación de este accionar es de competencia del Estado; pudiendo ser prohibidas en algunos casos. Ejemplo de estas serían las actividades de personas notorias o funcionarios del Estado cuyo comportamiento es de interés legítimo para la comunidad o aquellas que traigan aparejada una responsabilidad administrativa, civil o penal.

2.2.1.2. Teorías sobre el concepto de derecho a la intimidad.

En esta sección; siguiendo a Andrés González; el Internet es el mayor medio de comunicación efectivo debido a la máxima velocidad con la cual se intercambian mensajes o datos personales con miles de personas; sin embargo, se ha convertido en un arma de espionaje masivo para combatir o promover el terrorismo por medio de las redes sociales. En esta lucha virtual por combatirlo se ha llegado a vulnerar

indirectamente el derecho de la intimidad a través de la interceptación de las comunicaciones y los datos personales de usuarios inocentes; así, para esclarecer el concepto de derecho a la intimidad recoge y señala 3 teorías lineales las cuales representan una solución diversa a situaciones diferentes; de esta manera se tiene (González Porras, 2015):

2.2.1.2.1. Teoría de las esferas o sphärentheorie.

El autor de esta teoría es el alemán Heinrich Hubmann -penalista alemán- quien divide el contenido de la intimidad en tres esferas:

a. Esfera privatsphäre.

De contenido amplio, conformada por comportamientos, expresiones y noticias sobre el quehacer de una persona y que por decisión del titular se colocan a la vista de la comunidad o del público sin perder aquella propiedad de ser privadas. Dentro de esta definición; *el presente investigador (José Isla)* considera que podría citarse, por ejemplo: la publicación de los estados en la red social Facebook continente imágenes, videos, comentarios o frases sobre una determinada situación privada; es decir, se hace pública una emoción o sensación actual o fotos íntimas de personas en las propias recámaras, en el gimnasio, discoteca, bailando, etc. que subyace cierta manifestación del titular sobre estas actividades; en otras palabras, se publicita la vida íntima y cabría la pregunta, si un tercero ajeno está en el derecho de poder compartir dichas situaciones sin el permiso del titular, pues Facebook es un espacio público.

b. Esfera vertravensphäre.

De carácter confidencial; en el sentido que es comunicación reservada y compartida con persona(s) de plena confianza en razón de circunstancias civiles o profesionales; excluyéndose de esta información al público en general o en algunos casos, a personas pertenecientes al ámbito privado o familiar; ejemplo: las inclinaciones políticas, transacciones bancarias, gustos artísticos, relaciones en ámbito laboral, etc.

c. Esfera gehimsphäre.

Denominada como la esfera del secreto; esto es; está constituida por hechos y noticias pertenecientes a la sola incumbencia del sujeto que las realiza; por lo que, esta esfera es de suma intimidad respecto de las dos anteriores y abarcaría, por ejemplo: las relaciones filiales, las conductas sexuales, los actos religiosos, las creencias, etc.

En conclusión, a tenor del autor alemán, estas esferas de intimidad se relacionan libremente una respecto de otra en función de las pretensiones, estrato social o popularidad de las personas que se trate en cada circunstancia.

2.2.1.2.2. Teoría del Mosaico.

Teoría defendida por Madrid Conesa -en contraposición a la Teoría de las Esferas- que, a semejanza de un mosaico, el cual está formado por pequeñas piezas que, consideradas individualmente no poseen representación alguna pero que en conjunto sí reflejan un mensaje artístico. Del mismo modo, la información sobre un individuo no debe ser clasificada como privada o pública sin antes no se ha tenido en cuenta las circunstancias de los hechos y en función del tipo o la calidad de quien se trate, los cuales sirven para contextualizar dicha información. En este contexto; Hugo Tórtora refiere que la percepción de terceros respecto del grado de privacidad de tal o cual matrimonio tendrá variaciones según se trate de una persona común, de una persona notoria, de un funcionario público o del mismísimo Presidente de la República. De la misma manera; las legales transacciones bancarias de una persona común serían parte del espacio confidencial de la misma; pero si estas por algunas circunstancias se vieran inmersas dentro del delito de lavado de activos se convertirían evidentemente en un escenario de competencia pública (Tórtora Aravena, 2010). Por tanto, son las circunstancias de una situación determinada las que van a clasificar -por así decirlo- si dicho evento es de carácter privado o público; implicando, por tanto, una ponderación detallada entre ambas áreas situaciones.

2.2.1.2.3. Teoría del right to privacy.

El artífice de esta teoría tiene como autor a William Lloyd Prosser, reconocido como el moderno creador del estudio sobre delitos contra la privacidad en el derecho estadounidense; siendo que esta posición ha significado la actualización del célebre artículo “The Right to Privacy”, de Warren y Brandeis, sobre el respeto al derecho de la privacidad. En esta perspectiva; se describen cuatro formas de vulneración respecto del derecho en estudio, a decir: a. La intrusión o intromisión en la soledad o en asuntos privados de la persona, b. La divulgación de situaciones embarazosas sobre una determinada persona, c. La publicidad de situaciones tales que podrían desprestigiarla frente a la opinión pública, d. Apropiación del nombre o imagen sin el permiso del titular con fines ilícitos o aún lícitos. Paralelamente, a estos cuatro tipos de vulneración se ha dado lugar a cuatro defensas; tales como: a. La seguridad contra intromisiones indebidas en la esfera privada, b. La garantía del respeto frente a opiniones personales en materia de asociación o creencias, c. La tutela de la libre elección protegida frente a interferencias de terceros; y finalmente, d. La posibilidad de individuos o instituciones de poder acceder, rectificar, cancelar y oponerse al manejo de información que atañe vida privada.

2.2.1.3. El contenido esencial del derecho a la intimidad.

En los siguientes puntos, se tratará del contenido esencial del derecho de la intimidad desde dos vertientes, la tradicional y la actual; que, en el fondo vienen a ser lo mismo; pero, para un mejor entender se le ha traído a colación.

2.2.1.3.1. Contenido esencial tradicional.

Dentro de la doctrina constitucional, el contenido esencial de un derecho fundamental es el núcleo o garantía que protege la sustancialidad del derecho mismo; vale decir, vendría a ser la zona intangible que otorga la particularidad de ser de tal o cual derecho y permanece, por tanto; protegido frente a la intromisión –abusiva- de otros derechos o ante restricciones excesivas que puedan dar lugar al vaciamiento del contenido mismo mediante la imposición de un límite al momento de ponderar una contienda de derechos (Sánchez Gil, 2007). Ahora, en atención al

derecho a la intimidad; la doctrina constitucional ha establecido tres aspectos esenciales que garantizan la salvaguarda del núcleo de este derecho; estos son: *autonomía, tranquilidad y control de información* (Aponte Escalante, 2015) De tal forma que; la *autonomía* viene a ser la cualidad referida a la libertad personal, o sea, es la capacidad del ser humano para de propia voluntad dirigir y realizar decisiones de propia competencia y alcanzar de esta manera el proyecto personal sin interferencia, injerencia o intromisión de terceros ilegales. Igualmente, la *tranquilidad* o *castillo del hombre*, tal como se conceptualizaría en la obra “El derecho a la Intimidad” de Warren y Brandeis (Warren & Brandeis) ; hace alusión a la libre capacidad del ser humano de poder elegir estar solo en el sentido físico, en otras palabras, el poder ser dejado en paz; esto es, de no ser sujeto de fastidio ni perturbación por terceros o extraños -públicos o privados- con el fin de construir de modo libre el proyecto de vida que se tiene planeado; en pocas palabras; es el derecho que tiene el ser humano de vivir una vida de reclusión y anonimato libre de la malsana curiosidad que acompaña a la fama y la notoriedad. Finalmente, el *control de información*, es el dominio que posee la persona para gestionar de propia voluntad, información personalísima de cualquier índole; manteniéndola, si desea, oculta a extraños o terceros; y a la vez, decidir sobre la circulación de la misma por medio de la administración de terceros; por lo que el titular del derecho tendrá la capacidad de acceder, rectificar, cancelar y oponerse a tal información brindada (Morales Godo, El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información, 1995).

2.2.1.3.2. Contenido esencial actual.

En concordancia con lo antedicho y en consonancia a la investigación de Amalia Cobos; se establecen caracteres esenciales que salvaguardan el derecho a la intimidad en función de las nuevas tecnologías; estos lineamientos no serían sino una especialización de lo anteriormente mencionado supra (Cobos Campos, Julio-Diciembre 2013) siendo:

a. El derecho a no ser perturbado en el domicilio.

Desde tiempos inmemoriales el ser humano ha otorgado a este *locus* (hogar, casa, terruño, etc.) el mayor grado de intimidad; pues, aunque siendo un espacio

físico delimitado, es allí donde las personas actúan de manera anónima; libre de la intromisión de extraños (terceros públicos o particulares), y por ende, constituye un sitio reservado, exclusivo y excluyentemente al propietario y para los familiares de este; por esta razón, queda proscrita cualquier intromisión o intrusión sin el consentimiento debido. Referente a esto, el presente investigador reflexiona en la segunda parte sobre las nuevas intromisiones indirectas en el domicilio de los usuarios facilitada o causa por las nuevas tecnologías o las redes sociales; las cuales permiten poder ubicar o rastrear al usuario.

b. El derecho a la protección de las comunicaciones privadas.

El ser humano valora aquello que comunica; y más aún, si se trata de información de suma privacidad; tal como puede ser aquella que por propia elección elige compartirla solo con algunos amigos íntimos, etc.; por lo que, los terceros extraños no podrán interferir o permanecerán al margen de dicho intercambio comunicativo. Estas comunicaciones privadas hoy se viabilizan por medio de las actuales redes teleinformáticas, o sea, las efectuadas por medio de un celular como los iMac, iPod, iTunes, iPhone, iPad, etc. ("¿Sabes que significa la i de iPhone o iMac?"); los cuales permiten realizar mensajería instantánea, llamadas telefónicas, enviar correos electrónicos; o también, interactuar por medio de las múltiples redes sociales virtuales, por ejemplo; Facebook, WhatsApp, Twitter, etc. Pero, esta nueva forma de comunicación virtual tristemente es susceptible de ser interceptada (screen) por terceros dolosos quienes utilizando las redes sociales las colocan a la vista de millones de fisgones, vulnerando la intimidad y el honor de usuarios incautos, ejemplo; el caso mediático, Sheyla-Advíncula, en el cual un tercero interceptó o chuponeó las conversaciones, fotos y videos íntimos de ambas personas y haciéndolas virales; esta trivial información sobrepasó el simple interés convirtiéndose en una situación del morbo social y dejando de lado y restando importancia y valor a la intimidad o privacidad (Perú 21, "Sheyla Rojas en chat donde habla sobre Luis Advíncula: A este tenemos que sangrar". En: <https://peru21.pe/espectaculos/local/sheyla-rojas-sobre-luis-advincula-tenemos-que-sangrar-pasajes-plata-paseos-y-atraco-video-noticia/>. Lima-Perú, 01 de junio de 2020)

c. El derecho a la salvaguarda de los datos personales.

Se entiende datos personales como la información sobre las cualidades sustantivas de una persona física viva, a través de la cual se la puede identificar, individualizar y diferenciar respecto de otras; por ejemplo: nombre y apellidos, dirección domiciliaria, dirección de correo electrónico (nombre.apellido@empresa.com), el número del DNI, datos de localización del teléfono móvil, dirección de protocolo de internet (IP), identificador de cookies, identificador de la publicidad de un teléfono, datos reservados sobre la salud, etc. ("Qué son los datos personales", Comisión Europea); estos datos son protegidos por medio de la garantía constitucional del habeas data. De esta forma, el presente investigador se pregunta aquí sobre el abuso de mensajes constantes por parte de empresas privadas o públicas las cuales envían noticias o avisos al buzón del celular personal sin consentimiento del propietario; por lo que, para esto se ha tenido que averiguar los respectivos datos personales; ejemplo de este tipo de empresas mensajeras sería: INDECI y otras entidades del Estado, Movistar, etc.

d. El derecho a no sufrir injerencia corporal contra la voluntad de la persona.

El cuerpo humano como ente somático, es decir; vehículo de comunicación del alma con el otro, es sujeto de privacidad. En atención a esto, se identifican ámbitos de intimidad; como son: el pudor y la información sobre intervenciones corporales médicas. Precisamente, sobre el pudor; Felipe Pou refiere que una de las formas más graves de vulnerar la dignidad es forzar a las personas a mostrar lo más íntimo (desnudez) de ellas, en otros términos, exponerle ignominiosamente a la vista de terceros; pues esta circunstancia física es signo del misterio que la envuelve y desea mantener en total secreto, tal es así que, la desnudez corporal es una de las primeras formas de manifestación de la intimidad (Pou Ampuero). El presente investigador trae a colación el bullying virtual (entre parejas tóxicas, juegos entre adolescentes, etc.) donde la parte afectada es sujeto de chantaje en caso se le haya hurtado cibernéticamente algunas fotos privadas. En lo que respecta a intervenciones corporales; se debe tener presente que las diligencias de investigación civil, penal y familiar; han de realizarse con suma prudencia pues la falta de profesionalismo ético afectarán los derechos fundamentales; por ejemplo:

trámites sobre el ADN, violación sexual de menores o de personas adultas, accidentes de tránsito grave, etc., los cuales deben permanecer en la absoluta reserva de los afectados; cabe aquí citar la investigación iniciada por SUSALUD respecto de la publicación de imágenes registradas desde el Hospital Casimiro Ulloa y compartidas indiscriminadamente en Facebook sobre el presunto suicidio del Líder Aprista, Alan García Pérez y el escarnio público y político de parte de los opositores y enemigos del expresidente (Stefhany Eugenia Saenz Ballardó. 17 de abril de 2019. "Su salud lamenta difusión de presuntas fotos de Alan García en plena operación". *"El Correo"*. Recuperado de: <https://diariocorreo.pe/politica/susalud-lamenta-difusion-de-presuntas-fotos-de-alan-garcia-en-plena-operacion-foto-882185/>).

e. Otros aspectos.

En concordancia con lo anterior se coligen otras líneas de protección intangible; como son: 1. Los derechos sexuales; por ejemplo, la prohibición absoluta frente al hostigamiento o abuso sexual, la salvaguarda de las hoy llamadas preferencias sexuales. 2. La titularidad de los datos genéticos y la no manipulación de los mismos con fines poco éticos; como sucede en las aseguradoras o con los exámenes de salud requeridos en las contrataciones laborales. c. El respeto a la manifestación negativa de los familiares en relación a la intervención del cadáver; y finamente, d. No ser vigilado en el ambiente íntimo, privado o en lugares públicos mediante aparatos tecnológicos como las videocámaras; por ejemplo, el caso peculiar en el cual un dron registró los actos íntimos de una pareja en la cúpula de una Iglesia publicados en la red social Facebook siendo escarnio de todo el mundo ("El Blog". 29 de junio de 2016. Drone capta a pareja teniendo relaciones sexuales en la cúpula de una iglesia. Recuperado de: <https://www.facebook.com/elblogsv/posts/1159745050735424/>. Visitado 15 de abril de 2020).

2.2.1.4. Límites al derecho a la intimidad.

En principio, por doctrina constitucional; se conoce que los derechos no tienen carácter absoluto, por ende, el derecho a la intimidad es susceptible de ser limitado; esto es, en aras del anhelado principio de equidad (respeto, igualdad, justicia) y del bienestar general o bien común; en caso de presentarse alguna

contienda con otros derechos o bienes públicos (libertad de expresión o información, orden, salud o seguridad nacional, etc.), el justo interés o conveniencia personal de la privacidad debe ceder a la sentencia prudentemente decidida del operador jurídico bajo los parámetros del principio de ponderación; y por tanto, es permisible la imposición de restricciones debida y claramente descritas por ley especial; empero, se debe tener en cuenta que en ámbito constitucional este tópico comporta un intervalo gris e indefinido pues se trata de un espacio propiamente subjetivo de carácter espiritual (Volpato, 2016); dicho esto, se enumera algunas restricciones:

a. A causa de una decisión judicial.

Es decir, si el comportamiento privado de una persona de a pie tiene como consecuencias el agravio al bien ajeno o público; entonces, en vista de la moral y el orden normativo, es factible la injerencia judicial debidamente motivada en el ámbito privado de una determinada persona; por ejemplo, en caso de fraude tributario; la autoridad competente podrá investigar las cuentas bancarias de quien cause perjuicios a terceros de buena fe o al fisco estatal (art. 7 del Código Civil Español).

b. La libertad de expresión e información como elemento esencial de la democracia.

Conociendo de antemano que los ciudadanos tienen derecho a recibir de los medios de difusión social, información veraz e imparcial sobre asuntos de relevancia pública o política; y a la vez, la libre expresión sin restricciones es fuente de la formación de la opinión pública libre; por tanto, se colige que el derecho a la libertad de expresión es vital como mecanismo de control y rendición de cuentas a los poderes y funcionarios públicos para la construcción de un sociedad democrática; por tanto, en ocasiones, es permisible legalmente la limitación o intromisión en el derecho de la privacidad de los funcionarios públicos en circunstancias que implique investigaciones respecto de la correcta administración de los bienes públicos (Pueblo, 2000) .

c. El abuso del derecho.

Tanto en el art. 29, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) como en el art. 17 de la Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH); se señala que, en el ejercicio de los derechos y disfrute de las libertades personales;

como, por ejemplo, del derecho a la intimidad; aquellos están sujetos a limitaciones o restricciones establecidas claramente por ley, con el fin de preservar, no menoscabar ni destruir los derechos y libertades ajenas así como respetar la moral, el orden público y el bienestar general.

d. La seguridad internacional por motivo de terrorismo.

A razón del uso doloso de la tecnología virtual por parte de algunos grupos fundamentalistas de corte islámico para extender las redes de terror utilizando el Internet (redes sociales) para captar adeptos en la Unión Europea o EE. UU.; los países han tenido que mejorar los niveles de seguridad cibernética a nivel global; en consecuencia, la simple vigilancia interna tradicional a cargo de los policías ya no basta, es necesario, una fusión policía-ejército para enfrentar estos ataques. Por ende, con fines de seguridad nacional se ha establecido el seguimiento o vigilancia virtual (espionaje electrónico o carnívoro) para poder identificar en el mundo virtual de las Redes a estas personas; lo que acarrea, indirectamente, la invasión legal de las comunicaciones privadas de personas inocentes. Este tema no ha sido ajeno en el Perú; y recientemente, el Servicio de Inteligencia de la Policía (Digimin) capturó a Brian Eugenio Alvarado Huari quien presuntamente sería un lobo solitario del ISIS; es decir, un seguidor de este grupo terrorista que mantiene comunicación por intermedio de las redes sociales siendo adiestrado para cometer actos extremadamente violentos en el país donde se encuentre (Ávila & Sausa).

e. La video vigilancia pública como medida de seguridad.

Hoy con motivo de salvaguardar la propiedad privada, la seguridad vecinal o evaluar el buen desempeño de los trabajadores de una determinada empresa; bajo parámetros legales se han instalado cámaras de video vigilancia con el fin de captar y tratar imágenes para garantizar la protección de los bienes, las personas o la eficiente producción de una empresa. Sucede, sin embargo, que, las video cámaras colocadas en las calles no solo registran hechos sobre un determinado acto delictivo o de individuos implicados; sino que, en la misma grabación se registran actividades cotidianas (privacidad) de personas comunes (sin consentimiento) en post del orden y bienestar social.

2.2.1.5. Marco normativo sobre el derecho a la intimidad.

En esta parte de la investigación, importa la necesaria fundamentación en la normatividad comparada y nacional respecto al derecho a la intimidad con el fin de consolidar el tema en estudio. Empero, la citada normativa de los países de México, Colombia y nacional es de modo referencial, en el sentido que, en la mayoría de países sudamericanos aún no existe un ordenamiento legislativo sólido, concreto y ordenado a nivel de cada estado; como sí es verificable en la Unión Europea - entre ellos España – sobre asuntos para dirimir conflictos sobre derechos personalísimos (privacidad, datos personales) vs. la libre expresión en el Internet y las redes sociales. Las normas y condiciones de las redes sociales, en este caso Facebook; en la mayoría de ocasiones ostentan superioridad sobre la soberanía de muchas naciones respecto a la libre expresión y privacidad de los usuarios. En los siguientes acápites se transitará en ello.

2.2.1.5.1. Normatividad comparada.

2.2.1.5.1.1. El derecho a la intimidad desde documentos internacionales.

Se trae a colación algunos documentos de índole internacional los cuales servirán a coadyuvar al mejor entendimiento de la presente tesis. Así se tiene:

a. Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

Este paradigmático documento ha recogido en el art. 12, el derecho a la vida privada y familiar y sucedáneos; así, en este texto se afirma que: *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”*. En este *contexto de las nuevas tecnologías*; es de vital transcendencia la defensa del derecho a la vida privada y lo que él comporta, sentado líneas arriba; y en esta vía, en la *“Declaración Universal, Versión comentada”* se afirma que el derecho a la vida privada es un “derecho relativo” pues este se efectiviza en una sociedad siempre cambiante, sin embargo y por tanto, es importante que los entes públicos y privados promuevan y creen instrumentos adecuados para garantizar por medio de leyes especiales el respeto de todo aquello que concierne a la privacidad personal; y por ende, en caso de requerir ingresar en la vida privada por razones de seguridad nacional, orden o salud pública; se debe cumplir los medios legales indispensables para mantener el orden constitucional y

democrático. En este iter, se hace hincapié; que, en el último decenio se ha normalizado el modo de obtención y uso ilegal de información privada respecto de personajes públicos o particulares; con solo fines de revanchismo político o de crear escándalo mediático para desacreditar moralmente al individuo; información irrelevante que además es publicada a través de las redes sociales y recibida por millones de usuarios fisgones. En suma, estos actos fraudulentos resultan atentatorios contra el derecho a la intimidad de toda persona y sabiendo de antemano que el art. 17 del CEDH, prohíbe el abuso de cualquier derecho (COPRODEH, 2011). En opinión del presente investigador, el avance de la tecnología ha implicado el acaparamiento mediático de las redes sociales por empresas multinacionales; y más con el efecto pandemia, el Estado en colusión con empresas digitales y con la excusa de la defensa de la salud pública general está vulnerando la intimidad virtual de los usuarios para poder ubicarles (rastrearlos) por motivos de salud; sin embargo, como se ha comprobado en los EE. UU., tal información de datos personales es utilizada para realizar e influir en las encuestas presidenciales (Álvarez , 2020).

b. Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (1950).

Siguiendo el espíritu de la Declaración Universal; este Convenio refiere, tanto en el art. 8.1: *“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”*, así como en el art. 8. 2.: *“No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”*. Estos artículos denotan, el anhelo profundo de una sociedad netamente democrática -de las post guerras- y, por tanto, el compromiso irrestricto por la protección del derecho a la privacidad contra el funesto poder injerencista de los estados totalitarios; esto se concretiza bajo el sumo respeto del principio de reciprocidad de los Estados. En términos del siglo XX, es crucial la salvaguarda de este derecho frente al acrecentamiento del poder tecnológico adquirido por los

Gobiernos; como, por ejemplo, es el caso del estado autoritario chino, el cual de manera indiscriminada y más que abusiva, controla a los ciudadanos con sofisticados aparatos de tecnología digital; tal como lo afirma el sociólogo Paul Mozur, en el artículo *“El autoritarismo chino se basa en la alta tecnología” en la “New York Time”* (Paul Mozur. 13 de julio de 2018. “El autoritarismo chino se basa en la alta tecnología”. *“New York Timen”*. Recuperado en: <https://www.nytimes.com/es/2018/07/13/espanol/china-reconocimiento-facial.html>).

c. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/2007).

Este importante texto desarrolla el respeto por el derecho a la vida privada en el art. 7; mediante el cual se afirma: *“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y comunicaciones”* y en el art. 8, se prescribe: *“1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal para fines concretos y sobre la base del consentimiento...3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de carácter independiente”*. A tenor de lo ya prescrito anteriormente; la Dra. Araceli Mangas refiere que al hacer acotación sobre las comunicaciones denota más amplitud en relación al término tradicional correspondencia, pues, es un vocablo acorde al adelanto tecnológico que va experimentando la sociedad como es el caso de términos como correspondencia telefónica, correo electrónico y recientemente datos personales (captación, almacenaje y reproducción); asimismo, este artículo ha de ser leído en orden a la *Directiva 95/46/CE*; en la cual se establecen las condiciones y límites en lo concerniente al debido tratamiento de la privacidad de los datos personales; no solo a nivel de personas naturales sino también jurídicas; esta administración se dará en base a la buena fe de las partes; si y solo si, el sujeto oferente (afectado) haya manifestado el permiso debido, adecuada y pertinentemente para el registro, conservación, modificación, transmisión, supresión, destrucción, etc. de los datos propios; y siempre respetándose el fin para el cual fueron proporcionados, acorde con la ley y autoridad particular (Mangas Martín, 2008)

d. Convención Americana de Derechos Humanos (1969).

Dentro de esta bibliografía; no podría no hacerse mención a este documento crucial; cuyo art. 7; asienta: “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 o a su reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques*”. Desde la experiencia jurisprudencial de la Corte Interamericana, se debe tener en cuenta que, la primera sentencia sobre este derecho se resolvió en el *Caso Gómez Paquiyauri vs Perú en el 2004*, el caso se inicia con la revisión de la tortura y ejecución extrajudicial de dos menores a manos de policías, aquellos fueron acusados y nominados como terroristas; sin embargo, posteriormente; fueron los representantes de las víctimas quienes alegaron estigmatización contra los familiares de estas frente a la sociedad -discriminados y rechazados públicamente-; constituyendo este tipo de accionar una afrenta ilegal contra la honra y reputación de aquellos; además a esta vulneración se agregó haber padecido *injerencias abusivas en su hogar y vida privada*. La Corte Interamericana, en sendas jurisprudencias sobre el derecho a la intimidad, afirma que, el domicilio -familiar- es el espacio natural en el que libremente –íntimamente- se desenvuelve el individuo, alcanzando de propia decisión el proyecto de vida trazado para sí mismo; y en razón de esto; tal espacio ha de quedar inmune de toda injerencia o agresiones abusivas –contra la propiedad privada y la persona física- por parte de la autoridad pública o terceros extraños. Asimismo, en razón de la injerencia contra la correspondencia se ha dejado señalado que, las conversaciones telefónicas e independientemente del contenido (*Caso Escher y otros vs Brasil*) se circunscriben dentro de este espacio - exclusividad de los comunicantes- por lo cual han de meritar el respeto máximo por parte del Estado y por tanto, la prohibición de la interceptación ilegal y más aún la *divulgación de diálogos de carácter con secreto profesional*, por lo que la valuación en casos de contienda entre derechos ha de estar normadas para los parámetros del *test de proporcionalidad* idoneidad, necesidad, estricta proporcionalidad. A crítica del *presente investigador* tal test dictaminado por la Corte Internacional; resulta subjetivo, pues, siempre se identificará un tinte político en el mismo; más aún si se trata de contiendas entre

personas públicas de partidos opositores; de derecha vs izquierda (Steiner y otros, 2014).

2.2.1.5.1.2. Tratamiento del derecho a la intimidad en España, Colombia y México.

2.2.1.5.1.2.1. En España.

a. En la Constitución Española.

En este ítem, el doctor Francisco Balaguer, comentando el art. 18, de la Constitución Española, el cual; dicta: “1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”; señala que, la secuencia del hilo conductor del presente artículo ha sido redactado a la luz de documentos internacionales citados anteriormente; como son el art. 12 de la DUDH, el art. 17 del PIDCP, el art.8 del CEDH, el art. 7 y 8. de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea entre otros. (Balaguer Callejón, Cámara Villar, Balaguer Callejón, & Montilla Martos, 2011) . También, según del Dr. Enrique Álvarez; el derecho a la intimidad tiene como fin la protección de un ámbito exceptuado o a salvo de injerencias e interferencias de extraños, situación que, permite el desarrollo de una mínima, libre e tranquila calidad de vida. En esta perspectiva, sin embargo; en razón de la *Sentencia española 231/1988*, se señala que el derecho a la intimidad no solo implica el espacio personal o individual, sino de manera correlacional y amplia se extiende a los familiares con los cuales se posee un vínculo cercanísimo, pues ellos influyen puntualmente en el desarrollo del mundo psico-bio-social de la persona; y, como se ha señalado en senda jurisprudencia, este derecho va a realizarse de manera plena en el domicilio del titular; los vehículos o caravanas, aún las habitaciones del hotel; y además, podría ser considerado dentro de este ámbito, el domicilio dentro de una empresa particular, de allí que pudiera ser aplicado este derecho domiciliar al ámbito de las personas jurídicas. (Álvares Conde & Tur Ausina, 2013). Por ende, han de protegerse de terceros –públicos o privados- y con igual rigor; las comunicaciones

y la identidad de los particulares como el contenido que importa o incumbe solamente a ellos, por lo que, queda proscrita toda interceptación por medios técnicos o no; además, y debido al adelanto de la tecnología pueden ser consideradas hoy como comunicaciones; la mensajería por celular, el correo electrónico o el chat, etc.

b. En la Legislación Especial Española.

La protección de los derechos de la personalidad está regulada por la *Ley Orgánica (LO) 1/1982*, del 5 de mayo, cuya última modificatoria data del 23 de junio de 2010; comprende la tutela civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. De este modo, el art. 7 de la citada; detalla precisamente ocho modos de intromisión ilegítima contra estos derechos, sin especificar de manera determinada la vulneración particular sobre cada uno de ellos; pues, estas pueden ser aplicables a tales derechos; estos de manera literal son: “1. *El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.* 2. *La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.* 3. *La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.* 4. *La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.* 5. *La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo.* 6. *La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.* 7. *La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.* 8. *La utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, o la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de la dignidad de las víctimas”* (Ley N.º 1-1982. “Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen”. 14 de mayo de 1992. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. España. Recuperado de: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1982/05/05/1/con>).

2.2.1.5.1.2.2. En Colombia.

a. En la Constitución Colombiana.

A tenor de Marco Celis; el 1er párrafo del art. 15, de la Constitución Colombiana establece, que: *“Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas...”*. En la redacción de este párrafo constitucional se identifica la presencia de derechos similares, tales como; el derecho a la intimidad, el derecho al buen nombre y el derecho (garantía) al habeas data. Así, el derecho a la intimidad -*Sentencia C-602-2016*¹- vendrá a ser el reducto de máxima libertad del hombre -individual y familiar- para actuar sin injerencias arbitrarias frente a ajenos particulares o poderes públicos, sin embargo; será el mismo Estado, el llamado de manera primigenia a crear el ambiente propicio para salvaguardarla. En el ámbito de los datos personales, señala que la garantía constitucional del Habeas Data es la óptima para solicitar la reparación frente a una fehaciente vulneración o para el simple propósito de retirar una amenaza latente de daño respecto a la protección de datos personales (Celis Quintal) . A colación de esto; Ayolany Valencia; añade: *“la protección del derecho a la intimidad no solo se refiere a la comunicaciones o informaciones privadas, sino también a las cualidades, situaciones y actuaciones propias del individuo y que no son relevantes para terceros que afectan su identidad de manera íntima o llegan a aspectos sensibles de su sentir, pensar y ser”* (Valencia Giraldo, 2016) .En consonancia con esto; Manuel Bautista indica que, el legislador ha establecido tres atribuciones que concretizan la protección al derecho a la intimidad a favor del titular por medio del Habeas Data, éstas son: *conocer, actualizar y rectificar* cualquier información (pública, privada, semiprivada, reservada) en la base de datos del beneficiario otorgado a un tercero para la respectiva administración sean de carácter público o privado (*Sentencia C-602-2016*). (Bautista Avellaneda, 2015).

¹ STC C-602/16 del 2 de noviembre de 2016. Bogotá D. C. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-602-16.htm>. Visitado el 24 de mayo 2020.

b. En la Legislación Especial Colombiana.

En cuanto a la legislación especial colombiana se trae a citación dos leyes que a opinión del investigador coadyuvan al presente trabajo; estas son:

b.1. Ley N.º 1010-2006.

La cual protege a los trabajadores del acoso u hostigamiento frente a terceros en el ambiente laboral; cuyo art. 2, indica que existen expresiones de carácter degradante o ignominiosa capaces de dañar la integridad moral, el derecho a la intimidad y buen nombre de la persona (Ley N.º 1010-2006. “Ley por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo”. 23 de enero de 2006. Diario Oficial. Colombia. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1010_2006.html).

b.2. Ley N.º 1581-2012.

La misma que protege el tratamiento de datos personales y en el art. 5 y 6, se señala que, el tratamiento indebido de los datos sensibles de una persona determinada puede traer como consecuencia la discriminación de la persona en razón de la raza, tendencia política, religiosa o filosófica, sindicato de pertenencia, la salud, la vida sexual y los datos biométricos con fines específicos (Ley N.º 1581-2012. “Ley por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales” 18 de octubre de 2012. Diario Oficial. Colombia. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1581_2012.html)

2.2.1.5.1.2.3. En México.

a. En la Constitución Mexicana.

Antes que todo, a voz de Amalia Cobos se afirma que, el derecho a la intimidad no es un derecho registrado de manera expresa, sino prescrito como un derecho limitante a la libre manifestación de las ideas (libertad de expresión y/o información) que poseen las personas. Así, en el 1er párrafo del art. 6, se indica, que: “...no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros...”. Asimismo, se añade: “...II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes.”. Como es de entrever, tanto el derecho a la vida privada como el del de datos personales serán protegidos por ley especial; el mismo modo,

en el art. 7, respecto del derecho a la expresión, se va a reiterar el límite prescrito por el art. 6. Igualmente, en el art. 16, se señala: *“Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito por autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento... Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales... Las comunicaciones privadas son inviolables... En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley... Exclusivamente la autoridad judicial federal... podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada... La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro y su violación será pena por la ley”* (Cobos Campos, "El Contenido del Derecho a la Intimidad, Cuestiones Constitucionales", 2013).

b. En la Legislación Especial Mexicana.

En esta línea, existe variada ley federal especial al respecto; de las cuales se ha traído a citación las siguientes:

b.1. Ley Federal de Protección de Datos Personales en posesión de los Particulares (2010).

En cuyo art. 1, se especifica que la finalidad de la presente es *“garantizar la privacidad”* y el *“derecho a la autodeterminación informativa de las personas”*. De igual manera, en el art. 3, se describe que la vulneración o amenaza de los *“datos personales sensibles”* -información más íntima- acarrea discriminación o grave riesgo (*“Ley federal de protección de datos personales en posesión de los particulares”*. 5 de julio de 2010. Diario Oficial de la Federación. México. Recuperado de: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPDPPP.pdf>).

b.2. Reglamento de la Ley federal de transparencia y acceso a la información pública gubernamental (2003).

Aunque este reglamento se refiera al tratamiento de datos personales; en el art. 47, indica que serán las dependencias y entidades -sean públicas o privadas- las garantes de la *“protección de los derechos de los individuos, en particular; a la vida privada y a la intimidad”* (*“Reglamento de la ley federal de transparencia y acceso a la información pública gubernamental”*. 11 de junio de 2003. Diario Oficial de la Federación. México. Recuperado de: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LFTAIPG.pdf)

b.3. Declaración de Cancún.

En cuyo considerando N.º 5, los Estados firmantes se comprometen a salvaguardar la seguridad digital y la privacidad en el más alto grado de protección frente a la libertad de expresión para permitir una mayor prosperidad económica (“Declaración Ministerial sobre la economía digital: innovación, crecimiento y prosperidad social”. 23 de junio de 2016. OECD. México. Recuperado de: <https://www.oecd.org/sti/ieconomy/Digital-Economy-Ministerial-Declaration-2016-ESP.pdf>.).

b.4. Ley de Gobierno Electrónico de la Ciudad de México.

En el inc. 4 del art. 3 sobre el principio de la privacidad se afirma que las dependencias del Estado deberán respetar *“la información personal de los usuarios o ciudadanos en el uso de las comunicaciones electrónicas”* y en lo que se refiera al tratamiento de datos personales (“Ley de gobierno electrónico de la Ciudad de México”. 07 de octubre de 2015. Gaceta Oficial del Distrito Federal. México. Recuperado de: http://www.paot.org.mx/centro/leyes/df/pdf/2018/LEY_GOBIERNO_ELECTRONICO_26_02_2018.pdf).

En suma, dado el adelanto tecnológico del derecho a la intimidad (privacidad), el mismo ha venido a formar parte esencial de las comunicaciones - intimidad virtual- y se percibe, por tanto, que, la legislación comparada está en camino a una nueva adaptación del derecho en comento.

2.2.1.5.2. Normatividad Nacional.

2.2.1.5.2.1. En la Constitución Nacional.

a. Conceptualización Constitucional.

Desde una interpretación; al 1er párrafo, del inc. 7, art. 2, de la Constitución Peruana, continente el derecho en comento, se prescribe que: *“Toda persona tiene derecho al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias”*, a opinión de Luis Ganoza, definir el derecho a la intimidad resulta complejo en razón de ser un concepto variable y de difícil circunscripción debido al cambio constante de la realidad social y hoy; amenazado por el avance indiscriminado de la tecnología, sin embargo, si se quisiera realizar una limitación conceptual, ella podría abarcar: las creencias religiosas, filosóficas y políticas, así también determinados aspectos de la vida amorosa y sexual de las personas,

situaciones embarazosas de la vida familiar, defectos, anomalías físicas o psíquicas no ostensibles, las afecciones a la salud en función de su vida social o profesional, los comportamientos privados que conocidos por terceros vulneraría la reputación o buena fama, así como cualquier hecho, dato o actividad que provoque la turbación moral o psíquica de la persona, etc. (Ganoza, Valle-Riestra, Herrero Pons, & Ángeles Gonzales, 2011). En esta línea constitucional, Valle-Riestra, citando a Fernández Sessarego, definirá el derecho a la intimidad como *“la respuesta jurídica al interés de cada persona de lograr un ámbito en el cual pueda desarrollarse, sin intrusión, curiosidad, fisgoneo, ni injerencia de los demás a aquello que constituye su vida privada, es decir, es la exigencia existencial de vivir libre de cualquier perturbación e indebido control, vigilancia y espionaje”* (Ganoza, Valle-Riestra, Herrero Pons, & Ángeles Gonzales, 2011). Además; en esta misma perspectiva; el operador constitucional no hará referencia solo a la privacidad desde el sentido de la sola persona física, la cual se desenvuelve en un espacio real; sino que tal prerrogativa se extenderá, como lo indica el 2do párrafo del inc. 6 del art. 2: a que *“...los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren información que afecte la intimidad personal y familiar”*; de esto se corrobora que, el contenido del derecho a la intimidad se va a ampliar hacia *el campo técnico virtual*; en el sentido que, tal como lo anuncia José Quiroga; ahora serán los datos personales vertidos en el Internet (redes sociales, páginas web, blogs, etc.) aquellos que trasladarán o encarnen una nueva forma de derecho a la intimidad (o privacidad) los cuales deberán ser protegidos respecto de terceros inescrupulosos quienes mediante programas de indexación utilizan o tratan tal información personal (datos) sin el consentimiento del internauta para provecho propio o causar daño a los usuarios mediante la publicación de tales contenidos; los cuales resultarían en atentado contra el derecho de los mismos, por lo que hoy, sería necesario el auxilio del famoso *derecho al olvido*, por medio del cual el usuario pueda eliminar información que de manera voluntaria o no; proporcionó al mundo virtual (Quiroga León).

b. Una definición desde el Tribunal Constitucional.

A este nivel de la investigación, se verifica que el Tribunal Constitucional (TC) ha optado por la nomenclatura terminológica española (intimidad, vida privada, confidencialidad) es decir, el derecho en comento será nominado preferentemente

como derecho a la vida privada; esto se deduce de la descripción de la página web actualizada al año 2020 (Tribunal Constitucional Peruano. “Derecho a la vida privada”. Jurisprudencia relevante. Recuperado de: https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/principal-jurisprudencia/?tema=derecho_a_la_vida_privada&action=categoria) aunque de variada jurisprudencia se percibe una denominación alterna entre derecho a la intimidad o derecho a la privacidad.

El TC ha definido este derecho en variadísima jurisprudencia; en la *Sentencia N.º 06712-2005-HC/TC*² ha descrito la vida privada como el ámbito personal, independiente y exclusivo del ser humano, en el cual se va realizando de propia decisión el proyecto de vida trazado; en otras palabras, sin la interferencia de terceros. Esta intimidad estaría constituida por los datos, hechos o situaciones de carácter personalísimo; que a voluntad del propietario puede decidir o no compartir con otras personas, sean estos; familiares, amigos, colegas, profesionales, etc.; aunque dicha manifestación autónoma no produce la pérdida de tal carácter. Sin embargo, la divulgación a terceros extraños sin el permiso debido del individuo, acarreará daños en diverso grado; entre ellos el menoscabo de la reputación. De esta definición se puede afirmar, que el TC ha optado por la Teoría del “right to privacy” al recalcar de manera puntual el reducto privadísimo del derecho a la intimidad.

A la par, el Tribunal no solo circunscribe la privacidad a la soledad, paz, y tranquilidad individual ajena a terceros; sino, amplía tal concepto hacia el punto de vista económico; por ello, en la *Sentencia N.º 0004-2004-AI/TC*³ se afirma que, tanto el secreto bancario como la reserva tributaria proporcionan al individuo –persona física o jurídica- el aseguramiento de la confidencialidad de las propias transacciones bancarias; las cuales forman parte de la *bibliografía económica* del sujeto, que de llegar a conocerse por extraños (administración pública o privados, sin el interés y procedimiento legal debido) colocaría al individuo o persona jurídica en estado de riesgo respecto de la seguridad e integridad privada; por ejemplo; es

² STC 06712-2005-HC/TC del 17 de octubre de 2005. Perú. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.pdf> . Visitado el 1 de junio 2020.

³ STC 0004-2004-AI/TC del 21 de septiembre de 2004. Perú. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00004-2004-AI%20Admisibilidad.html> . Visitado 3 junio de 2020.

sabido en nuestro medio de muchos delitos perpetrados por bandas criminales (marcas) en las agencias bancarias, siendo los mismos trabajadores de entidades financieras o bancos los cuales interceptando las operaciones de los usuarios, invaden el respectivo espacio privado -datos personales- de aquellos para posteriormente concretar planes delincuenciales; vulnerando el derecho de la privacidad preservado a tenor del 2do párrafo del inc. 5 del art. 2, de la Constitución. Se aclara, sin embargo, que esta circunstancia económica de privacidad no forma parte del contenido esencial del derecho.

c. El contenido del derecho a la intimidad.

Al respecto, en orden al derecho en análisis; el TC ha señalado en la *Sentencia N.º 0004-2004-AI/TC* que el contenido está relacionado con todo aquel dato, hecho o situación cuya vulneración produciría en la persona afectada consecuencias de excesiva e irreparable aflicción psicológica. De esta manera, el grado de daño, agresión y afrenta al contenido protegido; es tal, que, a evaluación y consideración del solo individuo merece en justicia una reparación moral, psicológica y económica. *Moral*, pues comporta la reputación del sujeto frente a la opinión pública y por tanto, la relación saludable con ésta; *psicológica*, pues por lo general, tales daños acarrearán posteriores depresiones, crisis de ansiedad en quienes se ven afectados y por ende, una difícil inclusión en la sociedad; y finalmente, *económica*; en el sentido que aunque el daño contra este derecho sea de facto irreparable, una especie de paliativo podría darse por medio de una cantidad, que a opinión del investigador - en la actualidad – debería estar en manos del individuo, pues, es él quien al final valora el daño, el juez no siempre logra percibir o cuantificar de modo prudente la afectación padecida

2.2.1.5.1.2. En la Legislación Especial.

En este ítem, las leyes peruanas no son ajenas a esta confrontación existente entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad en la red social Facebook en el Perú, sin embargo, se ha de aclarar que al momento de la dación de la mayoría de estas; el universo complejo de las redes sociales no poseía el alcance que hoy por hoy se verifica a nivel internacional, es decir, la tecnología virtual ha variado velozmente año tras año; en consecuencia, conocer algunas de

las leyes especiales tradicionales servirá a una mejor fundamentación de la presente labor investigativa, pero es necesario una actualización de las mismas; igualmente, se tiene:

a. En el Código Civil Peruano.

El Código Civil protege el derecho a la intimidad tanto en el art. 14, el cual sentencia: *“La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona...”* como en el art. 16, que prescribe: *“La correspondencia epistolar, las comunicaciones de cualquier género o las grabaciones de la voz, cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar, no pueden ser interceptadas o divulgadas sin el asentimiento del autor y, en su caso, del destinatario...”*. Según Juan Morales, en razón del art. 14; este derecho otorga al individuo la capacidad de poder controlar información que considera de carácter privado; por tanto, exclusivo de la propia persona y ajeno al conocimiento de terceros extraños o desconocidos; es decir, el sujeto tiene derecho a desarrollarse en tranquilidad, soledad y paz sin ser molestado en la intimidad por terceros con acciones que impidan o perturben ese sentido de libertad plena que le otorga tal derecho. Esto es, la persona solo podrá alcanzar la realización anhelada siempre y cuando goce de plena autonomía para decidir libremente frente a situaciones de trascendencia que se le presenten; y, consecuentemente, desarrollarse plenamente en la vida de sociedad, pero antes; partiendo desde la plena individualidad. Asimismo; ya que los derechos en general no son “absolutos” se deduce así, que es permisible la divulgación de situaciones de carácter privado por terceros, siempre y cuando conste expresa o tácitamente; el consentimiento del titular (Morales Godo, "Control de la información de la vida personal y familia" En "Código Civil comentado por los 100 mejores juristas", Tomo I, edit. Gaceta Jurídica). Asimismo, Saúl Coca –comentado el presente artículo– agrega que, el otro modo de ingresar de manera debida a este espacio, se efectiviza solamente cuando tal información es de prevaleciente interés social, o sea; aquel interés está referido a la consecución del anhelado bien común; sin embargo, en caso de fallecimiento serán los familiares más cercanos quienes consientan la divulgación de dicha información (Coca Guzmán).

Al mismo tiempo, el art. 14, ha de ser interpretado en conjunto al art. 16, el cual recalca; en consonancia con la normativa internacional de la post guerra

mundial, que terceros extraños sin la debida legalidad; no pueden tener intrusión, injerencia, interceptación y divulgación arbitraria en las comunicaciones privadas entre las personas, específicamente; epistolar, de cualquier género o grabaciones de voz; agregando de manera acertada que, aún el mismo destinatario de las mismas posee una compromiso legal de guardar en secreto y/o reserva -frente a aquellos- el contenido íntimo y/o confidencial; el cual se hubo compartido en un contexto de diálogo privado. De otro modo, Juan Morales detalla que el art. 16, protege todo tipo de comunicación privada, entendida como documentos, grabaciones de voz, o etc., a decir: "*cartas, memorias, diarios, correo electrónico; como también comunicaciones cablegráficas, telegráficas o telefónicas, etc.*"; con el detalle que estas sin tener carácter de absoluto podrán ser recogidas siempre y cuando se verifique un interés debidamente justificado de la sociedad como, por ejemplo: seguridad del Estado, desastres naturales, guerras, terrorismo, covid 19, y otros (Morales Godo, "Control de la divulgación de la correspondencia apistolar, grabaciones de voz y otras de cualquier género", En "Código Civil comentado por los 100 mejores juristas", 2014). En este contexto –a opinión del presente investigador- este artículo debe ser interpretado novedosamente a la luz del avance de las comunicaciones en la redes sociales; en razón que, estas poseen un reglamento interno de utilización; el cual coloca de por sí en estado de indefensión al usuario; pues, tal como se verá más adelante aquel ha sido redactado en verbos de corte abierto, pasibles de diversa y diferente interpretación y siempre a favor de la empresa virtual; más aún si fuera el caso de darse un conflicto de derechos, estos deberán ser remitidos como fin último hasta las Cortes de los EE. UU., lo que implica en sí un justicia utópica para el afectado.

b. Ley N.º 26775: Sobre el derecho de rectificación de personas afectadas por afirmaciones inexactas en medios de comunicación social (1997).

Esta ley; modificada por Ley N.º 26847 (Ley N.º 26847: Ley que sustituye artículos de la Ley N.º 26775 que estableció el derecho de rectificación de personas afectadas por afirmaciones inexactas en medios de comunicación social". 23 de julio de 1997. Diario Oficial El Peruano. Perú. Recuperado de: <http://hrlibrary.umn.edu/research/peru-Ley%2026847%20Modifica%20Ley%2026775%20derecho%20de%20rectiificacion.pdf>) describe el proceso y el derecho de rectificación en el Perú; el cual puede ser invocado por

toda persona física o jurídica que estime haber sido afectada o agraviada en su honor o reputación por afirmaciones inexactas o falsas propaladas a través de cualquier medio de comunicación (derechos comunicativos) y, por tanto, según el *fundamento jurídico N.º 5 de la Sentencia N.º 0829-98-AA/TC*⁴, este derecho tiene como propósito favorecer a la formación de una correcta opinión pública libre y además corregir informaciones no veraces o aquellas que “*hayan sido formuladas como consecuencia de la no observancia de una conducta razonablemente diligente para agenciarse de los hechos noticiosos que podrían ser objeto de información*” publicados bajo el sustento de la libertad de información; así, esta enmienda deberá realizarse de forma gratuita, inmediata y proporcional (2.º párrafo del inc. 7 del art. 2 de la Constitución).

De esta manera, en caso de darse una posible vulneración sobre aquello que el afectado considere se le haya causado daño; en el lapso de quince días contados desde la publicación gravosa; este o el representante legal podrá presentar una solicitud o requerimiento de rectificación por vía notarial u otro medio pertinente al director u algún encargado del medio causante (art. 2). Así las cosas, si se tratara de un órgano de edición o difusión diaria, por el cual se publicó el agravio; se deberá rectificarlo en un plazo de 7 días desde el momento en el cual se recibió dicha solicitud; y si se tratase de un órgano cuya publicación se realiza cada cierto tiempo, esté deberá enmendar la información inexacta o falsa en la siguiente edición a la cual se publicó aquella (art. 3). Además, se debe tener presente que la rectificación se limitará tan solo a las circunstancias divulgadas causantes de la afectación, esto es, circunscribirse a aquello que el solicitante haya presentado como datos, hechos o situaciones los cuales considera de carácter inexacto o inexistente, por lo que se considerará como no enmendada cuando en dicha publicación de rectificación se añada comentarios que generan otras dudas a la opinión social (art. 6).

Finalmente, el Proyecto de Ley N.º 4184/2018-CR (Proyecto de Ley N.º 4184/2018-CR. “Proyecto de Ley que establece los procedimientos civiles de rectificación y de sanción de las infracciones contra el honor”. 10 de abril de 2019. Congreso de la República del Perú. Perú. Recuperado de: https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Le

⁴ STC 0829-98-AA/TC, FJ N.º5 del 29 de septiembre de 1999. Perú. Recuperado de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2000/00829-1998-AA.html> . Visitado el 6 junio de 2020.

[gislativas/PL0418420190410.pdf](#)) presentado por la “Bancada Liberal” del último Congreso disuelto buscaba derogar completamente la presente Ley y con ello, la eliminación de los delitos contra el honor del Código Penal; estas transgresiones serían trasladadas al procedimiento civil; cuya exposición de motivos alega la existencia de amenazas contra la libertad de prensa. De la lectura de este proyecto, se logra percibir la tendencia de otorgar “suma libertad” a la libertad de expresión, proveniente de la jurisprudencia y doctrina de la Corte Internacional de Justicia de Derecho Humanos de Latinoamérica.

c. Ley N.º 29733: Sobre la protección de datos personales (2011).

Se analiza la presente ley pues los datos personales como la nomenclatura lo dicta; son de facto propiedad de la persona natural –aunque también jurídica-; *los cuales la identifican o la hacen identificable* ante los demás; más aún, en el contexto de la presente investigación, ya que toda información que el usuario vierte o introduce en Facebook es tratada como datos personales, y conforme al art. 18, de la presente, por tratarse de una red de comunicación electrónica el titular o usuario debe tener fácil acceso y comprensión sobre la política de privacidad que sustenta las condiciones de uso, situación que como se ha indicado líneas arriba no son en ningún modo un tanto favorables. En esta perspectiva, dentro de los datos personales se encuentran los *datos sensibles*; en otras palabras, aquellos que hacen referencia a la salud (física o mental), vida sexual, origen racial, étnico, ingresos económicos, tendencia política, religiosa, filosófica, afiliación sindical, etc. del titular, los cuales pueden ser transferidos -nacional o internacionalmente- a un determinado encargado para el debido y adecuado tratamiento y protección –por un tiempo necesario- de los mismos y solo para el fin para el cual fueron otorgados; teniéndose en cuenta la máxima seguridad y confidencialidad del secreto profesional para no perjudicar el derecho de la privacidad del titular (art. 2); en consecuencia, la obligación de confidencialidad debe ser acatada aún después de terminada la relación entre el titular y el encargado de tratamiento de datos y estos solo podrán ser “intervenidos o revelados” siempre y cuando medie el debido consentimiento, procedimiento legal pertinente (art. 13.4) o por razones de seguridad nacional (art. 17). Asimismo, la presente ley prohíbe la recopilación de

los datos personales a través de medios fraudulentos, desleales o ilícitos; esto es, debe ser realizada atendiendo a los parámetros del principio de legalidad (art. 4).

En último lugar, en caso de transferencia de datos sensibles, se requiere que el consentimiento del titular sea realizado expresa y claramente, es decir; por escrito (art. 13.6); por lo que, en el caso de no haberlo prestado tiene derecho a interponer oposición basado en motivos fundados y legítimos (art. 22) y, por ende, tendrá derecho a una indemnización correspondiente (art. 25 y art. 38.2.b); así pues, siendo el titular de datos personales el propietario de los mismos; y como lo regula el art. 20, aquel tendrá derecho a *poder actualizarlos, incluir nuevos datos, rectificarlos y/o suprimirlos* en caso se verifique la total o parcial inexactitud o estén incompletos; igualmente, podrá modificarlos o suprimirlos de propia voluntad cuando padezcan de algún error, falsedad o se hubiera omitido algún detalle relevante en los mismos, haya vencido el plazo de tratamiento o dejaron de ser necesarios o pertinentes a la finalidad para la cual fueron otorgados (Ley N.º 29733. "Sobre la protección de datos personales". 03 de julio de 2011. Diario Oficial El Peruano. Perú. Recuperado de: <https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/29733.pdf>).

d. Ley N° 27337: Código del Niño y Adolescente.

De un estudio reciente del año 2018 realizado por Microsoft en el Perú, se verifica que son las adolescentes las personas con mayor grado de vulnerabilidad en el Internet ya que constantemente reciben contactos no deseados, engaños o fraudes y mensajes de contenido sexual ("Adolescentes corren mayor riesgo de recibir contactos no deseados en redes sociales"). Dicho esto; en principio, de un análisis conjunto; la protección de la intimidad de los niños y adolescentes frente al uso de las redes sociales y sus consecuencias; está circunscripta implícitamente en el art. X del Título Preliminar; en lo concerniente al *principio del interés superior del niño y adolescente*; el cual guía y rige primordialmente toda medida y acción seguida por los organismos del Estado e instituciones privadas en favor de los menores.

De igual modo; el respeto al derecho a la privacidad de los menores está implícito en el art. 4, de la presente ley; pues, la sociedad ha de procurar en todo momento el bienestar integral (moral, psíquico y físico) del niño y adolescente y, por ende, la consecución del libre desarrollo integral de la personalidad (art. 6); situación

tal, que debe concretizarse en la pertenencia al seno familiar o en otro caso, en un ambiente adecuado (art. 8). En efecto, como se afirma en *fundamentos jurídicos N.º 18, 19 y 20 de la Sentencia N.º 01817-2009-PHC/TC*⁵; el niño, niña y adolescente podrán realizar el inicio del proyecto de vida propio siempre y cuando se desenvuelvan libremente sin la perturbación, fisgoneo o intromisión de terceros o extraños en la vida íntima y familiar y al amparo debido de los responsables legales. De igual manera, y sin discriminación; esta protección y cuidado deben ser brindado a los niños y adolescentes discapacitados (art. 23) y, por tanto; coadyuvar al pleno desarrollo de la propia personalidad.

Finalmente, en el art. 190, referido a las garantías del proceso; se describe que los datos personales de infractores pertenecientes a un proceso –por tanto, de carácter reservado- deben en todo momento estar protegidos, en consonancia con el principio de confidencialidad y el principio de privacidad; por ello, se ha de salvaguardar la imagen e identidad de los adolescentes frente a la intromisión de los medios de comunicación o terceros sin interés legal (Ley N.º 27337. “Ley que aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes”. 02 de agosto del 2000. Diario Oficial El Peruano. Perú. Recuperado de: <https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dga/nuevo-codigo-ninos-adolescentes.pdf>)

e. R.A. N.º 286-2018-CE-PJ: Protocolo de protección de datos, imagen e integridad en el Proceso Penal para niñas, niños y adolescentes.

En la perspectiva del punto anterior, en la justificación de este Protocolo, se verifica que el objetivo del mismo es que, los operadores de justicia (magistrados y servidores judiciales) salvaguarden los derechos fundamentales, en este caso intimidad, imagen e integridad etc. –datos personales- de los niños y adolescentes respecto de la sobreexposición y revictimización de estos, padecidos en procesos judiciales de índole diverso (art. 4.2). Así, en consonancia con ello, en el art. 5.2, se prohíbe expresamente la publicidad o publicación de cualquier información por parte de los magistrados o servidores, mediante las resoluciones o actuaciones judiciales -notificaciones- concernientes a todas las etapas del proceso; las cuales pueden den lugar a la individualización o identificación del niño o adolescente, por tanto,

⁵ STC 01817-2009-PHC/TC, FF.JJ. N.º 18-20 del 07 de octubre de 2009. Perú. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01817-2009-HC.pdf> . Visitado el 11 de junio del 2020.

atentar contra la vida privada de los mismos. Específicamente; se mantendrá en absoluta reserva los textos, fotos, videos, descripciones, narraciones, imágenes que hagan referencia a la dirección de residencia, centro de estudios y otros; en consecuencia, la revelación de la identidad del niño, niña y adolescente (art. 5.3).

Este protocolo no es ajeno a los riesgos actuales frente a la modernización de la tecnología comunicativa; por lo que, en el art. 5.4, invoca a los diversos medios de comunicación - imagen, prensa y comunicación- a evitar publicar de manera indebida información en páginas web o redes sociales respecto del niño, niña o adolescente inmerso en un proceso judicial en razón de la protección de su derecho al honor y reputación en la sociedad (R.A. N.º 286-2018-CE-PJ. “Protocolo de protección de datos, imagen e integridad en el Proceso Penal para niñas, niños y adolescentes”. 21 de noviembre de 2018. Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. Perú. Recuperado de: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/caeb83804f210e32a9fbbd6976768c74/RA_286_2018_CE_PJ%2B-%2B21_11_2018.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=caeb83804f210e32a9fbbd6976768c74).

2.2.2. SOBRE LA DELIMITACIÓN DE LA NUEVA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

El ser humano en la necesidad natural de alcanzar la plenitud; es decir, desarrollarse libremente; se prorrumpa a sí mismo con el propósito de ir a la búsqueda y el encuentro del Otro; esto es, la sociedad. Aquel ha de dejar la propia soledad para expresar, informar, comunicar, etc., los afectos, pensamientos, opiniones, y proyectos propios en favor del bien común que fundamenta la convivencia en democracia. Este salir de sí mismo es lo que le posibilita la satisfacción interna; concretizado a través de la pronunciación de la palabra y sus formas, como son: la cátedra, el juicio, la escritura, la arquitectura, la escultura, los silencios y toda clase de representación; la cual acredita y posibilita la manifestación y la expresión de la soledad, de la intimidad, de la privacidad, para convertirse; por ende, en una realidad del para todos y de lo propiamente social. Carácter especial, aquí; es el dado por la palabra y la escritura -opinión- pues por medio de ellas se manifiesta el juicio propio de bien o del mal frente a una situación exterior (Orrego Espinoza, Trujillo-Perú). De esta manera, en el hoy; con la irrupción intempestiva de las redes sociales y esta nueva forma de manifestación realizada por medio de

la publicación de videos, imágenes, fotos, pinturas, comentarios, opiniones, etc. en las plataformas virtuales se aprecia a diario un abuso de esta intrínseca libertad de expresión frente a otros derechos personalísimos; por ejemplo en este tiempo de pandemia basta observar el Facebook y ser testigo de innumerables comentarios e imágenes colindantes con la denigración del pensamiento contrario o la publicación abusiva de imágenes privadas producto de la injerencia atrevida de hackers o personas dolosas respecto a otros usuarios “indefensos”.

En esta sección, se analizará lo correspondiente al derecho de la libertad de expresión y la respectiva fundamentación en la doctrina nacional y comparada; atendiendo siempre a una descripción desde la red social Facebook y las implicancias de vulneración respecto de la privacidad de los usuarios; y teniendo presente que las leyes citadas de países sudamericanos no forman parte de un sustento sólido, organizado y concreto; en vista que los países en esta parte del mundo aún no establecen acuerdos firmes para luchar contra la excesiva libertad de expresión que permiten las redes sociales y por ende, su legalización está recién en estado primitivo.

2.2.2.1. Hacia un concepto del derecho de la libertad de expresión.

2.2.2.1.1. Concepto de libertad de expresión.

a. Concepto semántico de expresión.

Es importante conocer la semántica de la palabra *expresión*; así, el Diccionario de la lengua española (RAE) señala que este término proviene de la palabra latina *expressio, onis*; y definida en diversas acepciones como: “Especificación, declaración de algo para darlo a entender” (2.^a). “Palabra, locución o conjunto de palabras sujetas a alguna pauta” (3.^a). “Efecto de expresar algo sin palabras” (4.^a). “Manifestación de los afectos y de las emociones por medio de la gesticulación” (5.^a) “Acción y efecto de exprimir” (10.^a) (Real Academia Española. (2020). Expresión. En Diccionario de la Lengua Española (24.^a ed.). Recuperado de: <https://dle.rae.es/expresi%C3%B3n>). Igualmente, el término latino *expressio* proviene de *exprimere*, que es la acción de oprimir algún objeto con el propósito de expulsar el contenido; por tanto, *expresión* es el resultado del acto de forzar el pensamiento para dar a luz a la idea en el mundo real; o sea, ir del plano subjetivo al objetivo; parir el simple conocimiento de algo, de la imagen o de la

percepción, al mundo de las cosas reales. En el plano artístico sería formar una obra de arte.

Una de las formas de expresión es la opinión; esto es, el juicio o valoración (afirmación oral o escrita) de un determinado hecho, situación o circunstancia dentro de los calificativos de bueno o malo, bello o feo, justo o injusto, etc. Otra de las formas de expresión es la información (Real Academia Española. (2020). Información. En Diccionario de la Lengua Española (24.ª ed.). Recuperado de: <https://dle.rae.es/informaci%C3%B3n>) que se caracteriza por dar a conocer ciertos asuntos sobre un tema particular imbuido de certeza y verdad con el propósito de difundirlo a la sociedad con la cual se pretende ampliar, formar o adaptar el pensamiento del receptor al del informante.

Partiendo de esta definición semántica; en estos tiempos, -según el presente investigador- Facebook se ha convertido en una nueva forma de libertad de expresión; es decir, toda comunicación (comentarios, opiniones, información de agencia de noticias, fotos y videos personales, ciencia, cultura, educación, moda y trivialidades, etc.) desfila por el cernidor obligatorio de esta red social con el propósito de ser conocido por los receptores deseados; basta observar a nuestra generación y el excesivo uso que otorga al chat Messenger o a la famosa frase de *foto pal Face* para darse cuenta que somos una sociedad que prefiere dejar la ventana abierta de la casa para comunicar o dar a conocer indirectamente la propia privacidad.

b. Concepto jurídico de libertad de expresión.

El Diccionario de Español Jurídico de la RAE define libertad de expresión como *“la libre facultad que posee todo ciudadano para ejercerla (expresión) por el solo hecho de ser persona y, por ende, titular del derecho a la comunicación”*, por tanto, aquella viene a ser la expresión y difusión de los pensamientos, ideas u opiniones a través de la palabra (escrita u oral) o por cualquier otro medio de reproducción. De la misma forma, en la 1.ª acepción se describe que la libertad de expresión es la *“libertad de producción, creación literaria, artística, científica, técnica”, “libertad de cátedra” y la “libertad de comunicar sin impedimentos información verás por cualquier medio de difusión”*. En la 2.ª acepción, se define que es la libertad para poder expresar *“juicios personales y subjetivos, creencias, pensamientos, ideas y opiniones”*; siempre y cuando estos sean proferidos por medio de

“palabras adecuadas, no despectivas e insultantes para la respectiva exposición de las ideas” (Real Academia Española. Libertad de expresión. En Diccionario panhispánico de español jurídico (1.^a ed.). Recuperado de: <https://dpej.rae.es/lema/libertad-de-expresi%C3%B3n>).

A este tenor, Víctor Ortecho afirma que, en el lenguaje común, la libertad de expresión es conocida como libertad de prensa; en clara referencia a que el periodismo posee la cualidad de influir y ser motor de formación de los ciudadanos en diversa temática de índole político, social, cultural, etc., convirtiéndose por la capacidad instructiva de la comunidad en una de las principales columnas para la constitución de verdaderos estados democráticos. V. Ortecho, sin embargo, aclara que la libertad de prensa es una de las tantas formas de la libre expresión, por lo que, esta será la facultad para *poder manifestar las propias ideas, entendidas en sentido general; por medio de la “publicación de revistas, libros, televisión, teatro, cinematografía, pintura, escultura, conferencias, certámenes, manifestaciones políticas, cátedra universitaria, etc.”* (Ortecho Villena, 2015). En este sentido, se desprende que el derecho a la libertad de expresión es condición indispensable para la concreción e institución de una sociedad democrática; pues, el ciudadano ha de tener libertad para: expresar las propias ideas u opiniones, informar libremente una diversidad de temáticas, ser capaz de fiscalizar por medio de la palabra y escrito los asuntos públicos, manifestándose de manera libre sobre las opciones e inclinaciones políticas que atañen a una sociedad civilmente estructurada (Marino y Otros, 2017).

A modo conclusivo, vale citar tanto un verso del poema “Sola la poesía” -del gran constitucionalista Víctor Ortecho- el cual canta el poder eficaz de la bella lírica imbuida infaltablemente de la ética; y declama: “...*Esta debe reclamar solo su derecho a la verdad, en forma lírica. La poesía ejerce el derecho de ser la vocera bella, de las libertades y la justicia. He allí su rol, que hasta puede rescatar los dones del arte y la axiología y dentro de ésta, el respeto a la dignidad humana...*”; (Ortecho Villena, "Las libertades y la justicia", 2016) como, un comentario de Agustín de Hipona al libro del Génesis: “...*Así como la fuente situada en un lugar reducido es más abundante y se extiende por muchos riachuelos, suministrando corriente a espacios cada vez más amplios que cualquiera de estos arroyuelos que, salidos del mismo manantial, van por muchos lugares, así ocurre con el relato de tu servidor -Moisés- que había de redundar en provecho de muchos predicadores. En un pequeño número de palabras, brotan ríos de nítida verdad, en donde cada cual a su manera extrae la verdad que puede, unos una, otros otra, que luego va a extendiéndose en más largos meandros de palabras...*” (Agustín, 2014). Breves

pero apodícticas sentencias sobre cómo ha de conducirse la libre expresión emanada de los labios del ser humano, llamado ya, desde su solo ser trascendente a comunicar en y a través de todos los ámbitos de la vida y en distintas formas; palabra, letras y arte subsumidos del máximo respeto y suma verdad para que nada de ella se pierda, sino que coadyuve siempre a la construcción de una ansiada y añorada y no utópica democracia y es más; es el Derecho mismo el grito que reclama la vuelta a las costumbres -*frente de la cual nace y se nutre*- que han de henchir los espacios nuevos que han desbordado el tranquilo cauce por el cual corrían, olvidando y no sin más; rechazando; las añejas y prudentes palabras para conducirse de modo civilizado.

2.2.2.1.2. Demarcación conceptual entre el derecho a la libertad de expresión frente a la libertad de información.

Es conveniente deslindar en ámbito doctrinal qué se entiende por libertad de expresión y libertad de información; pues, existe una tendencia a una confusión terminológica; por lo que, el presente investigador ha valorado aquí, detenerse en una breve aclaración. Justamente, Mijail Mendoza afirma que, el *derecho a la libertad de expresión* es la facultad que posee cualquier persona para comunicar sin impedimentos externos los propios pensamientos y opiniones sobre diversos asuntos; sean estos de corte político, religioso, filosófico, artístico, etc. Esta comunicación se clasifica en: *lingüística*, que se plasma a través del lenguaje oral o escrito; *simbólica*, se materializa por medio de ilustraciones, imágenes (fotos, pinturas), esculturas u otras diversas formas de representación artística; y, finalmente, *la comunicación por conductas*; o sea, el denominado “*symbolic speech*”, en el cual, el discurso expresivo está formado por símbolos, en razón de una situación o idea cardinal; por ejemplo, izar una bandera rojiblanca en alusión al patriotismo; portar listones negros en referencia a la protesta contra la guerra de Vietnam; entre otros.

En cambio, el *derecho a la libertad de información* está encaminado a proteger la capacidad de poder exteriorizar o comunicar una información, entendida esta como la fiel versión externa de hechos o sucesos con connotación de veracidad; así la libertad de información puede ser entendida de dos formas, la

primera como aquella que revela los hechos o situaciones pertenecientes a la res publica (Estado), es decir, actualizar al ciudadano sobre en el legítimo conocimiento y difusión de las actividades administrativas de los funcionarios públicos; la *segunda* vendría a ser como concepción amplia de lo que se entiende por la libertad de expresión, en otras palabras, la comunicación general de ideas diversas con una cierta predominancia de la lingüística respecto del lenguaje simbólico (información comercial), artístico o “conductas expresivas” (Mendoza Escalante, 2017). En este mismo aspecto; Francisco Eguiguren interpretando los incisos a. y c. del art. 20 de la Constitución Española y la *Sentencia N.º 0905-2001-AA/TC*⁶. señala que, el punto de inflexión entre ambas es el *campo subjetivo existente*; a saber, la *libertad de expresión* es el derecho por el cual se garantiza la difusión del mundo interno de la persona (pensamiento, ideas, opiniones, juicios de valor) por cualquier medio de reproducción técnica; por tanto, esta emisión es pasible de contener elementos discutibles o errados y además, posee como límite los derechos de la personalidad (por ejemplo; no se permite expresiones denigrantes, injuriosas, vejatorias). Así, de otro lado; la *libertad de información* garantiza específicamente la publicación del elemento objetivo; esto es, la noticia en relación a un hecho, situación o circunstancia real y con la condición imperante de poder ser contrastada bajo los parámetros del test de la objetividad y veracidad sobre los elementos más relevantes de la noticia, por ende, puede ser rectificada en caso de falsedad o inexactitud; en otras palabras, la búsqueda, selección y confección de la noticia deberá ceñirse prudentemente a los principios de veracidad e imparcialidad. Al mismo tiempo, la difusión noticiosa de relevancia pública no puede estar impedida de poder ser conocida por la colectividad por ningún obstáculo de carácter privado o público; sin embargo, Eguiguren resalta que, ambos derechos también pueden converger o confundirse; por ejemplo, en el caso que la emisión de alguna noticia implique juicios u opiniones de valor por parte del informante (cualquier persona o periodista) siendo que tales libertades en este caso confluyen en un solo derecho (Eguiguren Praeli).

⁶ STC 0905-2001-AA/TC del 14 agosto de 2002. Perú. Recuperado de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00905-2001-AA.html> . Visitado el 14 de junio de 2020.

En conclusión, la diferencia puntual entre la libertad de expresión versus información radica en una relación de género a especie, con el detalle especial que la información siempre habrá de transitar por el cernidor de la objetividad y la verdad. En lo que respecta a la presente tesis, Facebook constituye una nueva forma de expresión en la cual confluyen diversos tipos de publicación (expresión e información), por tanto, es indudable que Facebook debe ser entendido como un sitio en el cual se han fusionado el medio de comunicación y la expresión; valga la redundancia aunque, dentro de las condiciones y políticas de las normas comunitarias se invoca a los usuarios a compartir publicaciones (veraces) que no perjudiquen el honor y privacidad de los usuarios; empero en el diario andar esta no es más que letra muerta.

2.2.2.2. El contenido constitucional del derecho a la libertad de expresión.

Al respecto; toda expresión es parte del contenido esencial de la libertad de expresión y, por tanto; está circunscrita dentro del ámbito de salvaguarda del discurso protegido. Más aun, siguiendo a Catalina Botero, la opinión o afirmación *“chocante, extravagante, inaceptable, indecente, ofensiva, absurda, perturbadora, escandalosa, inquietante, desagradable, vulgar, ordinaria, inusual, irrazonable, extraña o grosera sea de forma hablada, escrita o proferida en un contexto determinado”* goza ab initio de tutela constitucional en razón del propósito democrático de la no exclusión de personas o grupos, ideas o medios de comunicación en el marco de una contienda competente a asuntos públicos y de relevancia comunitaria (Botero Marino & otros, 2017)

2.2.2.2.1. Las expresiones protegidas por el derecho a la libertad de expresión.

Es crucial tener en claro que existen lugares protegidos con carácter de absoluta intangibilidad atinente a la libertad de expresión frente al poder nomológico del operador de justicia y/o legalidad; dicho de otra manera, estos espacios son irrefutablemente intocables al momento de la aplicación del principio de proporcionalidad, vale decir, cuando se hallan en conflicto frente a otros derechos y por ello, siendo substancia vital para la existencia del derecho mismo. Así, de manera general; este contenido esencial de la libertad de expresión está constituido en *primer lugar*, por mensajes comunicativos verbales –orales o escritos- sobre asuntos de carácter político en razón que son motor imprescindible para la conformación de una sociedad democrática; en *segundo lugar*, por el lenguaje

simbólico no verbal; como por ejemplo; el caso de un de testigo de Jehová que se niega en conciencia a realizar el saludo solemne a la Bandera Nacional al momento del izamiento; y, en *tercer lugar*, se encuentran las expresiones artísticas, literarias y técnicas las cuales fundan el ámbito creador de la libre expresión del ser humano (Espinoza Ariza, 2015).

En esta misma perspectiva, María Salvador; afirma que, este ámbito infranqueable está compuesto por tres elementos; así: 1. *Opiniones*. Conformado, tanto por críticas irrelevantes a situaciones sin implicancia política como por afirmaciones fiscalizadoras de corte molesto, áspero o hiriente respecto de temas de la administración gubernamental; en esta línea, es posible encontrar el derecho de manifestación colectiva respecto de la promulgación de una ley, de una determinada persona o grupo influyente de carácter político, religioso, cultural, artístico, etc. Hay que tener en cuenta que no es contenido esencial las expresiones o calificativos formalmente injuriosos o innecesarios a una persona cualquiera o aun las que se profieren respecto de la vida privada de una persona pública. 2. *La creación de medios de comunicación*. La libertad de expresión protege el soporte por el cual se transmite o difunde la comunicación; o sea, las ondas de radiotelevisión como el periódico tradicional. Además, la radiotelevisión puede estar regulada legalmente para evitar la creación de monopolios u oligopolios en el mercado de la comunicación nacional e internacional, finalmente; 3. *El acceso a los medios de comunicación*. Se protege el derecho de los grupos sociales y políticos para acceder sin discriminación a los diferentes medios de comunicación de administración pública o privada para poder dar a conocer a la comunidad el lineamiento político y los proyectos de administración pública; por ende, el Estado deberá adecuar y fiscalizar la distribución equitativa en el uso del tiempo y espacio por parte de las diversas organizaciones políticas (Salvador Martínez).

En suma, de acuerdo a lo señalado supra; la libertad de expresión protege 3 tipos de manifestación: 1. *Cualquier afirmación, pero con sentido*, sea de forma escrita u oral. Entre las escritas se encuentra la producción de libros, revistas, tesis, informes, panfletos, periódicos, leyes, oficios, cartillas, trípticos, carteles, cartas, dominicales, guion teatral, chat, etc. A nivel oral, están los discursos vertidos

bucalmente, como: el idioma, entrevistas, declaraciones, noticias radiotelevisivas, mítines, reflexiones, homilías, conferencias, clases, bohemias, tertulias, intercambio telefónico y afines, etc., 2. *Los gestos o mímicas*; es decir, es el lenguaje corpóreo que acompaña de manera natural a los discursos orales, aquí, puede ser incluido el silencio, aunque podría ser considerado dentro de la primera manifestación (híbrido). 3. *El arte o la técnica*. La manifestación creadora del ser humano concretada por medio de la ópera, teatro, música, escultura, pintura, arquitectura, carpintería, trabajos manuales, etc. (Castillo).

Por tanto, en esta línea; el presente investigador ha logrado identificar en el Facebook diversos tipos de publicaciones o expresiones por parte de cualesquier individuos, personajes públicos o grupos afines como comentarios u opiniones (video conferencias) de periodistas, influencers, profesionales, políticos, sociólogos, filósofos, actores, cineastas, cantantes, feministas, pródiga, “lgbtistas”, deportistas, religiosos, ateos, agnósticos, anarquistas, extremistas, terroristas, etc. A la vez, se ha logrado visibilizar: selfies, poemas, críticas, artículos, memes, caricaturas, chistes, fotos y videos naturales o artísticos, pinturas de arte, noticias o información por medio de videos en vivo, grabados y/o escrita de empresas de comunicación pública o privada; mensajería instantánea de usuarios, grupos de Facebook secretos, privados, públicos de índole sea política, social, cultural, etc.

En concreto, el mundo real se ha trasladado con un plus a las redes sociales, dicho de otro modo, el alcance y velocidad de difusión de la publicación (opinión o información) es extremadamente mejor y diferente que los medios de comunicación tradicional, es más, algunas personas comunes poseen admirablemente **más likes y seguidores** que los medios de comunicación, y que actúan como informantes; por lo que, se ha generado un nuevo tipo de persona pública que no deja de ser, sin embargo, un cualquiera en el buen sentido y, por tanto, de manera híbrida o indirecta tendrá capacidad de influenciar en un determinado sector o en toda la población, generando de esta manera un nuevo ámbito a regularse.

2.2.2.2.2. Discurso no protegido por el derecho a la libertad de expresión.

Cualquier discurso en sentido amplio forma parte del contenido esencial del derecho en análisis, sin embargo, en base a la doctrina constitucional se conoce

que los derechos fundamentales no son de carácter absoluto; en otras palabras, son pasibles de adaptación; por tanto, admiten cierta intrusión o delimitación (restricción) en la esfera no esencial o externa del derecho, con el propósito equitativo del no menoscabo o detrimento de otros derechos o libertades en caso de conflicto, específicamente; entre las pretensiones o intereses particulares de los sujetos de una determinada relación procesal constitucional para arribar a una idónea ponderación de las circunstancias concretas (Luis Castillo-Córdova, 2015). Sin embargo, es importante aclarar que ciertas afirmaciones calificadas por el juez como excesivamente hirientes o de tono subversivo no gozan de la tutela exclusiva del derecho a la libertad de expresión, pues, constituyen de plano, afrenta directa en contra del ser humano, ya que están fundamentadas en apologías anarquistas y poseen como propósito final actividades delictuales o de extrema violencia; ejemplo, la xenofobia, racismo, antisemitismo, nacionalismo, discriminación contra inmigrantes y grupos minoritarios, etc., en conclusión; estas conductas expresivas están terminantemente vedadas por su carácter inaceptable e intolerable; y son:

a. Expresiones relativas a pornografía infantil.

Se prohíbe y proscribe de plano el uso de los medios de comunicación tradicional o por medio de Internet (redes sociales, etc.) para promocionar el comercio sexual de menores (venta, prostitución, pornografía, esclavitud laboral) o coloque en estado de peligro físico, psíquico, social a los niños y niñas a través de dichas “actividades” (Arts. 1,2 Y 3.1 del Protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía).

b. Expresiones que incitan al genocidio.

Se condena la utilización de los medios de comunicación tradicional o publicaciones en Internet (redes sociales) para apoyar, respaldar, instigar o incitar directa o indirectamente el exterminio o eliminación de un grupo humano por razones de religión, etnia, raza, nacionalidad o convicciones políticas. Caso conocido a nivel internacional es del director de una emisora radial en Rwanda, Ferdinand Nahimana, el cual incitaba a connacionales a eliminar a la población Tutsi y hutus moderados (inyenzi) (Art. 2.3.c; Estatuto del Tribunal Internacional de Rwanda).

c. Expresiones que inciten a la violencia y al terrorismo.

Está vedado todo acto apologético que promueva con clara intención y utilizando los medios de comunicación tradicional o Internet (redes sociales, blogs, etc.) la concreción de conductas destinadas a la discriminación, hostilidad o violencia contra un persona o grupo de personas por razón de raza, color, religión, idioma o nacionalidad o cualquier motivo. Se encuadra dentro de esta prohibición, la propaganda que porta expresa o subrepticamente la instigación al uso del terror con el propósito de la comisión de crímenes, desestabilización del orden público o la seguridad nacional en aras de ideales anárquicos, políticos, religiosos, etc. (Art. 13.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

d. Propaganda de guerra.

En concordancia con el art. 2. 4, de la Carta de las Naciones Unidas; se proscribe recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza para la solución de conflictos internacionales, así, está prohibido promover la propaganda bélica con el propósito de exaltarla con fines de perpetrar la invasión contra la integridad territorial ajena o incitar la independencia política respecto de cualquier Estado, la cual tenga efectos de aniquilación de vidas inocentes.

2.2.2.2.3. Grupos de expresión influyente.

A tenor de Fernando Garrido, a estos grupos se les ha denominado tradicionalmente e indistintamente personas públicas, de renombre o con proyección de notoriedad; pues, de manera directa o indirecta se han colocado de propia voluntad bajo a la óptica de la posible crítica valorativa -molesta e incómoda- de la sociedad, en razón de haberse convertido en cierto modo en modelo o paradigma de referencia a seguir, como, por ejemplo; funcionarios públicos, periodistas, críticos político-social-económicos, constitucionalistas, literatos, actores, deportistas, influencers, personas like, etc. Aunque el espacio de privacidad de estas personas se vea reducido y, por tanto, sujeto a opiniones o comentarios de terceros; siempre estarán bajo la salvaguarda del derecho a la intimidad o privacidad; pues solo serán sujetos de crítica legalmente democrática cuando esta posea un interés legítimamente relevante para la comunidad constitucional (Garrido Polonio, 2016). De manera aclaratoria, no necesariamente se trata solo de

funcionarios públicos o políticos de nombre; sino basta con pensar al jugador José Guerrero, el cual es seguido en las redes sociales por muchos niños, adolescentes, jóvenes, adultos, ancianos, cultos, etc., los cuales no solo están al tanto de las publicaciones que realiza, por ejemplo, en el Facebook; sino del modo personal de conducirse sea en ámbito privado o público.

Dicho esto; y *siguiendo aquí a Morales Godo*; se puede distinguir tres grupos tradicionales de influencia; pero, a propia consideración del presente investigador es posible añadir otros dos grupos modernos que fácilmente pueden ser introducidos dentro aquellos, ya que, con el avance de la tecnología los denominados grupos tradicionales también han incursionado en el mundo virtual de la red social (Facebook), adquiriendo ahora un plus de notoriedad de aquella que ya poseían (Morales Godo, "El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información", 1995, págs. 163-175), por tanto, se describen así:

a. Primer grupo.

Está conformado por personajes de trascendencia social, o sea; el propio accionar repercute directamente en la administración pública; específicamente se trata del rol cívico que cumplen *los funcionarios públicos*; estos, siempre estarán bajo la crítica u opinión fiscalizadora (administrativa, civil y penal) de los ciudadanos sobre la gestión estatal realizada, por ejemplo; el Presidente de la República siempre será sujeto de crítica mordaz, altisonante, favorable o desfavorable respecto de la dirección ejecutiva en favor del país, sobre opiniones vertidas en entrevistas radiotelevisivas o periódicos en razón de asuntos públicos o políticos; o de las publicaciones compartidas en el propio perfil de una red social. Se debe tener en cuenta que, aunque el ámbito privado de estos personajes se vea indirectamente invadido o reducido debido a la función social que desempeñan, empero, no están exentos de la protección ofrecida por los derechos personalísimos (intimidad, honor, imagen, etc.); se recuerda así, el famoso caso de la Reina de Mónaco; la cual, a pesar de estar paseando (privadamente) con sus menores hijos a vista del público, fue fotografiada por periodistas sin el consentimiento de la Reina y luego, sujeta a comentarios públicos por parte de periodistas y por ende, expuesta al chismorreo, morbo y crítica irrelevante por parte de terceros (población), la Reina interpuso una

demanda con el propósito que la edición de la revista sea retirada, situación tal que le resultó favorable en el Tribunal Europeo, pues, según ella; aquellas circunstancias no era amparadas por el derecho de información de los periodistas.

b. Segundo grupo.

Compuesto por personas serias como, por ejemplo, políticos en general, analísticas diversos, constitucionalistas, periodistas influyentes, filósofos de renombre, escritores y literatos de fama, etc.; cuyas publicaciones (opiniones o comentarios) o actitudes ejercen gravitadamente influencia o conducción en la actividad política, económica y social de una colectividad democrática; en otras palabras, individuos relacionados al ámbito político-intelectual y cuyos aportes críticos respecto de la coyuntura de una determinada situación social repercute directa o indirectamente en el accionar de la res publica. Caso especial en el Perú, son las recomendaciones, críticas y opiniones políticas del literato Mario Vargas Llosa, las cuales siempre influyen o producen críticas en los oyentes nacionales. Cabe citar aquí, las nupcias del lingüista contraídas con la artista Isabel Preysler, las cuales trajo como consecuencia la proliferación de críticas, opiniones y comentarios hirientes, mordaces, deshonorosos e insultos como publicación de memes subidos de tono en redes sociales sobre las “nupcias” del lingüista; situación que significó la vulneración de la honra y privacidad íntima y familiar de la exesposa e hijos mayores del escritor (“Cosas Perú”. 24 de septiembre de 2015. ¿Matrimonio a la vista? Todos los detalles íntimos de la nueva relación del escritor peruano. Recuperado de: <https://www.facebook.com/cosas.pe/posts/1111565778873493> . Visitado el 20 de junio de 2020).

c. Tercer grupo.

A este grupo pertenecen las personas de longa popularidad, y ende, inmersas, en el ámbito de las multitudes (chollywood); sin embargo, el accionar o comentarios proferidos por estas no influyen determinadamente en la sociedad, estos son: actores, pintores, músicos, cantantes o deportistas conocidos, a los cuales se les admira por los logros obtenidos o por publicar en las redes sociales (Facebook) la propia vida privada de manera constante a través de comentarios, fotos, videos, historias, estados, etc. Un ejemplo práctico sería la publicación de un pronunciamiento de algún actor del programa “Esto es Guerra” sobre la coyuntura política del país, la misma que no será tomada seriamente en cuenta por los

seguidores; aunque por allí, algunos sí se verán afectados o influidos por dichas publicaciones. Este grupo en muchas ocasiones es sujeto de opiniones o afirmaciones denigrantes o, injerencias arbitrarias en la propia vida privada, y aunque estos expongan voluntariamente muchos ámbitos de la privacidad, esto no les despoja totalmente de la salvaguarda de los derechos a la intimidad y privacidad familiar, honor, imagen, etc.

d. Los influencers o prescriptores.

En palabras de Oscar Montezuma, los prescriptores –que dictan- son especialistas (con propia técnica y destreza particular) en un determinado tema o actividad, como puede ser; en política, economía, administración, deporte, ingeniería, arte, cultura, modelaje, manualidades etc.; especialidad que les ofrece la capacidad de ser contratados por empresas como agentes de marketing digital (Internet, redes sociales, etc.) a fin de promover y ofertar ciertos productos (marcas o campañas diversas) a un determinado número de clientes; sucede así, que, al poseer un altísimo nivel de influencia o alcance online, esto, les otorga también el poder de influir a nivel de opinión y/o comportamiento sobre los miles o millones de seguidores. De manera explicativa, existen 4 tipos de influencers: 1. Los micro, entre los 1000 y 10 mil seguidores; 2. los middle, entre 10 mil y 150 mil, 3. los macros, entre 100 mil a 1 millón y, finalmente, los celebrities, desde 1 millón a más (Montezuma & otros, 2019).

Desde esta perspectiva, es posible afirmar que, los tres grupos mencionados anteriormente, con el apogeo de las redes sociales se han transformado hoy también en influencers; ejemplo de influencer (prosumidor) es el caso del político y filósofo argentino, Agustín Laje; el cual publicita ideas de tendencia de derecha y por medio de ellas oferta libros de autoría propia. De igual modo, según, Rodrigo Taramona, y desde una posición crítica, afirma que existen casos en los que personas comunes o normales se convirtieron en influencers de manera abrupta y en cortísimo tiempo gracias a la publicación de un video, imagen, foto, o comentario que se hizo viral; no obstante, ven perjudicada la propia privacidad, honor e imagen; pues, se exponen -por lo general- al juicio social al momento en que se publica un tuit fuera de tono, una foto inapropiada o un comentario polémico o son sujeto de

ciberacoso, el mismo que produce consecuencias incontrolables por tratarse de usuarios de diversos países (Taramona, 2018).

e. Las personas comunes con “mil seguidores”.

A postura del presente investigador, existe un colectivo especial en el mundo de las redes sociales como Facebook; que son *comunes menos comunes o influencers de segundo grado*; en otras palabras, son usuarios virtuales de a dedo que no son influencers en sentido estricto; pues, no promocionan alguna marca o evento particular a cambio de retribución alguna; más aún, no tienen la mínima intención de convertirse en influencers y pertenecen a nuestro grupo de amigos o contactos; sin embargo, poseen indirectamente capacidad de influir en un reducido grupo de contactos o seguidores. Dicho de otro modo, se verifica la existencia de usuarios influyentes que poseen “*mil amigos o seguidores*” (followers) entre conocidos y extraños; ejemplos, las personas agraciadas que por el solo por el aspecto físico tienen más de “*mil de seguidores y/o contactos*”, el caso de un profesor de primaria, secundaria, o de universidad; el cual por la sola actividad académica es seguido por los alumnos, colegas, o padres de familia del ámbito propio; o además; podría ser el caso de usuarios que por sus cualidades verbales acostumbran a realizar opiniones acertadas o candentes sobre un asunto especial. Entonces, cuando estos tres personajes publican alguna crítica de corte político, cultural, artístico, económico, moral, etc., se verifica que esta es capaz de generar en el colectivo de contactos o seguidores cierta reacción o influencia en el comportamiento o mentalidad de los fans virtuales. De la misma forma, se da el caso de algún grupo de amigos o amigas –no son personas intelectuales o estudiosos- los cuales publican normalmente fotos o videos especiales respecto de la vida privada –que es lo “normal”- por lo que, poseen más de mil seguidores o contactos y, por ende, inician a generar cierta influencia sobre un particular colectivo.

En suma; respecto de estos últimos podría afirmarse que ya poseen una cierta notoriedad pública virtual y, por ende, influjo respecto del propio específico colectivo que le sigue, así, pues, en caso de producirse un ejercicio abusivo de la libertad de expresión contra la intimidad de un usuario del grupo “e”; estos estarían en menos capacidad de defensa legal ya que la sociedad está consintiendo un

nuevo modo de entender la intimidad; y por ende, en primer lugar, se supone que antes de utilizar el Facebook se aceptan las normas y condiciones; segundo, en caso de haberse compartido una imagen privada de estas personas y sin el consentimiento debido, se presume que las publicaciones realizadas en Facebook son voluntarias e indirectamente se admite que una vez compartidas se convierten en pública y por último, se podría alegar que estos admitieron indirectamente convertirse en personas notorias por el número elevado de seguidores o contactos y consecuentemente la propia privacidad se coloca en mayor riesgo respecto de los usuarios comunes los cuales “no llegan ni a mil” seguidores.

2.2.2.2.4. La no permisión de la censura previa a la libertad de expresión.

2.2.2.2.4.1. Concepto de censura previa.

En vista de una mejor comprensión de este acápite, es necesario recurrir a la definición de censura (censurar) que ofrece la RAE; a saber; es el dictamen emitido por un organismo con el propósito de corregir, desaprobado o condenar de manera parcial o total una determinada obra (Real Academia Española. Censura. En Diccionario de la Lengua Española (24.ª ed.). Recuperado de: <https://dle.rae.es/censura>). El Diccionario de español jurídico de la RAE conceptúa *censura de libros* como el dictamen emitido por una autoridad eclesiástica (ordinario) acerca de la revisión de un escrito con el fin de controlar rigurosamente si el contenido se adecua a la doctrina o moral católica y; en caso se conceda o confirme la licencia canónica se procede por ende a la publicación de la misma; esto es, se le sellará con la inscripción latina *nihil obstat* (ninguna cosa obstaculiza o nada se interpone en el camino), en otras palabras; está expedita para ser difundida (Real Academia Española. Censura de libros. En Diccionario panhispánico del español jurídico (1.ª ed.). Recuperado de: <https://dpej.rae.es/lema/censura-de-libros>). Por lo tanto, desde una perspectiva idiomática, la censura previa es el acto de juicio riguroso del continente de una obra de modo parcial o total, antes de la publicación o difusión; desaprobándola o corrigiéndola en función del parecer (*placet*) del censor (ente estatal o privado), es decir; este se encarga de verificar si tal producto se encuadra a los parámetros políticos,

económicos, religiosos, sociales, culturales, morales, etc., establecidos por aquel registrador.

Empero, siguiendo los alcances de la doctrina española; Pedro González, comentando el inc. 2 del art. 20 de la Constitución Española -“el ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa”- conceptúa la figura antijurídica de la censura previa como cualquier interferencia o medida limitativa impuesta tanto durante el proceso de elaboración o construcción como sobre el resultado final de un producto informativo (libros, películas, folletos, publicaciones en red), a saber, tal medida consistirá en un previo examen oficial por parte de un organismo estatal (gobierno o administración) con el único propósito de aprobar la sustancia interna a ser publicada o distribuida. Ante esto, además, P. González puntualiza tres supuestos que no pueden ser considerado como censura previa (Sánchez, 2019) esto es:

a. Ciertas medidas restrictivas interpuestas por juez o tribunal.

No toda restricción ha de considerarse como censura previa; así, en consonancia con el inc. 5 del art. 20, de la Constitución Española se permite el “secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información” cuando existe una resolución judicial debidamente motivada; pues, como se asentó supra; restringir el derecho a la libertad de expresión -en este caso; el de información- es una situación constitucional en puente colgante ya que, se está frente a un derecho pedestal en la formación de la opinión pública democrática (“Fiscalía y más de 40 policías allanan casa de periodista del Expreso”). En este sentido; el secuestro judicial, se dirige específicamente contra el resultado (en parte o final), como pueden ser libros, panfletos, cuadros, pinturas, etc.; aún instalaciones, pero no podrán ser secuestrados los medios por el cual se produce la información, por ejemplo, una imprenta, fotocopidora, antenas, etc., normalmente estas situaciones de restricción suceden cuando está en juego los intereses generales del Estado (Beaumont). Esta acción procesal dura mientras se resuelve el fondo del asunto o contienda, y actuando como cautelar respecto de la persona más débil del conflicto al ver amenazado o colocado en riesgo respecto de un derecho de la personalidad, como, por ejemplo; la intimidad personal y familiar, honor, imagen, voz, etc.

b. La autocensura.

Es la restricción automática que tanto editores como directores periodísticos se autoimponen para guardar silencio, no opinar; por ejemplo; por temor frente a la administración pública de turno o algún movimiento social (no ofender) por temor a represalias de cualquier índole (Arenas, 2019); igualmente, se realiza con fines comerciales; esto es, para no ahuyentar a los clientes del mercado los cuales promocionan productos mediante tal o cual medio de comunicación; o por último, caso raro; con un motivo deontológico; es decir, por respeto al bien común o a los derechos de la personalidad de terceros.

c. El veto del director de un periódico.

Es el derecho que posee el director de un medio periodístico para revisar o calificar el contenido original de aquello que deberá publicarse, esto es; lo que compete tanto a la redacción como la administración y publicidad de la información.

2.2.2.2.4.2. Concepción comparada de la censura previa.

Así el estado de cosas; en el derecho latinoamericano; conforme se desprende de la interpretación del inc. 2 del art. 13, de la Convención Americana de Derechos Humanos; se prohíbe expresamente toda censura previa, pues implica una suspensión radical de la libertad de expresión y solo se la acepta excepcionalmente -tal como se señala en el inc. 4 del art. 13- mediante ley especial (cualquier restricción) con el propósito de no permitirse la difusión de espectáculos o programas públicos los cuales sean una expresión directa en contra de la moral y las buenas costumbres que deben proteger a los infantes y/o adolescentes en razón del principio del interés superior del niño; por lo que, según la Convención, fuera de esta excepción, solo se acepta la responsabilidad ulterior causada por los derechos comunicativos (inc.2 del art. 13, de la Convención Americana de Derechos Humanos) en caso de producirse algún daño contra los derechos de la personalidad, el bien común y el orden público (García Ramírez & otros, 2018). En este sentido, la OEA; en el “Informe anual de la Relatoría Especial para la libertad de expresión” del 2019; en lo que respecta al Perú, parte in fine; a razón del Principio Quinto de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la CIDH sobre la censura previa y otras restricciones al libre flujo informativo; ha publicado

el caso del periodista Juan José Santy Cusiátán, al cual mientras transmitía en vivo un incendio ocurrido en el local del Gobierno Regional de Arequipa fue impedido de continuar su labor por agentes de seguridad al mando de un empleado gubernamental (Lanza, 2020).

2.2.2.2.4.3. Concepción nacional de la censura previa.

En el plano nacional en interpretación del inc.4 del art. 2, de la Constitución Peruana acerca de la censura previa; el máximo Tribunal en el *fundamento N.º 15 de la Sentencia N.º 02262-2004-HC/TC*⁷ y acorde con el derecho comparado; distinguirá cuatro figuras constitucionales relevantes; al respecto:

a. La autorización previa.

Es el permiso o anuencia previa solicitado a alguna autoridad (estatal) para poder ejercer las libertades de expresión e información pudiéndosele denegar al solicitante.

b. La censura previa.

Es la revisión ejercida por autoridad gubernativa –la censura propiamente dicha- respecto de algún contenido que se desea informar, expresar, opinar o difundir y el cual puede estar sujeto a la prohibición de publicación.

c. El impedimento previo.

Es cualquier obstáculo colocado para imposibilitar el libre ejercicio de los derechos de información y expresión.

d. Mandato judicial de prohibición.

En el *fundamento N.º 17*; el Tribunal afirma tibiamente que este representa en cierta manera un espectro de la censura previa en el sentido que la aplicación de la misma, aunque; realizada por un juez en orden a la salvaguarda de los derechos al honor y la privacidad; podría ser motivo de inseguridad jurídica o utilizarse como instrumento de control indirecto por parte de gobernantes corruptos o dictatoriales que desean parcializar los medios de comunicación mediante sobornos o compra de editoriales; ejemplos, muchos en el Perú. Por lo que, desde una visión comparada es notable que el Tribunal peruano ha seguido la línea

⁷ STC 02262-2004-HC/TC, FJ N.º 15 de 11 de abril de 2006. Perú. https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/derechos-fundamentales/?action=categoria_detalle&id_post=143043. Visitado el 25 junio de 2020).

jurisprudencial española al tratar de concebir la censura como cualquier medida limitativa de nivel leve o grave sobre la elaboración o difusión de una obra del espíritu sujeta a un examen oficial previo.

A modo de crítica conclusiva; del uso del Internet como de la red social Facebook; hoy, es posible verificar, que la libertad de expresión se está extralimitando en virtud del adelanto tecnológico; pues, como se viene repitiendo aquí, existe un plus exponencial inimaginable en la difusión del mensaje; es decir, la velocidad y el radio geográfico del alcance nacional e internacional, es de lejos, muchísimo mayor que solo hace dos décadas; asimismo, se logra corroborar diariamente que el mensaje publicado traspasa los límites constitucionales de los Estados; en otras palabras, no se rige estrictamente a las leyes de un determinado país; pues, cuenta con normativa y condiciones propias; las cuales son impuestas indirectamente sobre cada usuario sea del país que sea. Así, si un extraño realiza publicaciones dolosas (graves insultos o injurias) atentando contra la privacidad o el honor de un usuario incauto; por tanto, se coligen daños de carácter de gran longa irreparables que resulta ahora difícil restituir con la sola aplicación de los recursos de defensa tradicional constitucional; como son: la acción de amparo, el secuestro judicial o una medida cautelar, etc., debido a la exagerada velocidad de difusión y alcance geográfico del mensaje; convirtiéndose esta situación por tanto, en un utópico control en defensa de los derechos de la personalidad, el bien común o la seguridad del Estado; como se verá más adelante (Durand-Calle , 2016).

En última instancia, a tener del presente investigador; en caso de publicar o compartir dolosamente un comentario, foto o video en Facebook; no basta de parte del sujeto abusivo virtual eliminar la publicación para reparar el daño causado; pues, según la condiciones y normas, aquella puede ser aún vista por otros amigos o contactos o terceros extraños; permaneciendo en la nube virtual como máximo de 60 días, o más; según el parecer de la red; consecuentemente ¿vale preguntarse en razón de la excesiva libertad de expresión verificada en las redes sociales si podría ser aplicable la censura judicial virtual? Más aún, cuando de facto; en este espacio no cabría la forma de evitar amenaza alguna por la velocidad a la cual se enfrenta el operador judicial (constitucional) y por tanto quedaría descartada toda

medida cautelar previa, por lo que, se tendría que aceptar obligatoriamente y solamente la responsabilidad ulterior; y se estaría, así, ante un abuso constante e impotente indefensión en desmedro del derecho a la intimidad, el cual, sin embargo, también debe ser defendido sin discriminación alguna en una sociedad que se jacta de ser democráticamente constitucional.

De este modo, cabría cuestionarse; ¿cómo evitar la vulneración del derecho a la intimidad ocasionado por un simple screenshot o pantallazo por parte del amigo o contacto que comparte una imagen del usuario incauto con trasfondo privado?, en otros términos, aunque se esté normalizando compartir voluntariamente al público fotos, vides, imágenes, estados en circunstancias de privacidad; empero, se conserva la conciencia de intimidad o privacidad respecto a tal publicación; y, se sobreentiende en el plano moral que no puede ser publicado por otra persona sin el permiso respectivo. En relación a esto, algunos gobiernos han dispuesto recientemente la revisión de la posible aplicación de censuras en redes sociales como Twitter (BBC New Mundo. 20 de mayo de 2020. "Trump firma una orden para regular las redes sociales luego de que Twitter calificara de "sin fundamento" dos de sus tuits". Recuperado de: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52828924>). Finalmente, a modo de curiosidad, se añade, que en el Facebook no es posible aplicar el secuestro judicial permitido constitucionalmente, y no en la medida que se produce en el mundo real.

2.2.2.3. Los límites actuales a la libertad de expresión.

Es menester revisar la doctrina sobre los límites actuales al derecho a la libertad de expresión, específicamente en el Facebook; así, el presente investigador ha colocado actuales en este título con el ánimo de poder encuadrar los límites tradicionales en el nuevo mundo virtual. La colocación de límites a la expresión, ya implica en cierto modo, el quebrantamiento de la sociedad democrática, por ser aquel un derecho eminentemente creador y fundante de la constitucionalidad, sin embargo, a consideración del presente investigador es imprescindible advertir cómo se ha de desenvolver el operador jurídico (legisladores y magistrados) en este nuevo ámbito que ha sobrepasado exponencialmente todo límite y cuyo control en el plano de los derechos humanos se hace sumamente necesario el volver la mirada, en primera instancia a los principios generales del derecho y si fuera el caso,

mediante la creación de algunas formas o figuras de regulación previa; y, aunque pareciera ser el renacer de la censura previa; empero, en algunos países se está aplicando por motivos de seguridad nacional y cibercrimes; pues la falsa excusa y tradicional responsabilidad ulterior se ha convertido en cómplice del normal y constante abuso de la libertad frente a la privacidad.

2.2.2.3.1. Concepto sobre los límites al derecho a la libertad de expresión.

En este punto se desea dar a conocer qué se entiende por límites al derecho a la libertad de expresión; para ello, se recurre a la definición que ofrece María Salvador interpretando el inc. 4 del art. 20, en concordancia con el inc. 1 del art. 53, de la Constitución Española, respectivamente: *“...Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”* y *“...Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...”*; por tanto, de estos artículos se desprende que ellos vienen a ser las fronteras o restricciones debidamente determinadas por intermedio del constituyente y/o ley especial con el propósito de validar, proteger o garantizar tanto la existencia nuclear del derecho a la libertad de expresión y/o la libertad de información con las respectivas condiciones de *veracidad, interés público y ausencia de expresión vejatorias como* el hacer factible el respeto a otros derechos; como son: **a.** Los derechos de la personalidad (honor, intimidad y privacidad familiar, imagen, voz), **b.** La protección moral de la juventud y de la infancia; **c.** El respeto a la moral, las buenas costumbres y al orden público; **d.** La salvaguarda de la sanidad en las relaciones contractuales (trabajo) y de sujeción especial (funcionarios, policías y Fuerzas Armadas) y **e.** Asegurar la seguridad, la convivencia y la paz social (Salvador Martínez, "El derecho a la libertad de expresión").

En esta línea, Luis Huerta indica que, las restricciones a la libertad de expresión son las prohibiciones realizadas sobre la difusión o publicación de algunos discursos en razón del contenido; por ejemplo, discursos de odio, etc.; o aquellas destinadas a la regulación judicial-administrativa sobre la forma, tiempo, lugar o medio de transmisión del mensaje; por ejemplo, la prohibición de publicar

encuestas preferenciales sobre los candidatos semanas próximas a las elecciones de representantes gubernamentales. En esta línea, interpretando la Convención Americana, indica que existen dos tipos de restricciones: (Huerta Guerrero, 2010)

a. De carácter general (núm. b del art. 29 e inc. 2 art. 32).

Aquellas libertades que siempre han de ejercerse dentro de los límites del sumo respeto al derecho de los demás y el bien común. Además, ninguna disposición de la Convención puede limitar el goce y el ejercicio de cualquier derecho o libertad reconocido en las leyes de los Estados Parte o en alguna otra convención.

b. De carácter específico (inc. 2 y en el inc. 5 del art. 13).

Explicitados en la misma Convención, estos son; el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública; así como se prohíbe toda propaganda o incitación a favor de la guerra, al odio nacional, racial o religioso contra persona o grupo de ellas por motivos de raza, etnia, nacionalidad, idioma, etc.

En conclusión, la libertad de expresión puede estar sujeta a límites provenientes de acuerdos internacionales como de la ley especial nacional; por tanto, ser aplicados por el operador jurídico, concretizados a través de leyes, órdenes o decretos del Poder Ejecutivo, o también por medio de sentencias y medidas cautelares adoptadas por los jueces o particulares” (Botero & otros, 2017).

2.2.2.3.2. Documentos internacionales sobre límites al derecho a la libertad de expresión.

Con el propósito de una fundamentación sólida es necesario recurrir a la documentación internacional. De esto modo, en lo que respecta a cronología sobre la tutela jurídica de la libertad de expresión; la libertad de información es relativamente novedosa, en cuanto será reconocido recientemente –expresamente- en documentos internacionales desde el año 1948, específicamente, en el art. 19, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; sin embargo, el derecho a la libertad de expresión lo fue ya en el año 1789; en el art. 10, de la Declaración de

los Derechos del Hombre y del Ciudadano. De esta premisa histórica, la Dra. Perla Gómez diferencia que en la libertad de expresión es posible identificar un cuasi sentido de relación horizontal entre el emisor y el receptor; mientras que en la libertad de información, una relación de verticalidad; pues por lo general, aquí, la intención del informante es una; de construir, modelar, formar o informar el pensamiento colectivo de una manera pasiva, es decir, tal como se señaló supra, adecuar la opinión del informado en la perspectiva del periodista (Gómez Gallardo & otros, 2010) .

a. Observación general N° 34 de las Naciones Unidas (2011).

El presente documento interpreta el art. 19, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en atención al presente trabajo; de él interesa el inc. 3, el cual, sobre la libertad de expresión, prescribe que: “...*Puede estar sujeta a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:* a. *Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás.* b. *La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas...*”. En este contexto; en el núm. 22, se señala que las restricciones -interpretadas y aplicadas con sumo cuidado- solo podrán se impuestas siempre y cuando: 1. Exista una ley especial que las regule, 2. Se protejan los derechos o la reputación de los demás, la seguridad, el orden público, la salud o la moral públicas y 3. Deberán ser necesarias y proporcionadas. Por ello, el núm. 25, señalará que; la ley debe especificar, precisar y proporcionar suficientes orientaciones para la debida aplicación de la restricción. Sobre el *acápito a.* en lo referente a qué se entiende por derechos, se explicita que estos son aquellos reconocidos en el Pacto y en los documentos internacionales sobre Derechos Humanos adscritos por los Estados Partes, por ende; se colige que, aunque este documento exhorta a los Estados en el núm. 35, a efectuar razones legítimas para la restricción debida al derecho a la expresión, ello no es óbice para la protección al derecho a la intimidad y afines (honor, imagen, etc.). Igualmente, en un contexto de actualidad, en el núm. 43; se prescribirá que las limitaciones a sitios web, blogs, sistemas de información (*redes sociales*), proveedores o motores de búsqueda en internet solo serán admisibles en la medida en que su aplicación se realice bajo los parámetros del inc. 3 del art. 19, por tanto, desde una interpretación

amplia se hace posible en defensa del respeto a la intimidad la aplicación de restricciones a las nuevas tecnologías que infrinjan de manera abusiva este derecho (Observación general N° 34, Artículo 19, Libertad de opinión y libertad de expresión. ONU: Comité de Derechos Humanos (CDH). 12 de septiembre de 2011. Recuperado de: <https://www.refworld.org/es/category,REFERENCE,HRC,,4ed34b942,0.html>)

b. Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950).

Este instrumento es base respecto a cómo se ha de interpretar el art. 11, sobre la libertad de expresión de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que dicta: “...1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. 2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo...*”; así, de este artículo, se verifica que no hace referencia explícita a la debida imposición de restricciones y además, se colige que ha sido escrito continuando el espíritu de la doctrina del art. 19, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, esto es; describe una definición general sobre el derecho en comento; por lo que debido a esta escritura amplia la lectura de la Carta debe de seguir la línea del inc. 2 del art. 10 (art. 18), del Convenio Europeo, el cual afirma que: “...*El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para...la defensa de...la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales...*” (Mangas Martín A. , 2008). En este sentido, Francisco Segado interpretando este inc. 2 del art. 10, del Convenio Europeo señala que tales restricciones se han de considerar como injerencias legales por parte de las autoridades públicas solo en función de la construcción de una sociedad democrática y deberán cumplir 3 requisitos para la debida y proporcionada aplicación: **1.** Estar adecuadamente detalladas en una ley bajo los parámetros precisos del principio de legalidad. **2.** Salvaguardar los bienes jurídicos descritos en el inc.2; es decir, entre otros: la protección de la moral, la reputación o los derechos de los demás. Así, Segado, explica que la moral es un concepto cambiante y con diversas interpretaciones según contexto social; por ende, la aplicación de la

restricción estará dirigida a proteger determinados estándares éticos pertenecientes a un particular grupo social; sin embargo, en diversa jurisprudencia europea; se ha descrito que los derechos y libertades descritas en las diversas leyes en cierto modo son valores morales positivizados. **3.** Necesidad imperiosa e imprevista para propiciar la conservación de una sociedad democrática y la vez; la asunción de deberes y responsabilidades derivados del ejercicio de la libertad de expresión (Fernández Segado).

c. Declaraciones conjuntas para la libertad de expresión.

Desde el año 1999 se han venido elaborando y reafirmando Declaraciones Conjuntas –principalmente- entre las Relatorías Especiales de la ONU y la OEA -y otras entidades internacionales- con el propósito de iluminar y ofrecer lineamientos a los Estados, organizaciones civiles, abogados, periodistas, medios de comunicación, etc.; sobre la manera de interpretar las garantías a la libertad de expresión y la libertad de opinión con el objetivo de establecer normas claras para la protección de la democracia y los demás derechos y contrarrestar la propaganda y la incitación a acciones terroristas y la violencia de cualquier índole (OEA. CIDH. Relatoría especial para la libertad de expresión. Documentos básicos. Declaraciones conjuntas. Recuperado de: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/documentos_basicos/declaraciones.asp). De esta forma, atendiendo a la presente investigación se recogen las siguientes:

c.1. Desafíos para la libertad de expresión en la próxima década (2019).

Aquí, se exhorta a los Estados acerca de la necesidad imperiosa de la creación; tanto de medidas regulatorias como de definiciones (vocabulario) precisas y no arbitrarias en lo que respecta a la aplicación de restricciones a la libertad de expresión (viralización de publicaciones) en las nuevas tecnologías de Internet (encriptación, anonimato, inteligencia artificial, etc.) a la luz del derecho internacional, empero; colateralmente se debe prohibir la vigilancia ilegal o arbitraria, específicamente en lo concerniente a los famosos “spyware” que son software descargados involuntariamente al dar clic a algún enlace en Internet, por ejemplo; en las redes sociales, blogs; etc., permitiendo a un tercero el acopio y registro ilegal de los datos personales y actividades de navegación sin el debido

consentimiento del usuario; en este ámbito; de igual forma, los gobiernos han de asegurar que la utilización de las redes móviles 5G no conculquen el derecho a la privacidad de las personas (OEA. CIDH. Relatoría especial para la libertad de expresión. 2019. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1146&IID=2>).

c.2. La independencia y la diversidad de los medios de comunicación en la Era Digital (2018).

Esta declaración obliga a los Estados a la salvaguarda debida de la privacidad digital y de los datos personales de los periodistas, esto es; la creación de medios adecuados para la protección de la fuente, apuntes y archivos profesionales de noticia la cuales gozan de un carácter confidencial y reservado. De igual modo, en lo que respecta a la regulación de las plataformas en línea esta debe aplicarse bajo los estándares internacionales, en otras palabras, teniendo en cuenta el test de restricción (previsión en la ley, fin legítimo, y ser necesario y proporcional); en vista de esto, se insta a los medios de comunicación a no permitir los spamming, es decir, fungir de intermediarios de mensajes o noticias indiscriminadas y no consentidas por medio del correo electrónico a los usuarios, por lo que, se debe reforzar el profesionalismo ético y adoptar sistemas de autorregulación digital. Finalmente, y sorprendentemente, esta declaración considera el derecho al olvido como cierta forma de impedimento a la libertad de expresión y se solicita a los Estados a una aplicación proporcional mediante un debido proceso (OEA. CIDH. Relatoría especial para la libertad de expresión. 2018. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1100&IID=2>).

c.3. La libertad de expresión y noticias falsas (fake news), desinformación y propaganda (2017).

Este instrumento, enfatiza que la tergiversación dolosa y negligente de determinadas noticias de carácter relevante y crucial para la sociedad utilizadas por autoridades estatales o particulares en plataformas digitales (redes sociales, etc.) en ocasiones podría dañar -de manera exponencial- la reputación y privacidad de las personas; por tanto, los medios de comunicación y la sociedad deben crear formas de identificación y eliminación de tales contenidos, pero de manera contradictoria; la relatoría exhorta a los intermediarios digitales a no utilizar procesos automatizados para limitar la búsqueda o difusión de contenido digital conociendo

que son estos los modos de identificar tales noticias falsas (OEA. CIDH. Relatoría especial para la libertad de expresión. 2017. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1056&IID=2>)

c.4. Mecanismos internacionales para la promoción de la libertad de expresión (2011).

Se destaca aquí, la posibilidad justificada de aplicación del *“bloqueo obligatorio a sitios web, direcciones IP, puertos, protocolos de red o ciertos tipos de uso como redes sociales”* bajo los parámetros de los estándares internacionales con el propósito primordial de la protección de la moral de los niños y adolescentes, aunque, es de notar que en el concepto de la relatoría el sistema de filtrados a cargo de autoridades y particulares son consideradas como medidas extremas; en otras palabras, a nivel de censura previa, denotando de este modo aquella inclinación y defensa preferente por la libertad de expresión respecto de la defensa al derecho a la intimidad y/o privacidad de los usuarios (OEA. CIDH. Relatoría especial para la libertad de expresión. 2011. Recuperado de: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849&IID=2>).

d. Convención Americana de Derechos Humanos (1969).

En este ámbito; se hace vital invocar el art. 13, de la Convención, así; en el inc. 2, se prescribe que: *“...El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas...”*. A diferencia de otros documentos internacionales; a tenor de este inciso, este documento prohíbe con carácter absoluto la imposición de límites de cualquier índole, en otras palabras; se le equipara a la misma censura, o mejor; son censura; por lo que, solo serán admisibles mediante leyes –idóneas, necesarias, proporcionadas- que regulen la responsabilidad posterior a la vulneración del derecho o bien ajeno (la responsabilidad ulterior y el test tripartito se desarrollará más adelante). Por tanto; desde un contexto actual de las redes sociales; tratar de ocuparse de la defensa justa del derecho a la intimidad resulta más complicado, por no decir, irrisorio y utópico pues la preferencia a favor de la libertad de expresión es aún (exponencialmente) mayor con el adelanto de la tecnología (García Ramírez & otros, "La libertad de expresión (2018) En la jurisprudencia de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos: de la Opinión Consultiva OC-5/85, de 1985, a la sentencia sobre el Caso Carvajal y otros, de 2018", 2018). En este sentido; en el art. 13; solo se permite la excepción de la censura previa (límite) a tenor del inc. 4, que afirma: "...Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2...". De esto, se desprende que en el caso de los espectáculos públicos y afines; se debe tener en cuenta que estos no transgredan la moral de los infantes o adolescentes; por tanto, antes de ser emitidos o publicados han de pasar por el visto bueno de autoridad competente (OC-5/85). De este modo, según el presente investigador y conociéndose de antemano que la Red Facebook es un ente tecnológico –intermediario- que posibilita actualmente a miles de infantes y adolescentes el poder acceder a múltiples programas en vivo o grabados (o fotos) que fungen de espectáculos públicos; los cuales no cuentan con regulación de edad ni son examinados previamente en aras de la abusiva libertad de expresión, entonces; ¿en interpretación de este inciso es oportuno e imperioso la colocación de límites tecnológicos para salvaguardar la moral de aquellos; comprobándose que los menores hoy se han convertido en hábiles usuarios de la tecnología? (nativos digitales). En respuesta a esta cuestión problemática y en respeto sumo del Interés Superior del Niño habría que salvaguardar de primera mano el derecho a la intimidad de estos, y más aún; habiéndose evidenciado que Facebook ha creado un nuevo dispositivo interno para Chat de Niños lo que implica mayor cuidado de los padres a hijos.

Posteriormente, en el inc. 3 del art. 13; descrito en espíritu apertus; se va a detallar las diferentes formas de *sanciones no extremas, medidas indirectas o censuras indirectas*; que aunque, su nomenclatura posee un cierto sonido de flexibilidad, siempre contienen el carácter de absolutamente prohibidas, entre estas se tiene "...abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódico, de frecuencia radioeléctrica o de enseres y aparatos utilizados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios..." (Steiner & otros, 2014). En razón de esto, se podría enumerar y explicitar otras limitaciones indirectas entre las cuales, Catalina Botero señala: "Bloqueo o filtrado a un blog de Internet, revocar la nacionalidad al accionista mayoritario de un medio crítico opositor al gobierno, iniciar procesos penales por difamación, calumnia e injuria contra

defensores de derechos humanos, cargas excesivas tributarias o administrativas contra medios de comunicación, etc.". En esta línea; la Declaración Conjunta del año 2011 (visto supra) detalla que los Intermediarios de Internet (por ejemplo: las redes sociales); los cuales se encargan bajo el principio de mera trasmisión de la sola trasferencia de contenidos en línea, están *exceptos de responsabilidades civiles o penales* que involucren contiendas entre usuarios (Botero & otros, "Caja de herramientas para escuelas judiciales iberoamericanas. Formación de formadores en libertad de expresión, acceso a la información pública y seguridad de periodista", 2017).

En suma, desde esta lectura de absoluta prohibición sobre colocación de límites directo e indirectos y partiendo desde la interpretación de las guías o manuales para jueces iberoamericanos de la OEA; se logra percibir que la tendencia o lineamiento actual es llevar a extremos a la libertad de expresión; por tanto, pensar en alguna forma de delimitación para el respeto al derecho a la intimidad solo resultaría en aceptación *hiperabusiva* (autoría del investigador) de la libertad de expresión y la consecuente resignación injusta y constante del agravio. No obstante, esta posición; y atendiendo a las nuevas tecnologías y a la realización de una convivencia virtual pacífica; el presente investigador piensa que es necesario la colocación de semáforos en red para poder sobrellevar de la manera más justa y civilizada la nueva interacción en la redes sociales; sabiendo de antemano que el fin último y primordial del Derecho mismo está sustentado en principios superiores que lo sobrepasan y fundamentan; los cuales han proclamado históricamente la defensa de la parte más débil en el proceso; en este caso; la salvaguarda de la privacidad del usuario negligente o despistado.

2.2.2.3.3. Los límites al derecho a la libertad de expresión en España, Colombia y México.

En este apartado; se cita doctrina y jurisprudencia comparada para los fines de una mejor fundamentación de la presente investigación.

2.2.2.3.3.1. En España.

2.2.2.3.3.1.1. En la Constitución Española.

Este punto, es oportuno a la presente investigación pues el derecho español constituye paradigma ineludible para el latinoamericano. De este modo; el inc. 4 del art. 20, respecto de los límites a la libertad de expresión se rescribe que: *“Estas libertades (libertad de expresión e información) tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”*; por lo que, a voz de Ignacio Villaverde señala que el presente inciso ha sido redactado bajo el espíritu del inc. 3 del art. 19, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; esto es; este derecho puede estar sujeto a ciertas restricciones necesarias y expresamente fijadas por ley (visto supra) y tal como lo indica el inc. 2. del art. 10, de la Constitución Española, *“las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades de la misma se han de interpretar conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales ratificados”*; ello, en consonancia con el inc.1 del art. 53; la cual obliga y vincula a todos los poderes públicos en la salvaguarda y respeto a los otros derechos prescritos en el Título I sobre derechos y deberes fundamentales y de manera especial aquellos personalísimos, entre ellos la intimidad y afines; pues, son estos con los cuales la libertad de expresión se encuentra en conflicto o contienda de manera dinámica y constante (Villaverde Menéndez, 2018). Dicho esto, se ha de tener presente que, en el ámbito histórico jurisprudencial español predomina marcadamente la doctrina de la posición prevalente –no jerárquica- a partir de la *Sentencia Handyside* (1976) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; en la cual, se otorga preferencia a la libertad de expresión al momento de entablarse algún conflicto con otros derechos y libertades fundamentales; entre ellos -especialmente- los derechos al honor, ***intimidad personal*** y a la propia imagen; esta inclinación de favor se maximiza en el caso de expresiones vertidas por los profesionales de la información con respecto a asuntos de interés público (veracidad). Así, este derecho es de tal preeminencia que es el precepto que más sentencias de recurso de amparo ha generado en la jurisprudencia española a seguida del principio de igualdad y garantías jurisdiccionales españolas (González-Trevijano Sánchez, 2019).

2.2.2.3.3.1.2. En la Legislación Especial Española.

a. Ley Orgánica N.º 03-2018: Sobre la protección de los datos personales y garantía de los derechos digitales.

En este orden de ideas; el presente investigador trae a colación esta ley; cuyo Título X sobre las Garantías de los derechos digitales; es posible ser aplicado a la defensa del derecho a la privacidad en redes sociales. Así, el art. 82, prescribe acertadamente que los derechos de los usuarios respecto de las comunicaciones que se transmiten o reciben por medio del Internet, deben estar protegidas o aseguradas contra cualquier injerencia extraña; por tanto, se infiere que las conversaciones de los particulares –por ejemplo, a través de las redes sociales- no podrán ser interceptadas ni publicadas sin el consentimiento de los titulares. En otras palabras; no se permite la intrusión de terceros; añadiéndose, además; de manera aclaratoria que, los proveedores de Internet deberán informar sobre los derechos que protegen a los usuarios. Asimismo, en aras de la protección de la moral de los menores, en el inc. 1 del art. 83, como en el inc. 1 e inc. 2 del art. 84, se insta al sector educativo, responsables, representantes, personas físicas y jurídicas (art. 92) a la enseñanza en la adecuada utilización de los medios digitales – internet- sobre todo en lo que respecta a la salvaguarda propia y ajena de los derechos fundamentales y en especial, a la protección, respeto y a garantías de la intimidad personal y familiar como de los datos personales, percibiéndose así un claro lineamiento al Pacto Internacional. En esta línea, en caso de la vulneración de los derechos personalísimos –de mayores o menores- sea en las redes sociales como servicios equivalentes es posible por medio de protocolos adecuados la utilización del derecho de rectificación frente; tanto a los particulares como a los medios de comunicación digital (art. 85). Finalmente, en el art. 94, se posibilita al usuario –toda persona- alegar el derecho al olvido en servicios de redes sociales y equivalentes por medio de una simple solicitud (inc.1) cuando hubiere proporcionado consentidamente datos personales a los proveedores o terceros cualquiera, por lo que a *contrario sensu* si no los otorgó, la ley le ha de amparar en mayor grado cuando solicite la supresión o modificación de los mismos (inc. 2); y debiéndose realizar sin mayor dilación en caso de tratarse de menores de edad (inc.

3). En caso de muerte; las personas legitimadas –familiares cercanos o representantes legales- tienen el justo derecho al mantenimiento o eliminación del perfil del difunto (inc. 2, art. 96) (Ley N.º 03-2018. “Ley Orgánica de datos personales y garantía de los derechos digitales”. 06 de diciembre de 2018. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. España. Recuperado de: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2018/12/05/3>).

2.2.2.3.3.2. En Colombia.

2.2.2.3.3.2.1. En la Constitución Colombiana.

De una lectura del art. 20, el cual prescribe, que: “...se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura...”; se infiere, que no es explícito al tratar los límites a la libertad de expresión; por ello, se tiene a bien recurrir al *fundamento N.º 5.3.1 de la reciente Sentencia T-155-19* cuyo numeral 5.3.1, aclara que la libertad de expresión recibe o goza de protección especial, prevalencia, primacía o presunción constitucional en el caso de conflicto con otros derechos o libertades fundamentales. Esta preferencia, no obstante será susceptible de limitaciones o restricciones sospechosas (fundamento N.º 5.3.3) cuando el otro derecho, valor o principio constitucional adquiera mayor peso en algún caso concreto, por ejemplo, no es admisible realizar insinuaciones sobre una persona ajena con el solo propósito de fomentar el escándalo público mediante la divulgación –intención dañina o negligencia- de información falsa, parcial, incompleta e inexacta (fundamento N.º 5.3.2); de este modo, la sentencia afirma que para una óptima ponderación se ha de tener en cuenta las *circunstancias y condiciones admisibles* recomendadas por la Convención Americana. De igual modo, paralelamente en el contexto del internet (redes sociales), en el fundamento N.º 5.4.10, se afirma que quien haga uso de los medios de comunicación masivo, entre estos las redes sociales; antes de una publicación –información- sobre actividades de algún funcionario público se debe realizar una diligente labor de constatación y confirmación, por lo que, la rigurosidad de la ponderación se acrecentará respecto de información u opiniones sobre un tercero particular, ajeno a la vida pública en razón del carácter exponencial de la

difusión del mensaje en Internet en donde los parámetros de discreción son fluctuantes en comparación de los tradicionales (fundamento N.º 5.5.10); pues a mayor audiencia, mayor protección frente a los excesos (fundamento N.º 6.3.2) pues la valuación de la vulneración del derecho conculcado será mucho mayor⁸.

2.2.2.3.3.2.2. En la Legislación Especial Colombiana.

a. Proyecto de Ley N.º 176-2019C: Políticas de uso y apropiación de las redes sociales y otras disposiciones generales.

Actualmente se debate este proyecto en el Senado Colombiano con el fin de regular el abuso; extralimitación o uso inadecuado de la libertad de expresión sobre los derechos a la intimidad y el honor en contra tercero en las redes sociales virtuales. Este documento se convierte en paradigma a citar pues, sea que se convierta en ley o no; el lineamiento y propósito central y original es la catedra (enseñanza) en todas las instituciones educativas del país acerca del uso moralmente debido y adecuado de cómo utilizar las redes sociales y la concientización de los menores (14 años a más) en el respeto a los derechos personalísimos propios y de los demás en la siempre constante interacción tuitiva de respectivos de los padres y responsables (arts. 11 y 12); para el logro del objetivo se pretende controlar parcialmente la red sin llegar a menoscabar la libertad de expresión (art. 1). En lo que respecta a las limitaciones, se las detalla y gradúa oportunamente en el Título III; en lo concerniente a las prohibiciones, obligaciones y deberes, en los arts. 5, 6 y 7, respectivamente; al respecto se trae a colocación las siguientes prohibiciones atinentes al presente trabajo, entre ellas: “...3. *Publicar cualquier tipo de dato, información, archivo, fotos, videos de otras personas de cualquier edad, sin el consentimiento expreso o escrito de las mismas (mayores)*...5. *Usurpar la identidad de otro y crear perfiles que no representen a una persona real o incurrir en la comisión de conductas punibles reprochables penalmente.* 6. *Publicar expresiones o comentarios insultantes o amenazantes acerca de otras personas, grupos o comunidades que agravién, afecten u ofendan su buen nombre, honra, intimidad, integridad personal, libertad de expresión o ejercer acoso por internet.* 7. *Sobreexponer su intimidad o revelar información personal y sensible dentro del perfil, como información económica,*

⁸ STC T-155-19, FF.JJ. N.º 5-6 del 04 de abril de 2019. Colombia. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-155-19.htm> . Visitado el 30 junio de 2020.

financiera, dirección de residencia, teléfono o información sentimental...” (Proyecto de Ley N.º 176-2019C. “Políticas de uso y apropiación de las redes sociales y otras disposiciones generales”. 20 de agosto de 2019. Congreso de la República de Colombia. Colombia. Recuperado de: <https://www.camara.gov.co/redes-sociales>).

2.2.2.3.3.3. En México.

2.2.2.3.3.3.1. En la Constitución Mexicana.

En el primer párrafo del art. 6, de la Constitución Política -Estados Unidos Mexicanos- se indica que: *“la manifestación de ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa sino en el caso de ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros...”*; de donde se deduce que está prohibido el examen o escrutinio previo (calificación y aprobación) sobre cualquier tipo de expresión a ser difundida por parte de autoridades judiciales o administrativas, y desde una interpretación basada en la suscripción de los tratados internacionales; aquella prohibición se extiende aún al órgano legislativo (Cázares Virgen, 2010). Del mismo modo, siguiendo a Amalia Cobos y en concordancia con el primer párrafo del art. 7, se asienta que *“...no se puede restringir este derecho por vías o medios indirectos...por cualesquiera otros medios o tecnologías de la información y comunicación...”*. En definitiva, en el segundo párrafo a modo de conclusión explicativa, refiere: *“Ninguna ley ni autoridad pueden establecer la previa censura, ni coartar la libertad de difusión que no tiene más límites que los previstos en el art. 6...En ningún caso podrán secuestrarse los bienes utilizados para la difusión...”* (Cobos Campos, "El Contenido del Derecho a la Intimidad", 2013).

2.2.2.3.3.3.2. En la Legislación Especial Mexicana.

En esta línea, existen variada ley federal-especial al respecto; de las cuales se ha traído a citación las siguientes:

a. Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (2014, actualizada al 2020).

En el art. 145, sobre la neutralidad de las redes invoca a los concesionarios y autorizados a sujetarse a una lista de lineamientos, entre ellos salvaguardar la privacidad de los usuarios y la seguridad en la red y en este aspecto en el art. 298, se establece una sanción del 2.01% hasta 6% de los ingresos a aquellos que no

establezcan las medidas necesarias para garantizar la confidencialidad y privacidad de las comunicaciones de los usuarios (Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión. 14 de junio de 2014. Diario Oficial de la Federación de México. México. Recuperado de: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lftr.htm>).

b. Ley de Responsabilidad Civil para la protección del derecho a la Vida Privada, el Honor y la Imagen el Distrito Federal (2006, actualizada al 2014).

Esta ley tendrá como finalidad a razón del art. 1 (arts. 3 y 5); regular el daño patrimonial moral derivado del abuso del derecho a la información y de la libertad de expresión; estableciéndose en el art. 8, que estos deben ejercerse en armonía con los derechos de la personalidad. En los arts. 9, 10 y 11; se afirma que la vida privada no es de incumbencia de terceros ajenos ni de interés público; por lo que, en art. 12, se concluye alegando que los hechos y datos sobre la vida privada ajena no deben constituir materia de información aclarándose que no pierde la condición de íntimo ni de vida privado aquello que ilícitamente es difundido. En armonía con el derecho a la imagen del art. 19, se refiere que nadie podrá publicar, reproducir, exponer ni vender la imagen del titular sin el consentimiento de este, a excepción de los casos por notoriedad pública, función pública, sucesos de interés o lugar público por lo que si existiera vulneración por requerimiento del interesado la autoridad judicial podrá disponer el cese del abuso y la reparación de daños respectiva (Ley de Responsabilidad Civil para la protección del derecho a la Vida Privada, el Honor y la Imagen el Distrito Federal. 18 de noviembre de 2014. Gaceta Oficial del Distrito Federal. México. Recuperado de: <http://aldf.gob.mx/archivo-bf7113fe54a3042531735d5b5d7eb27a.pdf>).

2.2.2.3.4. Los límites al derecho a la libertad de expresión en el Perú.

Habiendo recorrido diversos conceptos para lograr un mejor entendimiento a la presente investigación, ahora se revisará propiamente el derecho nacional:

2.2.2.3.4.1. Desde la Constitución.

Como ya se conoce, la Constitución del 93 ha sido redactada a fines del siglo pasado; contexto en el cual existía un manejo remoto en lo concerniente a las tecnologías digitales actuales, muy diferente y diverso de lo que hoy se experimenta a nivel de internet en el Perú; el futuro se reflejaba solo a través de series o películas en la que la velocidad de comunicación permanecía en la sola imaginación; teniendo en cuenta esto; en esta sección, el investigador añadirá el pensamiento crítico

propio a la bibliografía encontrada. Así, el primer párrafo del inc.4 del art.2, se afirma que todas las personas en el Perú tienen derecho: “a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento, mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo responsabilidades de ley...”; teniendo en cuenta la redacción de este artículo se procede a un análisis sistematizado a fin de una mejor comprensión; se tiene así:

a. Las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento, mediante la palabra oral o escrita o la imagen.

El Tribunal Constitucional afirma en el *fundamento N.º 13, de la Sentencia Constitucional N.º 02262-2004-HC* que el presente artículo protege tanto al emisor como al receptor del mensaje difundido (oral, escrita, o imagen)⁹. En este sentido, la salvaguarda es puntualmente sobre el derecho a la información y al derecho a la expresión; en otras palabras, el Tribunal ha seguido el espíritu del art. 13, de la Convención Americana al afirmar que se tiene el derecho tanto a buscar, recibir y difundir hechos noticiosos imbuidos de una prudente veracidad e imparcialidad como a la libertad de opinar con respeto y congruencia sobre asuntos de *relevancia pública*. Además, en el *fundamento N.º 49, de la STC N.º 00012-2018* se puntualiza que, aunque la libertad de información nazca de la libertad de expresión; ambas se configuran como derechos independientes con objeto de protección distinto, pues, una salvaguarda la difusión del hecho noticioso; y la otra propiamente, la sola expresión(opinión). Vale decir que; bajo el espíritu de este párrafo constitucional compartir contenido en el Facebook concretiza en la actualidad la difusión de la libre expresión por medio de comentarios, imágenes, fotos, etc.¹⁰.

b. Por cualquier medio de comunicación social.

En primer lugar, en el *fundamento N.º 19, de la STC N.º 00015-2010-PI* se define a los medios de comunicación como las personas jurídicas (o naturales) que procuran garantizar el cumplimiento eficiente de la optimización de las libertades

⁹ STC 02262-2004-HC, FJ N.º13 del 17 de octubre de 2005. Perú. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02262-2004-HC.pdf> . Visitado el 02 de julio de 2020.

¹⁰ STC 00012-2018, FJ N.º 49 del 12 de octubre de 2018. Perú. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00012-2018-AI.pdf> . Visitado el 03 de julio de 2020.

informativas¹¹ es decir; estos medios (radio, televisión y prensa) son instrumentos que sirven para difundir de manera adecuada (técnica) las libertades de expresión e información a los –miles- de receptores y la utilización de los mismos garantiza concretamente el pluralismo informativo y por tanto, coadyuva en la construcción de una sociedad más democrática (art. 3 de la Ley N° 28278, Ley de Radio y Televisión). Actualmente, se extiende la terminología medio de comunicación a los medios digitales los cuales se utilizan en mayor grado por su velocidad y mayor capacidad de difusión del mensaje a nivel de organizaciones, colectivos, gobiernos o particulares respecto de los múltiples seguidores de la información; por ello, se debe entender el adjetivo *cualquier* en sentido amplio, esto es; en referencia a todo tipo de medio de comunicación de masa como televisión, radio, periódicos, correo postal, teléfono, fax, correo electrónico, historieta, cine, internet, sitios web y/o redes sociales (Facebook, Twitter, WhatsApp y otras) etc. (Medio de comunicación (sin fecha). En Wikipedia. Recuperado de: https://es.wikipedia.org/wiki/Medio_de_comunicaci%C3%B3n. Visitado el 07 de julio de 2020).

c. Sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos.

El *Tribunal Constitucional ha afirmado en el fundamento N.º 168, de la Sentencia Constitucional N.º 00012-2018-AI*, que los derechos constitucionales no gozan de carácter ilimitado; no son absolutos, por lo que, al hacerse efectiva la libertad de expresión -información- por medio de expresiones o datos que al difundirse vulneren otros principios o derechos se acarreará consecuentemente responsabilidad posterior por parte de quien las emitió¹². Asimismo, el mismo Tribunal en el *fundamento N.º 15 de la Sentencia Constitucional N.º 02262-2004-HC* ha clarificado qué se entiende por: 1. *Autorización previa*. Solicitar permiso a alguna autoridad para poder expresarse. 2. *Censura previa*. Revisión de que se va a informar, opinar, expresar o difundir pudiendo ser pasible del veto. 3. *Impedimento*. Implementación de obstáculo o prohibición (límite) previo a la

¹¹ STC 00015-2010-PI, FJ N.º 19 del 11 de septiembre de 2012. Perú. Recuperado de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00015-2010-AI.html> . Visitado el 05 de julio de 2020.

¹² STC 00012-2018-AI, FJ N.º 168 del 11 de octubre de 2018. Perú. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00012-2018-AI.pdf> . Visitado el 07 de julio de 2020.

publicación¹³. Haciendo un traslado a la red social Facebook, se corrobora que los usuarios han portado a la libertad de expresión a extremos convirtiendo esta plataforma virtual en un campo de batalla con opiniones e imágenes de toda índole que transgreden la intimidad y el honor de las personas de manera constante, en otras palabras, se ha creado un mundo paralelo en el cual se concretizan toda clase de ofensas que en un plano real no sucedería ni sucede con la frecuencia y velocidad de la red en comento.

2.2.2.3.4.2. Límites constitucionales.

En algunos incisos del art. 2, de la Carta Magna es posible descubrir que el operador constitucionalista ha prescrito de manera indirecta algunos límites a la libertad de expresión (información), a saber:

a. El ejercicio de todas las confesiones es libre siempre y cuando no se ofenda la moral ni se altere el orden público (1.^{er} párr. del inc. 3).

b. El secreto bancario y la reserva tributaria solo puede levantarse a solicitud del Juez, Fiscal de la Nación o de una Comisión investigadora del Congreso en razón de ley especial y en función del caso investigado (2.^o párr. del inc.5).

c. Los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados; no pueden proporcionar información que afecte la intimidad personal y familiar (inc. 6).

d. La libertad de expresión también está limitada por el honor y la buena reputación, la intimidad personal y familiar, así como la voz y la imagen (inc. 7).

2.2.2.3.4.3. Desde la Legislación Especial.

Aquí solo se hará hincapié en la Ley de radio y Televisión y el Código de ética de los periodistas del Perú en vista que la mayoría ya ha sido señalada en el punto sobre el derecho a la intimidad y la privacidad; así:

a. Ley N° 28278: Ley de radio y televisión.

Se verifica que en el Art. II, se ha prescrito una serie de principios los cuales fungen como límite al derrotero del ejercicio informativo veraz e imparcial (inc. e) el cual tendrá como eje fundamental la defensa de la persona y el respeto a la dignidad humana (inc. a) descrita en la Constitución y los Tratados internacionales (inc. b;

¹³ STC 02262-2004-HC, FJ N.º 15 del 17 de octubre de 2005. Perú. Recuperado de: <https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/gaceta/gaceta/jurisprudencia/02262-2004-HC.html> . Visitado el 08 de julio de 2020.

art. 33). Esta premisa se concretiza mediante el fomento de una educación ética y moral –valores- (inc. f) para una adecuada y oportuna protección y formación de los niños, adolescentes y de la célula familiar (inc. g) por ejemplo; regulando el horario familiar (arts. 40-44). Además, se puntualiza que la información vertida por los servicios de radiodifusión tradicional -y *digital* (art. 5)- se ceñirán al respeto tanto de los Códigos de Normas Éticas (inc. j); es decir, horario familiar, autorregulación y la cláusula de conciencia (art. 34; 1.^a Disposición complementaria y final) como al *honor, la reputación, intimidad individual y familiar* de la persona (inc. k).

b. Código de Ética del Colegio de Periodistas del Perú.

Finalmente, como sustento de defensa del derecho a la intimidad o privacidad frente al precipitado avance de las redes sociales y, por ende; el auge exponencial de la información; es interesante y relevante recordar y citar algunos deberes esenciales que el periodista asume al momento de ejercer la “*sagrada misión de informar*” y en consecuencia “*buscar siempre la verdad sin incurrir en libertinaje que afecten la dignidad y derechos de las personas*” (Preámbulo), de este modo; se tiene: “...4. *Publicar informaciones y documentos cuyo origen haya sido plenamente verificado, sin suprimir, desnaturalizar, ni añadir hechos que puedan tergiversar la información.* 6. *Rectificar toda información publicada que se revela materialmente inexacta.* 8. *Respetar la vida privada de las personas, el honor, la buena reputación y su imagen, así como su intimidad familiar.* 9. *No hacer acusaciones gratuitas o anónimas.* 10. *El periodista y/o comunicador social deben estar siempre comprometidos con la verdad, la justicia social, el respeto a los derechos humanos y la paz social.* 15. *Está prohibido elaborar material informativo cuya divulgación o publicación resulte denigrante o humillante para la condición humana.* 16. *El periodista y/o comunicador social se guiará en su trabajo por el concepto del servicio público. Su función es social y dirigida al desarrollo integral del hombre y la sociedad...*” (Código de Ética del Colegio de Periodistas del Perú. 28 de abril de 2015. Consejo Directivo Nacional 2013-2015 del Colegio de Periodistas del Perú. Perú. Recuperado de: <https://www.cp-lima.pe/nw/documentos/pdf/codigo-de-etica.pdf>)

En conclusión, la pregunta que permanece siempre a flote sería: ¿es posible afirmar que se cumplen los mínimos éticos de respeto a la intimidad y honor no solo a nivel de los medios de difusión sino también a nivel de particulares los cuales publican infinidad de contenidos sin conocer normativa nacional e internacional ni normativa y condiciones de uso de Facebook?

2.2.3. LA PROSCRIPCIÓN DEL EJERCICIO ABUSIVO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN.

Después de haber recorrido y analizado los derechos en contienda desde un contexto de actualidad y tratando; por así decirlo, de redefinirlos, es decir, readaptarlos; se logra percibir que se está ante realidad paralela de un derecho a la intimidad sin intimidad (autoría del investigador) y un derecho a la expresión abusivamente expresivo (autoría del investigador), por ello; en este capítulo final es vital la clarificación de lo relacionado al concepto de abuso del derecho o ejercicio abusivo de derecho (de la expresión) y a algunas formas o métodos posibles para poder “controlar” este libertinaje expresivo que se dirige a un agujero negro incontrolable donde las leyes internas de los países no poseen la eficacia deseada.

2.2.3.1. Sobre el abuso del derecho.

2.2.3.1.1. Concepto del ejercicio abusivo del derecho.

Al respecto, según Gustavo Ordoqui, el ejercicio abusivo del derecho no es un acto lícito, pues se concretiza cuando el titular de un derecho, sin justificación legítima alguna, respaldado en una regla; actúa (por acción u omisión) con el solo propósito o ánimo de causar daño en el derecho ajeno; por lo que, aquel accionar se convierte en un acto ilícito pues, es contrario a las exigencias (principios) de la buena fe, la moral, las buenas costumbres o el bien público; de este modo, solo es posible el debido resarcimiento mediante: la responsabilidad civil, tutelas inhibitorias, supresión del ejercicio de la posición jurídica, surgimiento de derechos, nulidad de cláusulas, peligro de mala fe, etc. (Ordoqui Castilla, 2014). En el mismo sentido, Fernández Sessarego afirma que, el ejercicio abusivo de un derecho se da solo cuando se consuma una agresión injusta e indebida en contra de un tercero en el campo existencial; sin embargo, dicho embate; no encuentra protección en el ámbito de la legalidad, en razón que, no puede alegar norma expresa con el fin de respaldar su posición; es decir, es atípico. Empero, en estos casos; la doctrina ha visto conveniente el poder invocar los principios generales del derecho, cuales son: no dañar, la buena fe, la moral, las buenas costumbres o la denominada *conciencia jurídica colectiva*; ésta, viene a ser, por tanto, el consenso axiológico que se concreta en normas de convivencia en las cuales las conductas encuentran

inspiración y modelos de comportamiento, en otras palabras; son los ideales o valores conformantes del derecho natural y pasibles de positivización los que serán parámetro para evitar o eliminar el ejercicio abusivo del derecho (Fernández Sessarego, 1992).

2.2.3.1.2. Clases de abuso del derecho.

Siguiendo a Juan Espinoza; es posible clasificar el abuso del derecho en dos clases, las cuales se pueden configurar sea por acción sea por omisión, así se tiene (Espinoza Espinoza, 2011):

a. Por responsabilidad civil.

Es decir, cuando existe el daño consecuencial y es factible tipificarlo como factor de atribución objetivo de responsabilidad civil.

b. Por ineficacia.

Esto es por el abuso de una pretensión procesal.

2.2.3.1.3. Criterios para la determinación del abuso del derecho.

La doctrina constitucional recoge tres criterios:

a. Criterio subjetivo.

Esta postura nace del clásico caso Colmar -Tribunal Francés (1855)- en el cual un propietario mal intencionado construyó una chimenea voluminosa delante de la casa del vecino con el propósito de obstruir la vista panorámica y el paso de la luz solar de la casa aledaña; debido a esto se resolvió que debería limitarse el anormal uso del derecho del titular pues este no contenía un interés serio y legítimo; y a la vez, no representaba ningún beneficio; razón por la cual se ordenó demoler la construcción, dejándose a salvo el derecho al resarcimiento del demandante perjudicado (Gutiérrez, 2013). En esta teoría; es posible identificar 3 características básicas: a. La intención de causar perjuicio, b. La acción culposa y negligente; y finalmente, c. El interés o fin con el cual se realiza el derecho no es serio ni legítimo. Aunque esta teoría a primera vista se encuadra dentro del justo derecho, sin embargo, es pasible de críticas debido a lo difícil que resulta probar cuál sería la

real intención del agente al momento de ejercer u omitir el derecho subjetivo (Fernández Sessarego C. , 1992, págs. 113-116).

b. Criterio objetivo.

Esta postura se contrapone a la anterior, pues el criterio subjetivo posee la dificultad para comprobar intencionalidad del agente, la ausencia de interés serio y legítimo como el beneficio del titular del derecho; por lo que, el criterio objetivo, entonces, es óptimo; en razón que está basado solamente en la finalidad de las consecuencias socio-económicas del goce del derecho, las cuales resultan contrarias a la ley. De esta manera el ejercicio abusivo de un derecho se concretaría mediante la realización de propósitos inmorales que acarrearían la consecuente transgresión de lo social y moralmente aceptado, por tanto, la vulneración de los principios de la buena fe, la lealtad, la moral, las creencias, las buenas costumbres o la confianza recíproca entre contratantes (Fernández Sessarego C. , 1992, págs. 117-118).

c. Criterio Mixto.

Esta teoría va a combinar las dos anteriores; en sí, según Guillermo Borda, estas vías se complementan; en consecuencia, para fijar que el ejercicio de un derecho subjetivo se configure como abusivo o excesivo en el uso; el juez deberá tener en cuenta: la intención de dañar, la ausencia de interés serio y legítimo, si de la variada gama de posibilidades de ejercer el derecho se ha elegido la dañosa para otros, el perjuicio ocasionado es anormal o excesivo, la conducta o manera de actuar es contraria a las buenas costumbres, si se ha actuado de manera no razonable, repugnante a la lealtad y a la confianza recíproca (A. Borda, 1991).

2.2.3.1.4. Concepto de ejercicio abusivo de la libertad de expresión.

Habiéndose realizado un breve recorrido doctrinal sobre el concepto de abuso del derecho, y encuadrando el mismo al tema que nos atañe, entonces; en consonancia con Gustavo Ordoqui, el ejercicio abusivo de la libertad de expresión vendría a ser la transgresión de los límites -tanto internos como externos- de la

libertad de expresión; tales como: el deber de veracidad y objetividad o los derechos personales (intimidad, imagen, honor); abusiva consecuencia de haberse apartado de los principios de la buena fe como del interés general; esto es, el orden público y las buenas costumbres (Ordoqui Castilla, “Abuso del Derecho. En civil, comercial, procesal, laboral y administrativo”, 2014). De este modo; en un contexto actual, Laura Cázares trae a colación un ejemplo al respecto: En el año 2012, una imagen editada de la directora de la Universidad Interamericana para el Desarrollo fue publicada en el perfil institucional de Facebook de la Universidad; aquel retrato había sido deformado agrede y sin el consentimiento de la susodicha; la fotografía poseía dos monedas sobre sus ojos y una pequeña frase en la cual se leía “UNID Ratera”, a petición de la afectada y de otros usuarios de Facebook aquel perfil fue retirado, sin embargo; la directora consideró que se le había provocado un daño por abuso de derecho pues imagen editada mostraba dos monedas y una leyenda en los ojos (Cázares Rosales, 2014, págs. 44-55).

Por lo tanto; el ejercicio abusivo de la libertad de expresión en el Facebook, sería la manera como en la red social se transgrede sin límite alguno los derechos personales; en este caso, el derecho a la intimidad; fundamentándose ilícitamente en el uso del derecho de la libre expresión la cual en esta red no puede ser restringida por autoridad alguna, permitiéndose todo tipo de vulneración de forma diaria y exponencial contra usuarios despistados o negligentes; situación que sobrepasa el control nacional y, por ende, se convierte en un espacio que escapa a las buenas costumbres, a la moral, a la conciencia social de entablar relaciones de mutuo respeto en pos de una sociedad justa y pacífica.

2.2.3.2. Identificación del ejercicio abusivo de un derecho.

Para identificar el ejercicio abusivo del derecho es posible recurrir al análisis de los presupuestos básicos para una configuración del abuso del derecho en sí; asimismo, se ha de echar mano del test tripartito en función de poder aplicar límites al derecho abusivo por medio de la ley particular respecto a otro derecho que viene siendo vulnerado. En último lugar, de modo general en consonancia con la jurisprudencia latinoamericana; cabe la posibilidad última de la aplicación de la responsabilidad posterior o ulterior cuando exista transgresión o daño comprobado

al derecho ajeno, en este caso; el derecho a la intimidad por parte del derecho a la libertad de expresión. Respecto de este último, aunque siempre es necesario el resarcimiento por el daño causado, el presente investigador es de la postura de poder adelantarse al daño; evitarlo y no permanecer estoicos ante la avalancha del libertinaje de la libre expresión en la red social.

2.2.3.2.1. Presupuestos para constatar el ejercicio abusivo de un derecho.

Antes de continuar en este recorrido investigativo, se ha de identificar cuáles son los presupuestos o requisitos para la configuración del ejercicio abusivo de un derecho; en atención a esto, a tenor de Gustavo Ordoqui se tiene (Ordoqui Castilla, "Abuso del Derecho. En civil, comercial, procesal, laboral y administrativo", 2014):

a. Necesariamente tiene que existir, como es lógico; un derecho subjetivo, poder o facultad; el cual se ejercita bajo el respaldo de una ley positiva de manera estricta y de modo general, un derecho o libertad; por ende, el ejercicio del mismo se realiza bajo licitud o legalidad.

b. La práctica del derecho –subjetivo- acarrea un conflicto con intereses de terceros; en otras palabras, la acción u omisión lícita deviene en ilicitud por un factor de exceso, esto es, la realización del mismo atenta contra el interés ajeno en vista que este carece de una protección normativa concreta. Tal acción u omisión lícita abusiva puede concretarse por dolo o culpa; es decir, de manera intencionada o por imprudencia, negligencia o impericia: sin embargo, *no es esencial el motivo o intención de quien lo ejerce.*

c. El derecho subjetivo se ejecuta de manera irregular, antisocial o inmoral; en una palabra, de manera abusiva, pero en apariencia lícita; por lo que, en la práctica y desde un análisis moralmente social se transgreden los principios generales del derecho como el de la buena fe, la razonabilidad, la solidaridad, las buenas costumbres, el respeto social y etc.

d. La consecuencia de un daño jurídicamente relevante debido al accionar excesivo de un derecho devenido en ilícito o abusivo. El daño producido es palpable, posee entidad jurídica suficiente, por lo que, el perjuicio o resultado nocivo es concreto y evidente de manera injusta respecto de la contraparte o de terceros ajenos.

2.2.3.2.2. El test tripartito.

Hoy más que nunca es vital la defensa del derecho a la intimidad, el cual está siendo vulnerado abusivamente en las redes sociales, específicamente en el Facebook, sin poder recurrir a métodos de defensa justos, empero; se recurre al test tripartito para la debida aplicación de la equitativa limitación. Se sigue aquí a Silvia Chocarro en la interpretación realizada por la jurisprudencia interamericana al inc. 2. del art. 13, de la Convención Americana (Chocarro, 2017) en donde se señala 3 condiciones o principios indisolubles para la debida aplicación de los límites a la libertad de expresión, a saber:

a. Principio de legalidad.

Las leyes referidas a la debida restricción de la libertad de expresión han de estar prescritas de manera expresa, taxativa y clara; o sea, evitar en lo posible términos ambiguos tanto en el aspecto formal como material.

b. Principio de legitimidad.

El ejercicio de la libertad de expresión debe orientarse siempre a la protección de los derechos de los demás, la seguridad nacional, la salud pública o la moral pública; vale decir, la libre expresión siempre debe estar encausada en un sistema coherente de valores y principios.

c. Principio de proporcionalidad.

La Corte Interamericana ha establecido que la limitación debe demostrar que:

1. Es necesaria, de modo cierto e imperativo, lo cual implica que el medio de aplicación es el menos gravoso posible para el logro del objetivo legítimo que se persigue;
2. Es idónea para obtener dicho objetivo; en otras palabras, la medida adoptada debe ser un instrumento efectivamente conducente para el logro del objetivo requerido; y
3. Es proporcional; en el sentido que la medida provee el grado de satisfacción (grave, intermedio, moderado) del otro derecho -intimidad- por lo que resulta justificado el sacrificio del derecho a la libertad de expresión (Botero Marino & otros, "El derecho a la libertad de expresión. Curso avanzado de para jueces y operadores jurídicos de las Américas", Centro de estudios de Derecho, Justicia y Desociedad, 2017). En este sentido, el presente investigador ha tenido a bien citar el *fundamento jurídico N.º 6* de la reciente *Sentencia del Tribunal*

Colombiano T - 155/2019 donde se constata los parámetros constitucionales que el juez ha de tener en cuenta en caso de conflicto entre la libertad de expresión con otros derechos, entre ellos el derecho a la intimidad¹⁴:

a. Quién comunica.

Conocer las cualidades del emisor y el rol que desempeña en la sociedad; identificar puntualmente quién es el que se expresa; es decir, puede tratarse de un particular, funcionario público, persona jurídica, periodista, grupo de pertenencia, etc. Como se vio supra; los particulares poseen mayor protección en caso de conflicto en los que se presuma vulneración al derecho a la privacidad o intimidad.

b. De qué o quién se comunica.

Escrudiñar minuciosamente el contenido del mensaje (político, interés público, de odio, simple morbo) examinando si aquel se encuadra en el respeto a los límites a la libertad de expresión; por tanto, ello implica, el análisis caso por caso; tanto de la intención dañina como del resultado desproporcionado. Asimismo, se deberá analizar si el proceso de obtención de la información ha sido realizado dentro de lo considerable y permisiblemente prudente.

c. A quién se comunica.

Valorar cualidades y características del receptor, así como el número de quienes recibirán o podrían exponencialmente recibir la publicación. Por ejemplo, según el presente investigador, en el Facebook; los receptores pueden ser: contactos, seguidores, grupos afines, etc., o también podrían ser indeterminados; pues, aunque si bien la publicación fue dirigida hacia un sector específico; aquella puede ser infinitamente compartida en otros lugares, por lo general, a través del "screen" (copiar imagen) que sortea cualquier impedimento; ya que si bien el usuario coloca la información en modo privado, un tercero (con dolo o culpa) puede compartirlo haciendo uso del screen, así se trate de un video, foto, imagen, comentario, etc.

¹⁴ STC T-155-2019, FJ N.º 6 del 04 de abril de 2019. Colombia. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-155-19.htm> . Visitado el 10 de julio de 2020.

d. Cómo se comunica.

Verificar si la expresión fue realizada mediante el lenguaje oral, escrito, signos o símbolos, expresiones no verbales (imágenes, objetos artísticos, silencio o cualquier conducta expresiva).

e. Por cuál medio se comunica.

Según el medio de publicación será el alcance y número de receptores a los cuales arriba el mensaje. Aquel varía entre periódico, revista, libros, panfletos, fotografía, obra de teatro, frecuencia radial, programas de televisión, manifestaciones públicas, *páginas de Internet, redes sociales, etc.*

2.2.3.2.3. La responsabilidad ulterior.

Es sabido que el inc. 2 del art. 13, de la Convención Americana de Derechos Humanos prescribe que el ejercicio a la libertad de expresión solo puede estar sujeto a responsabilidad ulterior en razón de la prohibición de la censura previa (visto supra); en otras palabras; en caso haya exceso en el ejercicio de la libertad expresión, por tanto, se activa en cada caso y a criterio del juez; la posibilidad de la aplicación de la responsabilidad posterior; por ende; la responsabilidad; así entendida, es consecuencia de una conducta indebida; por lo que en caso de comprobarse el perjuicio a tercero de manera automática se aplica sea la sanción por vía penal o civil. Aunque, ya; de jurisprudencia variada la Corte IDH ha recomendado evitar las sanciones penales pues estas inhiben la capacidad de expresión de los comunicadores o libres pensadores en cuanto a la facultad de poder criticar situaciones relacionadas con la administración del gobierno de turno; de igual modo, la Corte ha afirmado últimamente que las sanciones civiles en el plano de las reparaciones monetarias excesivas influyen como agente inhibidor del libre pensamiento y opinión respecto de los funcionarios de turno (García Ramírez & otros, "La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: de la Opinión Consultiva OC-5/85, de 1985, a la Sentencia sobre el Caso Carvajal y otros", 2018).

En conclusión; como se está percibiendo, la tendencia de la Corte IDH es la exacerbación de la preferencia del derecho a la libertad de expresión frente a otros derechos o libertades, y asimismo como se infiere de las últimas declaraciones

conjuntas y documentos de formación a jueces latinoamericanos existe una tendencia absolutista; es decir, evitar cualquier tipo de sanción o mejor, realizar sanciones justas cuando se trate específicamente del abuso del derecho de la libertad de expresión frente a los derechos personalísimos; no solo en el plano real, sino más aún; en el plano virtual del Internet (las redes sociales), en el cual se protege de manera suspicaz a los intermediarios (corredores) de la información; los cuales no son responsables de información dolosa publicada por los internautas o usuarios.

2.2.3.3. Principios lineales de la libertad de expresión en Internet.

En este ámbito virtual del Internet, en el cual está inmerso el Facebook; es vital conocer cuáles son los principios rectores de la libre expresión según la OEA, para el uso legítimo de las nuevas tecnologías y que los Estados están llamados a proteger; así, en consonancia con Silvia Chocarro, se tiene (Chocarro, “Estándares internacionales de la libertad de expresión: Guía básica para operadores de justicia en América Latina”, 2017):

a. Privacidad.

Velar para que el libre tránsito de información conserve la reserva debida entre los usuarios, sin el temor que el contenido de las comunicaciones sea interceptado y difundido por terceros sin el consentimiento del titular o sean posibles de monitoreo o seguimiento ilegal por parte del Estado o de particulares.

b. Accesibilidad y no discriminación.

Permitir y hacer viable el disfrute de Internet en todo el territorio estatal y, por tanto, evitar que puedan existir personas relegadas del libre acceso y participación virtual en temas coyunturales en razón de la raza, religión, sexo, línea política, nación, etc., esto es, se debe ir reduciendo y acortando paulatinamente el intervalo o brecha digital entre sectores de la población con el fin de un equitativo uso del Internet.

c. Neutralidad de la red.

El contenido informativo no puede estar direccionado por monopolios en el Internet; en otras palabras, los usuarios deben poseer la libertad para poder acceder

a cualquier sitio en la red y compartir información sin restricciones; esto es, sin bloqueos, filtraciones e interferencias.

d. Pluralismo.

Los Estados deben salvaguardar la libre expresión de las múltiples opiniones personales en Internet sobre determinados **temas de interés político y público**, los cuales afectan o inciden en la consolidación de una sociedad más democrática; en otras palabras, las medidas en Internet deben estar enfocadas a que más personas puedan participar de la deliberación en asuntos de relevancia pública.

2.2.3.4. Documentación internacional sobre el abuso del derecho.

a. Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

En el presente punto, por la forma de composición concisa y puntal; solo se recoge el art. 54, de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, el cual prescribe: *“Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá ser interpretada en el sentido de que implique un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Carta o a limitaciones más amplias de estos derechos y libertades que las previstas en la presente Carta”*; así, este artículo ha sido redactado de modo muy similar a otros documentos anteriores; aglomerando de manera conducente el art. 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y art. 17 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así, desde una visión conjunta; el propósito último de este artículo es evitar que individuos o grupos totalitarios o detentadores del poder aduciendo derechos positivados o normas nacionales aleguen justificar la realización de actos abusivos aparentemente legalizados con la clara intención de causar daño a derechos o libertades de terceros, en este contexto; la jurisprudencia del Tribunal ha aplicado el art. 54, y afines para limitar por ejemplo, el ejercicio abusivo de la libertad de expresión respecto de grupos comunistas, racistas o negadores del Holocausto Judío que mediante diversas publicaciones e invocando la libertad de expresión han enarbolado y aprobado directa o indirectamente sucesos trágicos de la Humanidad

(Mangas Martín A. , "Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo", 2008)

2.2.3.5. Legislación comparada sobre el ejercicio abusivo del derecho.

Continuando en con la fundamentación de la presente investigación es importante echar mano de la doctrina de otros países los cuales coadyuven a mejor entendimiento del actual trabajo investigativo.

2.2.3.5.1. En España.

Es de saber que el abuso del derecho no ha sido prescrito en las páginas de la Constitución Española, sin embargo, en el inc. 2 del art. 7, del Título Preliminar del Código Civil se ha establecido que: *"...2. La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso"*. Según Juan Pinaglia, sobrepasar manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho significa, primero; que los límites normales serán aquellos referentes a los parámetros de protección y restricción del contenido mismo del derecho; por lo que, el abuso del derecho se concretará siempre y cuando medie intención de traspasar aquellos límites para causar daño a terceros en el ejercicio de un derecho y segundo; bajo la apariencia de aquel derecho se esconderá un acto que es claramente ilícito (Pinaglia-Villalón & Gavira).

2.2.3.5. 2. En Colombia.

En el acápite 1 del 3.^{er} párrafo del art. 95, de la Constitución Colombiana se prescribe como deber de las personas y ciudadanos: *"...Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios..."*. Al respecto, en el *fundamento jurídico N.º 11 de la Sentencia del Tribunal Colombiano T - 630/97* se señala que, el derecho subjetivo de un determinado titular confiere potestad al mismo para la satisfacción de los respectivos intereses; sin embargo, esto no le autoriza a actuar de forma contraria a la finalidad o propósito legítimo que subyace al mismo derecho. El intérprete constitucional aclara que los derechos no son absolutos, y, por ende, susceptibles de límites y restricciones cuando se trata de proteger derechos ajenos pues no se puede transgredir o dañar ilegítima e injustamente derechos constitucional y

legalmente protegidos¹⁵. De la misma forma, dentro de la ley especial, este ha sido regulado en el art. 830, del Código de Comercio, (pertenece al Título I de las Obligaciones y Libro IV sobre contratos y obligaciones mercantiles) el cual asienta: *“El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”*. El presente artículo está redactado bajo el contexto de la responsabilidad civil, por lo que, una vez comprobado el daño cierto y concreto; quien lo haya causado por extralimitaciones en el ejercicio abusivo de un derecho está en la obligación de resarcirlo por medio de una indemnización. De este modo, en el ámbito del Derecho de Comercio según, Maximiliano Arango, el abuso del derecho dentro del contrato se comporta como una cláusula abusiva y, por ende, este comportamiento implicaría una flagrante violación de un principio general del Derecho, específicamente de la Buena Fe contractual (Arango Grajales, 2016).

2.2.3.5.3. En México.

La figura del abuso del derecho no ha sido considerado explícitamente en la Constitución Mexicana; sin embargo, en lo que atañe a la ley especial; el abuso del derecho se le puede ubicar en el apartado sobre obligaciones que nacen de actos ilícitos; se tiene así, tanto el art. 1910, que afirma explícitamente: *“El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima”* como el art. 1912, el cual establece: *“Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho”* (Código Civil Federal. 31 de agosto de 1928. Diario Oficial de la Federación. México. Recuperado de: <https://www.oas.org/dil/esp/C%C3%B3digo%20Civil%20Federal%20Mexico.pdf>).

2.2.3.6. El ejercicio abusivo del derecho en el Perú.

Ahora se analizará doctrina nacional respecto al abuso del derecho, sin embargo, se ha tener en cuenta que este tema no es específico del derecho civil, sino se extiende a otras ramas del derecho como el comercial, procesal, laboral, administrativo, etc.; además, cabe señalar que en la presente investigación no se

¹⁵ STC T-630-97, FJ N.º 11 del 28 de noviembre de 1997. Colombia. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-630-97.htm>). Visitado el 17 julio de 2020.

pretende examinarla desde las consecuencias de la responsabilidad civil; pues, ello implicaría otra tesis aparte, sino direccionarla hacia una acción preventiva en la red social, es decir, dejar de lado la responsabilidad ulterior que se defiende desde el Convenio de San José (visto supra) y buscar una manera adecuada – en base a la revalorización de los principios generales- que pueda hacer frente a este avalancha de la libertina expresión en el mundo virtual.

2.2.3.6.1. Desde la Constitución.

Al respecto, en la parte final del art. 103 de la Carta Magna se señala que: *“La Constitución no ampara el abuso del Derecho”*; de este modo, en variada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha interpretado y afirmado que el abuso del derecho (abuso en el ejercicio de los derechos) se concretiza, tal como se indica en *fundamento jurídico N.º 9 de la Sentencia Constitucional N.º 02620-2018-PHD/TC*; cuando se pretende *“desnaturalizar las finalidades u objetivos que sustentan la existencia de cada atributo, facultad o libertad reconocida sobre las personas”*; e indica que *“los derechos no pueden usarse de forma ilegítima (...), sino de manera compatible con los valores del propio ordenamiento”*¹⁶. Igualmente, ha dejado en claro que la interposición excesiva de demandas temerarias y sin ningún fundamento es un típico caso de abuso procesal; y en el *fundamento jurídico N.º 8 de la Sentencia Constitucional N.º 00473-2007-PHC/TC* asienta: *“...el abuso de los procesos constitucionales no solo constituye grave daño al orden objetivo constitucional sino también a la tutela de los derechos fundamentales del demás ciudadanos, Esto es así por cuanto al hacer un uso abusivo de los procesos constitucionales se restringe la posibilidad de que este Colegiado pueda resolver la demanda de tutela de quienes legítimamente recurren a este tipo de procesos a fin de que se amparen los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución...”*¹⁷.

2.2.3.6.2. Desde la Legislación Especial.

En el art. II del Título Preliminar del Código Civil Peruano se describe el ejercicio abusivo del derecho de un modo específico y en consonancia con el art.

¹⁶ STC 02620-2018-PHD/TC, FJ N.º 9 del 17 de julio de 2019. Perú. Recuperado de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/02620-2018-HD.pdf> . Visitado el 19 de julio de 2020.

¹⁷ STC 00473-2007-PHC/TC, FJ N.º 8 del 16 de febrero de 2007. Perú. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00473-2007-HC%20Resolucion.pdf> . Visitado el 21 de julio de 2020.

103, de la Constitución, prescribiendo que: *“La ley no ampara ni el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión el interesado debe solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”*. En este sentido, Espinoza Espinoza acotará que; el abuso de derecho deberá ser entendido como límite intrínseco del mismo derecho subjetivo en relación con el principio de buena fe que han de coexistir como principios lineales en las relaciones jurídicas; sin embargo, a crítica de Espinoza esta figura pierde contenido cuando se le trata de encuadrar dogmáticamente dentro del tema de la responsabilidad civil o las reglas de la ineficacia civil (Espinoza Espinoza J. , 2003). Aunque la presente investigación no tiene por fin adentrarse en la responsabilidad civil, empero, de modo aclarativo, Marcial Rubio explica que el abuso del derecho puede ser tratado como ilícito civil enmarcados específicamente en los arts. 1969 y 1970; aunque otros sobre la responsabilidad civil extracontractual dentro del Código Civil (Rubio Correa, 2008).

2.2.3.6.3. Algunas medidas contra el ejercicio abusivo del derecho a libertad de expresión.

En esta sección; el presente investigador hace hincapié en algunas medidas para hacer frente al abuso del derecho, esto es; en lo atinente a la tesis en comento interesa específicamente bibliografía de posibles formas de límites tecnológicos en el mundo del ciberespacio que diversos países han iniciado a incorporar en el derecho positivo respectivo como forma de prevención; aunque, no se deja de señalar las ya tradicionales como son: las cautelares del proceso civil y el proceso constitucional de amparo como último recurso.

2.2.3.6.3.1. Controles actuales en el Internet.

A tenor de Natalia Castilla, existen 3 medidas tecnológicas de vigilancia o retención de datos, requerimientos de acceso y cierre de páginas las cuales pueden ser incorporadas en el software, hardware o en la infraestructura de las redes y servidores de Internet; en vista del control de la libertad de expresión (Castilla Caro, 2019):

a. Proxy.

Intermediarios que fungen de censores sobre proveedores de servicios de Internet, los cuales son colocados para vigilar la cadena de páginas enlace, en otras palabras, controlan o impiden comunicaciones peligrosas, identificando al emisor, al receptor o a los intermediarios de la misma.

b. Puntos de control.

Llamadas tecnologías de información, las mismas que guían la búsqueda conforme a parámetros como la publicidad pagada o el mayor número de entradas a una página; por ejemplo: El RSS (Really Simple Syndication) que es un formato XML (Lenguaje de Mercado Extensible o Lenguaje de Marcas Extensible), el cual permite buscar o brindar información o contenidos sin utilizar un navegador (Agencia de Marketing y Publicidad Digital. “Qué es un RSS y para qué sirve” (sin fecha). Recuperado de: <https://www.ddw.com.ar/blog/guias/119-otros/443-que-es-rss-y-para-que-sirve>) o también Google Ads, el cual es un programa de Google el cual ofrece publicidad en base al patrocinio sobre determinados anunciantes.

c. Equipos en el hardware o software.

Interrumpen u obstaculizan comunicaciones, bloquean pagos a páginas web objetivas o específicas e implementan mecanismos de vigilancia en red.

2.2.3.6.3.2. Medidas cautelares innovativas.

En el Código Procesal Civil se encuentran medidas cautelares específicas en relación al tema en estudio; así, tal como se prescribe en el art. 682, aquellas se aplicarán *“ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional por lo que sólo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley”*. De este modo se tienen:

a. Abuso de derecho.

“Cuando la demanda versa sobre el ejercicio abusivo de un derecho, puede el Juez dictar las medidas indispensables para evitar la consumación de un perjuicio irreparable” (art. 685).

b. Derecho a la intimidad, a la imagen y a la voz.

“Cuando la demanda pretenda el reconocimiento o restablecimiento del derecho a la intimidad de la vida personal o familiar, así como la preservación y debido aprovechamiento de la

imagen o la voz de una persona, puede el Juez dictar la medida que exija la naturaleza y circunstancias de la situación presentada” (art. 686).

Como se ya se afirmado anteriormente estas medidas no resultan eficientes en el ámbito de las redes sociales, específicamente en el Facebook, pues la velocidad de difusión es exponencial y no existen medidas específicas para detener el presunto acto pues se está en un plano diverso como es el mundo virtual y del cual solo el usuario posee el libre acceso y dispone el momento y sobre aquello que puede publicar o no.

2.2.3.6.3.3. Proceso Constitucional de Amparo.

Como se conoce, Víctor Ortecho afirma que esta garantía sumaria interpuesta ante Juez Civil, Mixto o ante la Sala Civil de la Corte Superior; la cual deberá ser resuelta en un plazo que no exceda de cinco días desde la interposición de la demanda (art. 51 C. P. Co.); posee como finalidad el establecimiento de las libertades o los derechos constitucionales -a excepción de la libertad personal y los derechos informáticos- que hayan sido objeto de exceso o abuso (vulneración, amenaza ilegal o arbitraria) por parte de autoridades, funcionarios y aún por cualquier persona particular. De esto modo, se defienden los derechos establecidos en el art. 37, del C.P. Co., y entre ellos, el que interesa a este tema; el del inciso 8: *“Del honor, intimidad, voz, imagen, y rectificación de informaciones inexactas o agraviantes”* (Ortecho Villena, "Procesos Constitucionales y su Jurisdicción", 2012). Este proceso se realizará una vez agotadas las vías previas, es decir, los administrativos o institucionales; sin embargo, tratándose de la velocidad para vulnerar la intimidad en el espacio virtual de la red Facebook, cabría la posibilidad de aplicación de las excepciones conforme al art. 46 del C. P. Co., en los inc. 2 y 3 respectivamente: *“...2. Por el agotamiento de la vía previa la agresión pudiera convertirse en irreparable. 3. La vía previa no se encuentre regulada o ha sido iniciada innecesariamente por el afectado...”*, aunque como se viene afirmando; las diversas clases de defensa procesal de cualquier índole respecto de la red, en este caso; solo servirían para subsanar la vulneración más no para preverla.

Finalmente, sobre la prescripción de la interposición de la demanda, cabe la crítica, pues si en el plano real se permite como máximo un plazo de 60 días desde la afectación y en condiciones normales; qué sucede en el plano virtual y tratándose

de un particular afectado ignorante que no interpuso la acción, así, la vulneración no solo permanece en la red y bajo las riendas del usuario demandado; sino, el mismo Facebook se lo recuerda cada año, lo que no sucede en el plano real que aunque la transgresión sea grave se trata de periódicos, revistas, etc., las cuales van al archivo; en cambio en el Facebook; la vulneración está a la abusiva disposición del agraviante, el cual puede compartir las veces y en el momento deseado (López Viera, 2019).

2.2.3.7. Análisis de la autorregulación abusiva de la Red Social Facebook en el Perú.

En este ítem, se añade que el avance abrupto de las redes sociales ha convertido indirectamente a los usuarios de a mano de privados en públicos; pues, son los likes, los seguir, los me gusta, los contactos, etc.; aquellos que determinan la notoriedad de la persona y sin ser consciente de ello; lo cual, como se viene insistiendo ante un contienda de derechos esta situación coloca en un plano de vulnerabilidad al afectado pues se supone que debió haber leído las normas de la red antes de la respectiva utilización; por ello, para esta parte de la tesis ***el presente investigador ha utilizado como bibliografía las mismas normas y condiciones proporcionadas por la red Facebook*** con el propósito conocer a qué peligros se enfrentan los usuarios respecto del propio derecho a la privacidad y afines (Facebook. “Normas y Condiciones de Facebook” (sin fecha). Recuperado de: <https://www.facebook.com/policies?ref=pf>).

2.2.3.7.1. Red Social Virtual.

En este punto, se recopila información sobre qué es una red social virtual, las características y las clases; con el fin de tener un panorama general sobre qué es o cómo debe entenderse una red social.

2.2.3.7.1.1. Concepto.

En principio, la RAE ha definido el término red -décimo acápite- como el “conjunto de computadoras o de equipos informáticos conectados entre sí y que pueden intercambiar información (Real Academia Española. 2020. Red. En Diccionario de la Lengua Española (24.^a ed.). Recuperado de: <https://dle.rae.es/red?m=form%20-%20GExglxC>). asimismo, el DPEJ (Diccionario panhispánico del español jurídico) sobre red social indica que es un

“servicio de la sociedad de la información que ofrece a los usuarios una plataforma de comunicación a través de Internet para que estos generen un perfil con sus datos personales facilitando la creación de comunidades con base en criterios comunes y permitiendo la comunicación de sus usuarios, de modo que pueden interactuar mediante mensajes, compartir información, imágenes o vídeos, permitiendo que estas publicaciones sean accesibles de forma inmediata por todos los usuarios de su grupo” (Real Academia Española. 2020. Red Social. En Diccionario panhispánico de la Lengua Española (1.ª ed.). Recuperado de: <https://dpej.rae.es/lema/red-social>) por lo que, desde el ámbito terminológico; una red social viene a ser el conjunto de usuarios pertenecientes a una determinada plataforma virtual social, es decir, que hace uso del Internet; en donde se intercambia información de toda índole.

De lo antes acotado, Karina Torres señala que, la finalidad principal de las redes sociales virtuales es la creación de un perfil visible a otras personas; circunstancia que permite contactar a otros usuarios activa o pasivamente en la red -agregar o ser agregado-; estos pueden ubicarse dentro del país de pertenencia o en otros territorios fuera de él; con el fin último de intercambiar en confianza comunicación diversa (Torres Narváez & otros, 2012). Desde un plano filosófico, Alberto Constante; indica que por intermedio de la web 2.0; la red social (virtual) se comporta como una gran memoria que recopila las respectivas biografías de los usuarios, donde *“...todo lo que he puesto, visto y silenciado...me convierten en un sujeto predecible y domesticable...”* y, además, es el lugar en el cual se entablan relaciones de soberanía y dominación; en otras palabras, se interactúa en clave de seguidor y seguidos con personas que apenas conocemos, o mejor dicho; se vive en una cultura de la simulación; esto es; las redes sociales virtuales se convierten en la proyección de las fantasías humanas tanto intelectuales como afectivas, las cuales se comparten con otros “alienígenas” (Constante & otros, 2013). En último lugar, Paola Ricaurte, ha entendido en un contexto político-cultural que las redes sociales virtuales o sociedad digital son una nueva esfera pública en la cual se debaten e interactúan ideas y opiniones entre la sociedad civil y el Estado; explica así, que aquellas son un *“...ecosistema de medios digitales que facilita la producción de contenidos, su difusión y el involucramiento de los ciudadanos...”*. En este contexto, estas redes virtuales (ciudadano) estarían conformadas por: ciudadanos, empresas, medios de

comunicación, líderes de opinión, representantes políticos, gobierno y organizaciones de la sociedad civil (Ricaurte Quijano & otros, 2013).

En suma; la red social virtual es el un espacio determinado o plataforma en línea en el cual confluyen miles de usuarios bajo apariencia de confianza con motivo de intercambiar ideas, opiniones, y comunicación de diversa cualidad; y como es lógico este análisis y definición sirve para definir cualquier tipo de red social, inclusive Facebook.

2.2.3.7.1.2. Características generales.

Existe abundante bibliografía en línea con respecto a las características de las redes sociales virtuales por lo que se recogen las siguientes (Neetwork Business School. (sin fecha). "Todas las características de las redes sociales". Recuperado de: <https://neetwork.com/caracteristicas-de-las-redes-sociales/>)

a. Perfil personalizado.

Son los datos personales que cada usuario coloca de manera voluntaria como ventana de presentación ante la sociedad virtual en red; funciona como una especie de identidad de características personales del ciudadano. Está conformada por la foto- imagen, profesión, lugar de trabajo, familiares, centros de educación frecuentados, data de nacimiento, estado civil, número de celular, sitio web o link social, fotos y videos propios y demás información que sirva para identificar al usuario.

b. Vinculación e interacción (branding).

Característica nuclear de las redes sociales, mediante la cual se interactúa con otros contactos o amigos intra y extra territorial, compartiendo mensajería privada o pública a través de fotos, videos, opiniones, comentarios, pensamientos afines, etc.

c. Tiempo real.

La vinculación e interacción que se realiza entre los usuarios se da en tiempo actual y presente; se comparten mensajes a larga distancia y a grandes velocidades de manera inmediata (fotos, videos, mensajes, etc.).

e. Lenguaje multimedia e hipertextual.

La comunicación se realiza a través de datos y metadatos en cooperación con la inteligencia artificial con la cual cuenta el Internet; el lenguaje en red es

codificado utilizando algoritmos; aunque estos son percibidos como imágenes, videos, mensajes, etc. (Claudia V. Armesto. (sin fecha). “El impacto de las redes sociales en la Educación”. Recuperado de:

https://fido.palermo.edu/servicios_dyc/interfaces/presentaciones/512_pres.pdf .)

f. Viralización.

Los contenidos compartidos pueden arribar a millones de personas en cuestión de segundos según la calidad e influencia de la información.

2.2.3.7.1.3. Clases de redes sociales.

Diversa clasificación, sin embargo, se presenta la siguiente:

a. Horizontales o genéricas.

Por medio de ella se comparte y debaten diversas y libres temáticas entre un público genérico, es decir, los usuarios no poseen una cualidad específica requerida; por ejemplo, Facebook, Twitter, Google, etc. (Xavi Portillo. 08 de abril de 2019. “Tipos de Redes Sociales. Clasificación y rasgos”. Recuperado de: <https://doble-efe.com/tipos-redes-sociales/>).

b. Verticales o específicas.

Aquellas cuyo fin es lograr la interacción de un determinado y calificado público, esto es, en la plataforma se interactúa entre usuarios que poseen cualidades e intereses afines. Así, se tiene: 1. *Profesionales*. Se utiliza con el propósito de ofrecer o solicitar el currículum laboral del usuario, en otras palabras, para promover contratos laborales; la más conocida es LinkedIn. 2. *Entretenimiento*. Dirigida a personas interesadas en actividades de esparcimiento como música, videojuegos, deporte, etc. Por ejemplo, Wipley, Dogster, etc. (Claudia V. Armesto. (sin fecha). “El impacto de las redes sociales en la Educación”. Recuperado de: https://fido.palermo.edu/servicios_dyc/interfaces/presentaciones/512_pres.pdf .)

2.2.3.7.2. Sobre las condiciones y políticas de Facebook.

Arribando a este punto transcendental, el investigador ofrece a la colectividad universitaria; un **resumen - análisis** sobre las normas principales de convivencia y privacidad de la Red Social Facebook (autoría del presente investigador); y para ello se ha utilizado las mismas normas proporcionadas por la Red (Facebook. (sin fecha). “Normas y condiciones de Facebook. Recuperado de: <https://www.facebook.com/policies?ref=pf>) y

como no se cuenta con bibliografía al respecto se ha realizado un estudio denodado sobre el mismo; de esto modo, se tiene:

2.2.3.7.2.1. Personas autorizadas para usar Facebook.

Uno de los compromisos que asume el usuario al ingresar a la red es ser responsable en cuanto a las opiniones y acciones vertidas, es así que, debe cumplir con algunas indicaciones que coadyuvan a una mejor convivencia virtual: a. Utilizar el nombre común, el que se usa en la vida cotidiana, b. la información otorgada a la red debe ser precisa, c. se ha de crear solo una cuenta propia y la biografía debe ser usada para fines personales, d. no se compartirá la contraseña personal ni concederá a otros el acceso a la cuenta; el usuario solo podrá transferir la propia cuenta con el solo permiso de Facebook.

Asímismo, al realizar una lectura de las indicaciones del considerando sobre "*Tus compromisos con Facebook y nuestra comunidad*"; cabe afirmar que tales premisas no contienen explicación detallada sobre qué implica dichos lineamientos; esto es, por ejemplo: Al hacer referencia al uso del *nombre cotidiano*, no se ofrece ninguna explicación acerca de qué se entiende por ello, pudiéndose interpretar como el nombre que aparece en el DNI, el seudónimo por el cual se conoce a la persona, un determinado sobrenombre, etc.; por tanto, deja abierta la posibilidad de una confusión de interpretación sea de parte del usuario o de la empresa.

De igual manera, al abrirse una cuenta, no está claro a qué se refiera con *introducir información precisa sobre ti*, pues aquellos datos personales serán utilizados libremente por la empresa una vez compartidos y cuyos fines no son conocidos por los usuarios y menos por aquellos que los ofrecen de manera inconsciente. Igualmente, cuál es la explicación sobre *biografía con fines personales*, ya que la información es ofrecida al público no es solo para aquello que sea de interés del usuario, sino que es múltiple y variadísimo, para aquello que crea conveniente la empresa. Finalmente, si es un portal libre, a qué se refiere con *transferir la cuenta con nuestro permiso*, dejándose notar que en el fondo del asunto al parecer es la empresa la que se adueña de los datos personales, aunque exista un aparente reglamento acerca de la protección de datos.

A renglón seguido, se detalla los casos por el cual *no se podrá* o no se permitirá el uso de la red:

- Ser menor de 13 años o no tener la edad legal mínima en *tu país* para usar productos Facebook.
- Ser un delincuente condenado por delitos sexuales.
- Haber sido inhabilitado (cuenta) por incumplir condiciones o políticas de la Red.
- Las leyes aplicables prohíben recibir productos, servicios o software.

Del mismo modo; es posible la verificación de indicaciones que no están correctamente explicadas, así, se tiene, por ejemplo: Al hacer referencia a *menor de 13 años o no poseer la edad mínima*, no implica necesariamente que haya una verdadera prohibición, pues, de casos diarios se ha corroborado que niños con el límite requerido en nuestras u otras familias, vecinos, colegiales, etc., usan Facebook sin el control debido de los padres o responsables; más aún se ha creado un Chat para niños. Del mismo modo al indicar *tu país*; qué sucede con un niño que está fuera del propio país por razones de excursión u otra circunstancia y utiliza la red; por lo que es posible colegir que en caso de conflictos jurídicos se abriría múltiples interpretaciones debido a la variada y diversa legislación entre país y país. De la misma forma, de las tantas noticias a diario se ha logrado verificar que *delincuentes condenados por delitos sexuales o que ya cumplieron su pena*; de una u otra manera han podido utilizar otras cuentas y continuar realizando este tipo de delitos en razón que el universo de personas es casi infinitesimal y el servicio de seguridad de Facebook no basta para detectar a este tipo de personas.

2.2.3.7.2.2. Permisos concedidos por los usuarios a Facebook.

En este acápite, la empresa Facebook necesita el permiso del usuario para proporcionar servicios propios:

2.2.3.7.2.2.1. Permiso de uso sobre contenido creado y compartido.

El usuario que comparte, publica o sube contenido; indirectamente –quiera o no- otorga una licencia internacional a la empresa para poder usar dicho contenido con el fin de proporcionar y mejorar los *productos y servicios Facebook* respetando– incondicionalmente- la propiedad intelectual. En otras palabras, en caso que el

usuario comparta alguna foto o video; etc.; automáticamente se concede el permiso para copiar, compartir y almacenar tal material con y a otros usuarios –de acuerdo a la configuración determinada-, o a proveedores que utilizan servicio o productos de Facebook. Esta licencia caduca máximamente a los 90 días después del momento en que el usuario elimina la información del sistema, vale decir, el plazo variará según el contenido sirva con fines de investigación, pruebas o solicitud judicial y/o administrativa o según sea el caso. Atención especial merece el hecho que, tal como se indica en la norma; aunque el usuario haya eliminado determinado contenido y este; dejado de ser visto por otros conocidos; por haber otorgado aquel *permiso* es posible que aquella foto o video aún sea visto en otras partes del sistema.

2.2.3.7.2.2. Permiso para el uso del nombre del usuario, foto de perfil e información sobre acciones realizadas mediante anuncios y contenido patrocinado.

Sin recibir compensación alguna, Facebook; haciendo uso del permiso indirecto otorgado por el usuario; puede utilizar el nombre, foto de perfil y otra información para mostrárselas y ser usada por otros contactos del usuario sobre tal o cual evento publicado o el *te gusta* sobre una página creada por alguna marca que paga para poder mostrar anuncios en Facebook. Sin embargo, la empresa deja en claro que solo se muestra aquel tipo de anuncios a las personas a las cuales se les ha sido otorgada el permiso escrito para ver las acciones que realiza el usuario en Facebook.

Se puede colegir; entonces, que, de manera general; la persona común no se da el tiempo necesario para revisar las indicaciones acerca a quién mostrar las acciones que realiza, pues la excesiva información sobre políticas y condiciones de Facebook lo único que produce es una confusión en el usuario para poder tener en claro con quienes está compartiendo una indeterminada información. Finalmente, es posible la verificación de una relación de desigualdad en cuanto a los derechos de propiedad; pues el usuario solo puede invocar el derecho de autor o marcas comerciales o cualquier marca similar en Facebook; si concedió tal permiso de manera expresa o previo escrito.

2.2.3.7.2.2.3. Permiso para actualizar el software que se usa o se descarga.

En el caso que el usuario descargue o use el software de Facebook; directa o automáticamente se está otorgando el permiso para que la empresa pueda descargar o instalar actualizaciones del software en lugar donde corresponda.

2.2.3.7.2.3. Disposiciones adicionales.

Respecto a este apartado, Facebook ofrece cinco disposiciones; sin embargo, en mérito a aquello que atañe a esta investigación se mencionan solamente 2; a saber:

a. Actualización de las condiciones.

Facebook actualiza las condiciones de uso del sistema en función de una optimización del servicio o producto que ofrece, así, se señala que cuando se va a realizar tal actualización el usuario es notificado con 30 días de anticipación - mediante correo electrónico u otros productos- con el fin de la respectiva revisión de aceptación; aunque una vez que se realiza tal actualización; el susodicho automáticamente quedará sujeto a las nuevas condiciones.

Es necesario acotar ciertas aseveraciones oscuras; en otras palabras; dada la posibilidad de una revisión total por parte del usuario precavido a la nueva actualización de las condiciones, y, si se diera el caso de no estar de acuerdo con algún considerando; Facebook solo ofrece dos opciones: rechazar o aceptar; lo que cuenta en desmedro del usuario. Así, si existiera conflicto automáticamente el usuario acepta someterse a Tribunales ubicados en los Estados Unidos; por lo que, de la experiencia cotidiana se concluye que por lo general el usuario no revisa las (nuevas) condiciones o sí lo hace es a grandes rasgos o de hacerlo, no le otorga la importancia debida pues da por supuesto que todo es correcto moral y legalmente, por lo que, desde una visión más concisa esto daría pie a verdaderos conflictos y para los cuales aún no se han creado verdaderos entes nacionales o internacionales para su respectiva regulación o juzgamiento.

b. Límites de responsabilidad.

De manera contradictoria con lo supra acotado en párrafos anteriores; se deja en claro que, no se hacen responsables por acciones, conductas o determinado

contenido compartido así sea este ofensivo, inapropiado, obsceno, ilegal o cuestionable sin especificar la terminología utilizada.

Sobre el quantum de la responsabilidad, la misma empresa Facebook indica que; debido a que no es posible la predicción de problemas, aquella se limitará al máximo alcance que la ley aplicable permita. Así las cosas, se puede colegir que existe argucia en la redacción de las condiciones con el fin de no formar parte de manera concreta en los daños de cualquier índole y futuros que se pudieran ocasionar a los usuarios y sin el respeto debido al principio de equidad subyacente en cualquier relación contractual. Además, en este canon no se refiere a qué ley aplicable se haga alusión en caso de conflicto, aunque en el acápite de *Disputas* se señale de manera artificiosa que, si el usuario es el consumidor, la ley a aplicar será la del país de residencia; la pregunta entonces sería ¿quiénes son estos consumidores? ¿los que pagan alguna cantidad para ofrecer productos o el usuario normal que consume Facebook a diario de manera gratuita? A renglón seguido rotulan que en caso de este tipo de contiendas (consumo) el tribunal competente es el ubicado en cualquier país que tenga jurisdicción, sin embargo, no se deja en claro quiénes podrían ser estos tribunales.

Así, pues; de una lectura concienzuda es posible cerciorarse que las disposiciones en este punto contienen múltiples lagunas y vacíos que harían un reclamo injusto en caso de contienda.

2.2.3.7.2.4. Política de datos de Facebook.

En esta sección, Facebook informa la manera en la cual realiza el tratamiento de datos proporcionados por los usuarios con el propósito de respaldar los propios productos y funciones como Facebook, Instagram y Messenger. Así, la información que se recopila sobre una determinada persona está en función cómo utiliza tal o cual producto Facebook; de este modo se tiene:

2.2.3.7.2.4.1. Información recopilada por Facebook.

Al momento que el usuario inicia y hace uso de Facebook, necesariamente debe introducir y compartir una serie de información sobre él -perfil- por lo que, la empresa la recopila y divide -mediante sistemas automatizados- sea en contenido, en las comunicaciones y otros datos (y/o metadatos) que se transfieren a *otros* al

momento de la utilización de la red. Por tanto, se tiene como información brindada; por ejemplo: datos con protección especial del perfil (posiblemente protegidas por ley del país del residente), esto es, creencias religiosas, ideologías políticas, intereses o situaciones en relación a la salud, el origen étnico o racial, la afiliación sindical; asimismo, la ubicación de una foto o la fecha de creación de un archivo, de igual manera, es calificada como dato lo que se brinda al momento de utilizar la cámara Facebook, esto es, fotos o videos registrados y por ende compartidos. De igual forma, cuenta como información de contenido: las noticias, artículos, poemas, comentarios; etc., creadas, compartidas o simplemente *vistas* por el usuario o la información que otros usuarios amigos comparten sobre el usuario. Del mismo modo, se recopila las comunicaciones o la interacción que se realiza y comparte con otros usuarios (mediante los diversos productos ofrecidos por Facebook) específicamente; información sobre personas, páginas, las cuentas, los hashtags o los grupos a los cuales se está inscrito.

En último lugar, de manera sorprendente, según lo indicado, la red Facebook también recopila información de los metadatos, esto quiere decir que, de manera artificiosa se extraen *datos que describen otros datos* (Romero) Los metadatos, vienen a ser, los datos que se generan o producen al momento de interactuar en un sitio web, una aplicación, un programa o un archivo multimedia externo siempre y en general en conexión a redes sociales.

2.2.3.7.2.4.2. Información utilizada por Facebook.

La información recopilada en función de las elecciones del usuario, a decir, la manera en la cual interactúa; es utilizada por Facebook con el propósito de ofrecer los propios productos, personalizar funciones y a la vez realizar sugerencias sobre grupos, eventos y temas de interés para el usuario; los cuales se ubican sea dentro o fuera de Facebook. De igual manera, con la información obtenida se realiza la verificación de cuentas y el análisis de actividades de determinados usuarios, sospechosos de conductas perjudiciales con el fin de combatirlas, además se busca la detección de spam y otras de índole dañino o delictivo para el resto de usuarios. Asimismo, tales datos recogidos ayudan a promover investigaciones e innovaciones

en pro del bienestar social; por ejemplo, búsqueda de patrones migratorios o iniciativas de ayuda humanitaria en situaciones de conflicto.

En suma, se ha de poner atención en las personas con quienes se compartirá contenido personal pues aquellas –con el permiso de Facebook- poseen la libertad de compartirla con otros más dentro o fuera de la Red; acotando que estas pueden ser personas o negocios del público no elegido por el usuario; el contenido puede variar entre: fotos, publicaciones, mensajes, capturas de pantalla, comentarios, reacciones, etc.

2.2.3.7.2.4.3. Administración y eliminación de la información del usuario.

Facebook almacena los datos proporcionados por el usuario hasta que ya no sean necesarios para la oferta económica de la empresa o hasta la eliminación integral de la cuenta; en el sentido que cada caso es particular en razón de la naturaleza de los datos, por motivo de recopilación o tratamiento y con fines de investigaciones de índole legal. De esta forma; se tiene, por ejemplo: en caso de realizar una búsqueda en Facebook, el usuario tiene acceso a tal operación y a la vez puede eliminarla del historial según el momento en la cual vea pertinente; sin embargo, solo después de 6 meses será *verdaderamente* eliminada tal registro de exploración, pero, en el caso que se desee eliminar tal registro (copia) el usuario debe enviar la copia del documento de identidad oficial con fines de verificación y solo después de ser recibida. Además, Facebook aclara que en el momento que se elimina la cuenta, se elimina el contenido que fue publicado, como son fotos y actualizaciones de estado; por lo que tal información no podrá ser recuperada; de manera tangencial se puntualiza que en el caso otros hayan compartido información; esta no será eliminada pues ya no forma parte de la cuenta.

Asimismo, en dos situaciones se compartirá la información de los usuarios – mutuo propio- con organismos reguladores, autoridades y/u otras entidades, cuando la utilización de la red ocasione daños a terceros; por lo que, siguiendo los lineamientos internacionales, se tiene:

1. En razón de un requerimiento legal; esto es, orden de registro, orden judicial o simple citación; *siempre y cuando y a según de la interpretación de la empresa* se deduzca que tal requerimiento resulte ser una exigencia de Ley; tal

requerimiento puede ser solicitado por entidades cuya jurisdicción se ubique fuera de los Estados Unidos.

2. A efectos de realizar investigaciones; a causa de fraudes, utilización no autorizada de productos de la empresa, incumplimiento de las condiciones o políticas Facebook, evitar muertes o lesiones físicas inminentes o por actividades de índole diversa las cuales puedan resultar o ser ilegales o perjudiciales para el mismo usuario u otras personas que utilicen o no la Red.

En definitiva, la información puede ser transmitida, almacenada o tratada en los Estados Unidos o en otros países distintos de residencia usuaria; bajo cláusulas contractuales estándar y las decisiones en materia de adecuación de la Comisión Europea sobre determinados países y con el consentimiento para la transferencia de datos de los Estados Unidos y a otros países.

2.2.3.7.2.5. Normas comunitarias de Facebook.

2.2.3.7.2.5.1. Valores protegidos.

Facebook reconoce el valor de la expresión como de vital importancia para los lineamientos de la misma, como a la vez indica la existencia de otros valores que coadyuvan al logro de una sana convivencia en el mundo virtual. Estos, entre otros, son:

a. Autenticidad.

La red social impele a los usuarios a ofrecer información verdadera respecto del propio perfil y del contenido proporcionado con el propósito de entablar sinceras relaciones dentro de la buena fe.

b. Seguridad.

Se pretende evitar todo tipo de expresión amenazante, es decir, intimidatoria, excluyente o silenciadora respecto de la opinión de otros usuarios.

c. Privacidad.

La información y la privacidad de los usuarios viene protegida con el fin de una mejor comunicación bajo los parámetros de la libertad.

d. Dignidad.

Se reconoce el derecho de toda persona a ser respetada evitando todo acoso o degradación.

2.2.3.7.2.6. Las normas comunitarias propiamente.

En este punto, Facebook describe las Normas Comunitarias de las cuales se analizarán solo los contenidos pertinentes a los propósitos de la presente investigación; así se tiene:

a. Violencia y comportamiento delictivo.

Así, si en el caso, algún usuario realizare *expresiones* (imágenes, comentarios, etc.) degradantes o amenazantes, las cuales incitan a la violencia o pueden ser potencial situación para daño a terceros; Facebook; después de una valoración sobre el grado de riesgo real contra la seguridad pública que impliquen tales afirmaciones, las eliminará y dará parte a las autoridades competentes. Facebook considera expresiones de esta connotación a:

- ✓ Incitaciones, confesiones, intenciones o declaraciones -condicionales o expresas- a cometer actos gravísimos o de gravedad media de violencia de cualquier índole contra algunas personas (*no públicas, públicas, figuras públicas menos conocidas, etc.*) o grupos determinados.
- ✓ Solicitar, ofrecer y promover servicios por contrato con el fin de asesinar a terceros.
- ✓ Amenazas de incitación a provocar daños físicos u otras formas de violencia de menor gravedad hacia personas no públicas o a figuras públicas menos conocidas, pero con el respectivo requerimiento del reporte del sujeto afectado.
- ✓ Instrucciones para la fabricación y el uso de armas con el fin evidente de provocar lesiones graves o asesinar a terceros; así como incitar expresamente a portarlas con fines violentos.

Asimismo, Facebook, con el propósito de impedir o prevenir la realización de daños a terceros se encarga de eliminar de la red aquellas personas u organizaciones, las cuales y por medio de contenidos (imágenes, expresiones, etc.) reivindiquen líderes o ideologías violentistas o inciten y/o concreten actos

violentos. Tampoco se permitirá el uso de la red a personas o grupos los cuales favorezcan o apoyen estas personas y organizaciones delictivas, ni la presencia de símbolos o contenidos de apoyo o elogio para estas organizaciones.

Entre las personas - vivas o fallecidas- o grupos impedidos de pertenecer a la red, se encuentran:

- ✓ Terroristas u organizaciones terroristas; sea estas de índole política, religiosa o ideológica.
- ✓ Organizaciones, sean líderes y miembros prominentes, que inciten al odio a terceros por razón de raza, religión, nacionalidad, etnia, género, sexo, enfermedad o discapacidad grave.
- ✓ Asesinos o hayan tenido la intención de asesinar en serie o en masa.
- ✓ Organizaciones criminales, líderes y miembros prominentes, los cuales cometan o hayan cometido actos delictivos como: homicidios, tráfico de drogas o de armas, robo de identidad, lavado de activos, extorsión o trata de personas, secuestros, explotación sexual, etc.
- ✓ Grupos y sus líderes dedicados a la trata de personas.

En esta línea, Facebook, prohíbe la planificación, promoción y/o la difusión de crímenes violentos, robos o todo tipo de fraude, o de contenido relacionado a dichas actividades delictivas (daños físicos a terceros o actividades ilegales contra animales, participación en desafíos virales de alto riesgo, etc.) o de los delitos descritos en el párrafo anterior; sin embargo, de un modo confuso o contradictorio se permite el debate de opiniones sobre la legalidad de tales actividades y por tanto, implícitamente la permisión de colgar tales actividades en Facebook.

Así también, se prohíbe realizar publicaciones explícitas, es decir, comentarios o imágenes con los cuales se describa, organice, admita, promocióne, fomenta, etc., el comercio (fabricación, compra-venta, uso, etc.) de sangre humana, de animales protegidos (caza furtiva o venta), de bebidas alcohólicas, fármacos, tabaco, marihuana, drogas (no medicinales), productos *like* y/o armas de fuego por parte de *individuos, fabricantes o minoristas* no autorizados, aunque respetando en lo posible las leyes especiales en razón del lugar y el comercio permisible en sitios

o web legítimos para Facebook; por ejemplo, es posible la publicación de diálogos sobre modificaciones en la regulación del uso armas de fuego o partes de ella.

b. Seguridad.

Uno de los sucesos muy tristes de la nueva sociedad es el incremento escandaloso de enfermedades depresivas, las cuales se manifiestan mediante el suicidio, eutanasia, autolesiones -automutilaciones y trastornos alimenticios- por lo que, Facebook prohíbe la publicación de comentarios o imágenes las cuales *promuevan, faciliten, organicen, instruyan o muestren secuelas posteriores* de tales acciones fatales, pues podrían animar a terceros a la imitación de dichos comportamientos negativos. Sin embargo, se permite realizar debates con el fin de contrarrestar o crear soluciones (ayuda o recursos) frente a tales situaciones y a la vez poder proporcionar contenidos periodísticos relacionados a estos, siempre y cuando se respete los *límites establecidos* en la Red.

Otro guion al que hace alusión Facebook es aquel por el cual se trata de preservar a los niños de todo acto de explotación sexual o por medio del cual se les coloque en una situación de peligro -con o sin dolo (ejemplo: un padre comparte una foto de su pequeño desnudo)- a través de la Red; por ello, se prohíbe utilizar la misma con el fin de *solicitar, exhibir, difundir o visualizar* contenido (fotos, videos, obras de arte reales, material digital y/o representaciones verbales) de menores desnudos (semidesnudos) o actividad sexual con menores –de toda índole- con el propósito de explotación infantil; es así que, una vez identificados, Facebook reporta tal actividad delictiva al *National Center for Missing and Exploited Children* en función de las leyes del lugar.

De este mismo modo ,en el ámbito de las personas adultas, la Red Social prohíbe y elimina contenido por el cual se *promueva, apoye, organice* actos de *violencia, agresiones, explotación sexual (fetichismo, prostitución o servicio de acompañantes) o amenazas de esta índole* o incentive a terceros a realizarlo; en este ámbito se incluye la tan mentada pornovenganza (creepshots y upskirts) es decir, haber entablado relaciones íntimas en contexto privado con tal o cual persona para después mostrar aquellas imágenes (fotos, videos o comentarios) al público sin el consentimiento del afectado.

En este sentido; además, la Red Social prohíbe la publicación de contenido (imágenes, fotos, videos y comentarios) por medio del cual se promueva, describa, apoye, incite, etc., a la trata de personas y el tráfico ilícito de personas, específicamente: El tráfico, venta y/o el reclutamiento de niños y el reclutamiento de niños, el matrimonio forzado, la explotación laboral y servidumbre doméstica, el tráfico de órganos no regenerativos, el tráfico sexual de adultos o menores.

Otro tema crucial, el cual ha venido en progresión como consecuencia del avance del mundo tecnológico virtual es lo relacionado a delitos como el bullying y el acoso –cyberbullying o ciberacoso- por tal razón; Facebook prohíbe (no tolera) todo mensaje de índole amenazante, denigrante, ignominioso, insultante, etc., y/o se proporcione la identificación o actividad personal sobre la vida íntima o privada al público de modo chantajista o a contactar malintencionadamente con terceros desconocidos o familiares de estos (adultos o niños sean públicos o no) con propuestas o fines dañosos (físico o emocional); claro está, dentro de este contexto; vale aclarar sin embargo que, los mensajes solo serán eliminados siempre y cuando aquellos sean reportados de modo personal.

Finalmente, al interés de esta investigación; en este apartado se describe las infracciones contra la privacidad y los derechos de privacidad sobre las imágenes; así, al respecto, la Red Social recomienda evitar la publicación de *información personal o confidencial* de terceros sin la obtención del consentimiento y con la oposición del afectado. No se permite publicar:

- ✓ Información que permite la identificación de un tercero con la intención de sustraer dolosamente información personal o confidencial sobre el mismo, de una organización o empresa; así, por ejemplo: número de teléfono, número de pasaporte, credencial escolar, identidad digital (chat, Messenger, correos; tarjeta bancaria, registro financiero, etc.), enlaces externos, etc.
- ✓ Información sobre estado de salud, por ejemplo: registros médicos y afines, biométricos, documentos oficiales, etc.
- ✓ Información común que permita identificar a terceros sea por el nombre o por el cual se obtenga otros datos personales como: licencias de conducir, green

card, documentos de inmigración, actas de matrimonio, nacimiento, cambio de nombre, matrículas de vehículo e identidad digital.

- ✓ Fotos (imagen o texto) en las cuales se exhibe la fachada exterior de una residencia privada – refugio o lugar seguro -y sea posible visibilizar: la dirección, la familia (sola), se haga referencia al residente y a la ciudad o barrio a la cual pertenece.
- ✓ Información sobre la identidad de agentes encubiertos de seguridad.

De manera dudosa se permite en caso excepcional, la publicidad de información personal o confidencial para diversas causas benéficas o con fines periodísticos aun cuando tal contenido haya sido obtenido por medio de hackers; así como se describe la posibilidad de eliminar contenido (fotos o videos) solo si se interpone un reporte personal de razón de la víctima sea esta: menor de 13 años, menor de 13 y 18, adulto (reporte fuera de los Estados Unidos y conforme a ley permisible) o persona incapacitada para reportarlo el daño causado.

c. Integridad y autenticidad.

Una de los valores lineales de la red social Facebook es la autenticidad respecto del contenido compartido por los usuarios; por ello, en vista de mejorar las relaciones entre ellos se limita el uso del famoso *spam comercial* con el propósito de evitar *publicidad falsa, fraudes y violaciones a la seguridad* es así que no está permitido el uso de *información engañosa o imprecisa* con fines acrecentamiento de popularidad en la red como son en sí el aumento del número de *me gusta*, los seguidores o el aumento de compartidos.

En esta línea, la Red Social *obliga* a los usuarios a usar la identidad real, es decir, los nombres, apellidos, fecha de nacimiento -de su DNI- por los cuales se les identifica en la vida diaria con el fin de crear un entorno seguro mediante el llamado comportamiento auténtico y a la vez cada quien se responsabilice de aquello que comparte en Facebook: imágenes o expresiones (noticias falsas). Así mismo, los familiares y/o amigos de las personas fallecidas pueden solicitar la eliminación de la cuenta o se le convierta en *cuenta conmemorativa* mediante el agregado de *en memoria de* con el propósito de protegerla de la creación de cuentas fraudulentas u

otros fines no permitidos por ello también es posible crear el *contacto legado* es decir otra persona que se haga cargo de la cuenta del difunto.

2.2.3.8. Análisis de las sentencias.

Después de haber recorrido las figuras del derecho atinentes a esta investigación desde un panorama virtual en la red social Facebook; como son el derecho a la intimidad, el derecho a libertad de expresión y el ejercicio abusivo del derecho -de la libertad de expresión sobre el derecho a la intimidad-; finalmente se arriba al análisis sumario de las sentencias requeridas al sustento de la tesis, realizado de modo narrativo; consistiendo en la presentación de las partes en conflicto, las respectivas pretensiones y réplicas, la forma de decisión final del operador jurídico; de este modo, se tiene las sentencias:

a. Eva Glawischnig vs. Facebook.

De acuerdo a la Sentencia *Eva Glawischnig-Piesczek vs. Facebook Ireland Limited* (4 junio 2019), la diputada austriaca Eva Glawischnig interpone medida cautelar contra Facebook Ireland con el objetivo de que esta red social retirara de la plataforma virtual de un usuario, un artículo del periódico en línea “oe24.at” con el título “Los Verdes” en el cual aparecían una imagen y comentarios sobre ella relativo a pensiones mínimas para refugiados; que a cuestión de la demandante vulneraban el propio derecho al honor, privacidad y otros personalísimos. Es así que, este caso arriba al Tribunal de Justicia de la Unión Europea; el cual interpretando el apartado 1 del art. 15 de la Directiva 2000/31/CE resolvió de manera vinculante que un Estado miembro puede obligar a que un prestador de servicios de alojamiento de datos (Facebook) suprima información (datos) de la propia plataforma virtual en red sobre contenidos idénticos que hayan sido anteriormente declarados ilegales (vulneración de derechos personalísimos) o bloquear el acceso a estos y, además, es posible, obligar a la red social eliminar datos similares a nivel mundial concerniente a dicha información que vulnere tales derechos, siempre, bajo los parámetros del Derecho Internacional¹⁸.

¹⁸ STJUE, *Eva Glawischnig-Piesczek vs. Facebook Ireland Limited* del 03 de octubre de 2019. Luxemburgo. Recuperado de: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=218621&pageIndex=0&doclang=E S&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=8297684> . Visitado el 18 de octubre de 2020.

b. T-155/19.

En la Sentencia T-155/19, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia resuelve la acción de tutela instaurada por Sigifredo Fonseca González contra Jael Johana Castro León (Subgerente de Servicios de Apoyo Diagnóstico), la cual, con fecha 5 de febrero de 2018 publicó en la cuenta propia de Facebook, una foto y comentarios, acusando al accionante de pertenecer a un cartel de corrupción dentro de la administración del Hospital Universitario de Santander; los comentarios son los siguientes: *“EL CARTEL DE LA CORRUPCIÓN EN EL HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SANTANDER (HUS) // POR LA DIGNIDAD DE LA SALUD RENUNCIEN YA...”* Y *“VERGÜENZA NACIONAL // TÚ Y YO SOMOS VÍCTIMAS DE LA CORRUPCIÓN PÁSALO A 10 CONTACTOS Y DEMOS A CONOCER A ESTOS CORRUPTOS // BASTA YA DE PERSECUCIÓN ACOSO LABORAL DESPILFARRO DEL DINERO DE LA SALUD”*, con dicha publicación a consideración del demandante; se vulneró el derecho a la intimidad y buen nombre del perjudicado; aunque finalmente no se le concedió el amparo de los mismos, se rescata el modo cómo se ha ponderado este conflicto. Por ello, el aporte principal de esta sentencia para la jurisprudencia colombiana es adaptar la metodología de ponderación de conflictos entre la *libertad de expresión y los personalísimos en el ámbito de las redes sociales*; así: 1. *Quién comunica*. La accionada no es autora del mensaje; lo que solo hizo ella fue compartirlo en el muro de Facebook; el Tribunal acota que la demandada no publicó tal mensaje como trabajadora del hospital sino como simple particular por lo que no le son oponibles las limitaciones de expresión aplicables a los servidores públicos. 2. *De qué o quién se comunica*. La opinión relevante (discurso especialmente protegido) cuestiona la administración de un hospital por parte de algunos funcionarios públicos implicados en supuestos actos de corrupción; esto es, se trata de un discurso especialmente protegido por tratarse sobre críticas a asuntos de interés públicos. 3. *A quién se comunica*. En principio; solo a los contactos del Facebook, sin embargo, la sala advirtió que la potencialidad de comunicabilidad del mensaje es alta por haberla compartido en una red social y, por tanto, el público receptor se convierte en alto y por ello, la vulneración de los derechos personales del accionante se acrecienta. 4. *Cómo se comunica*. Por medio del lenguaje claro, ágil y sencillo; con letras mayúsculas, frases concisas y puntuales, fotos y los nombres de los involucrados;

esto es; el grado de comunicabilidad es alto y de fácil comprensión. 5. *Por qué medio se comunica.* Se ha comunicado a través de la Red Social Facebook, por lo que el alcance del público es potencialmente alto, sin embargo, depende si la cuenta estuvo en modo privado o público. Finalmente, en el fundamento N.º 7.6.8; la Sala señala que opinar sobre la actuación de funcionarios públicos en las redes sociales forma parte del discurso protegido constitucionalmente empero se añade, “*el derecho a participar en el control político no puede desconocer los derechos de terceras personas, por lo que se hace necesario encontrar un delicado balance*”¹⁹.

c. T-050/16.

A través de la Sentencia T-050/16, dictaminada por la Cuarta Sala de Revisión Constitucional de Colombia, el 10 de febrero de 2016; Lucía, mediante tutela de indefensión contra la señora Ester, alega verse visto vulnerada en los derechos al honor, a la imagen, a la intimidad personal y familiar (art. 15, 21 de la Constitución Colombiana); debido a que la demandada publicó (art. 20) en el propio perfil de la red social Facebook una foto y comentarios ofensivos contra Lucía, respecto de una obligación dineraria: “*Hace más de tres años a (Lucía) le preste (sic) una plata. Hasta el momento no se digna por pagármela (sic), me borra mensajes, no me contesta el celular, me evita a cada momento. Me vi en la obligación de ponerla en este medio para que así sea un poco más delicada y me pague. Que sepa que yo le preste (sic) la plata, no se la regale...*”; la deuda fue cancelada día después esta publicación. Así, la demandante afirma que, tal publicación ha causado en ella ser sujeto de censura social y, por tanto, ser desacreditada en lo atinente al establecimiento de relaciones comerciales con diversos clientes. Por ende, el Tribunal, luego de comprobar grave daño en el derecho a la imagen; pues la imagen y el comentario publicado fueron compartidos por un buen tiempo, desde el 12 de diciembre de 2014 hasta la sentencia de segunda instancia, 20 de febrero de 2015, por ello, la afectada, no solo se le vulneró el derecho al honor, sino que tal situación trascendió a actividades que no debieron ir más allá de la vida privada de la agraviada. Finalmente, el Tribunal resolvió finalmente que la foto sea retirada “*...de la red social Facebook y de cualquier otro medio de*

¹⁹ STC T-155-19 del 04 de abril de 2019. Colombia. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-155-19.htm> . Visitado el 23 de octubre de 2020.

publicidad... junto con el mensaje anexo, y se abstenga en el futuro de divulgarlas y publicarlas mediante cualquier medio” pues, el objetivo del supuesto mensaje resulta desproporcionado, en razón de la exponencial capacidad para arribar a un público indeterminado y la vez, la demandada ofreciera disculpas públicas por medio de la red social Facebook. A modo de aclaración, el Tribunal puntualiza que los nombres colocados en la sentencia no son los originales en vista de salvaguardar la privacidad de las partes en conflicto y como se explica en diversas sentencias, la libertad de expresión goza de preferencia en la constitucionalidad colombiana²⁰.

d. Mario Costeja vs. Google.

De la Sentencia Google Spain, S.L., Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González; se desglosa que el afectado solicitó -vía reclamación- a Google Inc. el retiro de información sobre datos personales que datan de 1998 y cuya publicación vulnera el derecho a la privacidad, respecto de una subasta por embargo de una propiedad que lo calificaba como moroso; así, en el momento que cualquier internauta colocaba “Mario Costeja” en el buscador Google, a pesar que tales deudas ya habían sido canceladas; tal informe aparecía en 2 anuncios del periódico “La Vanguardia”. Esta sentencia del Tribunal Europeo permitió por *vez primera* que un usuario pueda solicitar ante el mostro Google la eliminación de información antigua y perjudicial sobre derechos que competen a la privacidad y a la protección de datos personales. Es así que; el Tribunal Europeo aplica la Directiva 95/46/ CE al caso en comento; por lo que, deja sentado: **1.** Los motores de búsqueda de Internet sí realizan tratamiento de datos, en el sentido que; coadyuvan a encontrar información publicada en Internet por terceros, indexándola de manera automática, almacenándola temporalmente; colocándola a libre disposición de los navegantes con un determinado orden de preferencia; y, finalmente, el gestor de un motor de búsqueda (Real Academia Española. Gestor de un motor de búsqueda. En Diccionario panhispánico del español jurídico (1.ª ed.). Recuperado de: <https://dpej.rae.es/lema/gestor-de-motor-de-b%C3%BAsqueda>) debe ser considerado como responsable de dicho tratamiento. **2.** El gestor de un motor de

²⁰ STC T-050-16 del 10 de febrero de 2016. Colombia. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-050-16.htm> . Visitado el 28 octubre de 2020.

búsqueda sí realiza tratamiento de datos personales cuando establece una sucursal o filial para servicio de los habitantes del Estado miembro con el fin de garantizar la promoción y la venta de espacios publicitarios. **3.** El gestor de un motor de búsqueda en debida y legal salvaguarda del derecho a la privacidad y protección de datos personales de un usuario, tiene la obligación de eliminar cualquier vínculo o página web publicada por terceros; resultante de introducir el nombre de aquel en el buscador, los cuales brinden información acerca del susodicho; y aunque tal contenido en dichas páginas sea en sí misma lícita; esto es, haya sido publicada en razón bajo los parámetros de la libre de expresión. Se clarifica, que; el interesado puede solicitar la eliminación de información aun cuando esta no comporte perjuicio para el peticionario²¹.

e. Natalia Denegri vs. Google.

El caso reciente se desarrolla en los tribunales argentinos (Sala H de la Cámara Nacional Civil); siendo *la primera sentencia nacional* (12 de agosto de 2020) en la cual un internauta (artista famosa), Natalia Denegri, demanda a Google con el propósito de eliminar contenido sobre hechos ocurridos hace 24 años; los cuales aparecían en Internet con solo colocar el nombre de la afectada y sin posibilidad de localizar a los propietarios de las páginas involucradas. Se trataba de un asunto en la que la artista popular fue víctima de un sembrado de drogas y del escándalo informativo (Caso Coppola) provocado por los medios de comunicación argentinos; y que ella calificó como contenido *inexacto, erróneo, morboso, excéntrico, innecesario* y, por ende, vulnerador del derecho al buen nombre, honor e intimidad y privacidad. La demandante, así, alega que tales sucesos antiguos y sin relevancia para la opinión pública y aún visibles en la web atentan contra los propios derechos personalísimos; que, en este caso, poseen mayor peso de protección frente a la libertad de información. Por otra parte, Google, arguye que la información es exacta y los sucesos publicados son ciertos en relación a funcionarios y personajes de connotación pública implicados en un proceso penal; por lo cual subyace a tal noticia

²¹ STJE. Google Spain, S.L., Google Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González del 13 mayo del 2014. Luxemburgo. Recuperado de https://derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_constitucional/revista/III_JURISPRUDENCIA_EXTRA_NJERA/Caso_Mario_Costeja_Gonzales_y_otro_vs_Google.pdf . Visitado el 4 noviembre de 2020.

el derecho a la libertad de expresión, por tanto, ya no pertenecen al ámbito privado. Asimismo, Google alega que no existe derecho al olvido en Argentina por lo que, tales datos personales no pueden ser eliminados, y, además, la actora debió demandar a los medios que difundieron las noticias pues Google solo funciona como un simple motor de búsqueda y pues, al eliminar aquella información se estaría ante un censor de contenido. Este proceso arriba hasta el Altísimo Tribunal en el cual se resolvió que: **1.** Los contenidos públicos proporcionados por el buscador de Internet – en el presente caso- no poseen una connotación de interés y relevancia comunitaria; solo enervan el morbo de los internautas; pues la afectada aparece en escenas de peleas y discusiones producto de la situación del momento y, por ende, carecen de interés periodístico y al permanecer aún en Internet no contribuyen en absoluto a la educación general. Esto, aunque se tratase de noticias veraces, sin embargo, deberían ser enterradas pues, la difusión de aquellas no posee beneficio alguno sea público, histórico, científico, etc. **2.** Google deberá desindexar (eliminación o bloqueo) el contenido y vínculos que muestren imágenes relativas a la afectada como *“...peleas, agresiones verbales o físicas, insultos, discusiones en tono elevado, escenas de canto y/o baile de precaria calidad artística, así como también, posibles reportajes televisivos en los que la actora hubiera brindado información acerca de experiencias de su vida privada, sea de contenido sexual o de cuestiones relacionadas al consumo...”*; por ejemplo YouTube arrojaba un video con el titular : *“LA PRIMER GRAN PELEA DE LA TV ARGENTINA CON SAMANTHA FARJAT Y NATALIA DE NEGRI”* y, aunque, esta información sea veraz, el que permanezca en el Internet lo único que causa es la *“imposibilidad de recuperación y reinserción social, del individuo y la propia familia; caso este último que no debe afectarse jamás”*²².

f. Escher y otros vs. Brasil.

El caso a colación trata sobre la interceptación e injerencia ilícita en las comunicaciones telefónicas privadas y la publicación indebida de fragmentos de diálogos de dichas comunicaciones en los medios de comunicación del Estado de Paraná; tales investigaciones ilegales estuvieron bajo responsabilidad de entes

²² Denegri, Natalia Ruth c/ Google Inc. del 10 agosto de 2020. Argentina. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-civil-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-denegri-natalia-ruth-google-inc-derechos-personalissimos-acciones-relacionadas-fa20020049-2020-08-10/123456789-940-0200-2ots-eupmocsollaf> . Visitado el 10 de noviembre de 2020.

privados de telecomunicación, funcionarios administrativos y judiciales en contra de los trabajadores -Escher y otros- pertenecientes a las empresas ADECON y COANA y que, según las indagaciones estarían implicados en actos delictivos. Así las cosas e infringiéndose la legalidad en las investigaciones; se determinó realizar el seguimiento de las comunicaciones privadas de los presuntos delincuentes y, además, se reprodujeron ilegalmente ciertos fragmentos en el noticiero “Jornal Nacional” (uno de los de mayor alcance y audiencia a nivel nacional) atentando contra la privacidad y honor de las personas implicadas y ajenas a aquellos presuntos delitos; a todo esto, detalle especial es que el Ministerio Público no fue notificado de las interceptaciones; por lo que, este organismo alegó que las acciones de injerencia ilegal de monitoreo se realizaron solo con fines políticos y no de investigación. De este modo, las empresas agraviadas presentaron un mandato de seguridad ante el Tribunal de Justicia del estado de Paraná solicitando la suspensión de las interceptaciones telefónicas y destrucción de las cintas grabadas, por lo que, después de diversos procesos de apelación, y ante la denegación del pedido, esta situación arriba a la Corte IDH; la misma que sentenció en lo que respecta a lo que interesa a esta tesis: **1. Vida privada, a la honra y a la reputación.** Aunque las conversaciones telefónicas no están protegidas explícitamente por el art. 11 de la Convención, sin embargo, por tratarse de diálogos privados y de contenido diverso, estos no pueden ser sujetos de injerencia arbitraria o abusiva de ninguna índole, claro está teniendo la debida legalidad. Del mismo modo, se afirma que la “fluidez informativa” producto de las nuevas tecnologías coloca al derecho a la vida privada de las comunicaciones en mayor de riesgo de vulneración; por ende, el Estado deberá proveer medios adecuados para la respectiva salvaguarda (fundamentos jurídicos N.^{os} 113-129); **2. Legalidad de la injerencia.** En el presente caso; y basado en la especial Ley N.º 9.296/96; la interceptación no fue debidamente motivada ni se respetó la legalidad al propósito de investigación criminal o instrucción del proceso penal; por tanto, se infringió el proceso legal determinado; en vista que el Ministerio Público no fue notificado al respecto; más aún se vulneró el derecho a la vida privada, honor al divulgar conversaciones que

estaban salvaguardadas por el secreto de justicia (fundamentos jurídicos N.ºs 130-161)²³.

2.3. Marco conceptual.

Para el conocimiento breve y conciso de términos básicos utilizados en la presente investigación básicas se recurre al diccionario jurídico online de la RAE (Real Academia Española. Diccionario de la lengua española, 24.ª ed., Recuperado de: <https://dle.rae.es>).

a. Dato de carácter personal.

Información de índole numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica u otras respecto a personas físicas identificadas o identificables.

b. Libertad de expresión.

Manifestación personal de juicios, creencias, pensamientos, ideas y opiniones; la cual no deberá -por principio constitucional- estar constituida por palabras inadecuadas, despectivas o insultantes.

c. Derecho a la intimidad.

Derecho al libre y pleno disfrute del ámbito propio y reservado a la persona y a la propia familia ajeno y excluido al conocimiento o intromisión de terceros.

d. Derecho a la libre información.

Derecho para expresar y difundir de manera libre los pensamientos, ideas u opiniones por medio de la palabra, escrito u cualquier medio de reproducción con carácter de veracidad y relevancia pública.

e. Derecho a la privacidad.

Garantía constitucional de protección tanto frente a cualquier injerencia ilegal o arbitraria en la vida privada, familiar, domicilio o correspondencia como el impedimento de la difusión o divulgación indebida o injustificada de datos propios.

f. Hackear (Jaquear).

Ingresar sin autorización del usuario en cualquier forma de sistema informático.

²³ Caso Escher y Otros vs. Brasil del 06 de julio de 2009. Costa Rica. Recuperado de: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_esp1.pdf . Visitado el 20 de noviembre de 2020.

g. Cookie.

Es un archivos externo y oculto que se almacenan -por lo general- automáticamente en el ordenador del usuario de Internet, el cual registra y rastrea las operaciones y/o preferencias del mismo, también se les denomina spyware.

h. Nativo digital.

Es cualquier persona que ha nacido y crecido en este tiempo de la era digital; y se relaciona de los más familiar con la tecnología virtual como, por ejemplo, laptops, celulares, etc.

i. Tecnología de la Información y Comunicación (TIC).

Unificación entre las redes telefónicas, sistemas digitales y tecnologías informáticas que permiten una óptima comunicación.

j. Cyberbullying.

Es el acoso (chantaje, insultos, vejaciones) realizado por medio de la cibernética o el mundo web contra niños, niñas, adolescentes, jóvenes, mujeres y personas en general; el cual les ocasiona graves daños psicológicos.

k. Screenshot.

Es un pantallazo o captura de pantalla que reproduce o copia la imagen del monitor (computadora o celular).

l. Influencer.

Es un prescriptor o persona digital que por su óptima especialización manual, tecnológica o profesional en una determinada área influencia de manera considerable en la sociedad y reciben un pago por dicha actividad.

II. Fake News.

Es una noticia pseudoperiodística o sin rigor científico que se difunde a través de las Redes Sociales con el propósito de desinformar o confundir a los usuarios navegantes sobre un determinado tema de interés social o científico.

m. Dirección IP (Internet Protocol).

Es un conjunto de códigos que identifican a un determinado dispositivo y que posee la capacidad para conectarse al Internet (computadora, celular, Tablet, etc.)

n. Proveedor de servicios de Internet.

Es una empresa digital que proporciona acceso y servicios de Internet; por ejemplo, existen proveedores de acceso, de buzón de correo, de tránsito, virtuales y de anuncios.

ñ. Motor de búsqueda de Internet.

Buscador digital para encontrar información por Internet.

2.4. Sistema de hipótesis.

El ejercicio abusivo de la libertad de expresión en la red social de Facebook en el Perú vulnera el derecho a la intimidad de las personas.

2.5. Variables e indicadores.

2.5.1. Independiente.

El ejercicio abusivo de la libertad de expresión en la red social Facebook en el Perú.

2.5.2. Dependiente.

La vulneración del derecho a la intimidad de las personas.

III. METODOLOGÍA EMPLEADA.

3.1. Tipo y nivel de investigación.

3.1.1. Tipo de investigación.

Esta investigación es de *tipo* descriptiva - *explicativa* en el sentido que posee como fin arribar al conocimiento detallado de hechos y/o fenómenos relativos a conceptos jurídicos sobre el ejercicio abusivo de un derecho, en este caso; el abuso de la libertad de expresión sobre el derecho a la intimidad en la red social Facebook en el Perú; y a la vez, descifrar o describir dogmáticamente las características de instituciones lineales del derecho constitucional fundantes a la presente investigación. De esta manera; en el iter de esta investigación ha sido necesario indagar sobre posibles factores o causales que puedan dar lugar a la aparición del fenómeno investigativo en comento; explicando de manera conceptual y recurriendo a la bibliografía nacional y comparada, sobre aquellas razones sociales, legales y políticas que sean origen y principio para un ejercicio abusivo de la libertad de expresión en la red social Facebook sobre la intimidad de los usuarios en el Perú.

3.1.2. Nivel de investigación.

Al mismo tiempo, por el nivel de investigación; la presente es de *nivel básico*; pues está orientado a la recolección de información conceptual sobre la realidad en estudio; será, por tanto; la obtención de contenidos principales, rectores, básicos y fundantes en relación al ejercicio abusivo de la libertad de expresión sobre el derecho a la intimidad en la red social Facebook en el Perú los cuales servirán para poder fundamentar la hipótesis que se desea justificar.

3.2. Población y muestra de estudio.

3.2.1. Población.

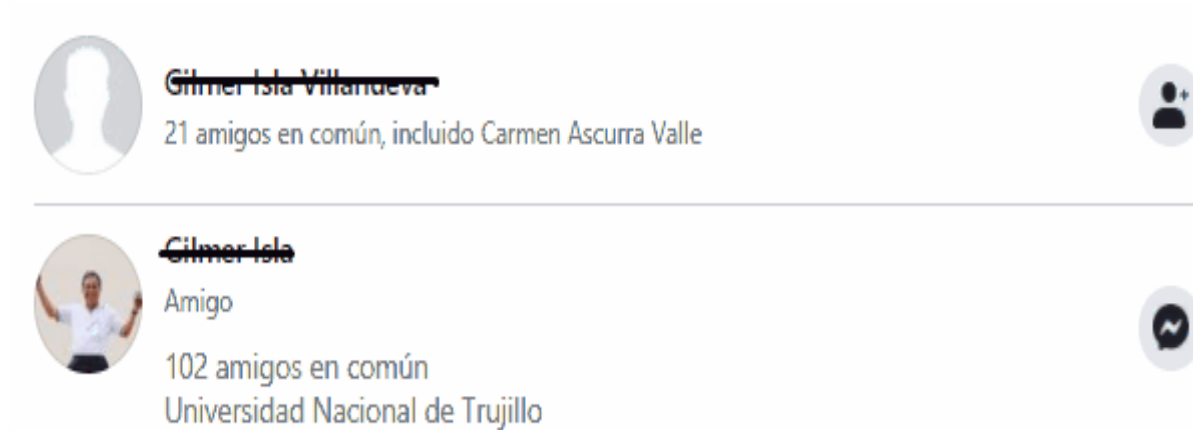
La población en estudio está conformada por 220 usuarios (perfiles) de la red social Facebook pertenecientes a la lista de amigos o contactos del usuario Jose Augusto Isla identificado con DNI 42176541 y domicilio en la Urb. Los Laureles Mz D, Lt 8 (Facebook (sin fecha). José Augusto Isla. Recuperado de: <https://www.facebook.com/profile.php?id=100008641086723&sk=friends>), la cual está constituida por conocidos o amigos del presente investigador que al tiempo de construcción de la tesis se encuentran ubicados dentro del territorio peruano y en el lapso de enero-diciembre del año 2020.

3.2.2. Muestra.

La muestra no probabilística en esta investigación se conforma por 15 usuarios o contactos recogidos de la población en estudio; en los cuales existe cierto sesgo de vulneración de la propia intimidad debido ejercicio abusivo de la libertad de expresión en el Perú sea por el comportamiento ingenuo o imprudente del propio usuario como por los propios contactos o terceros en la red social.

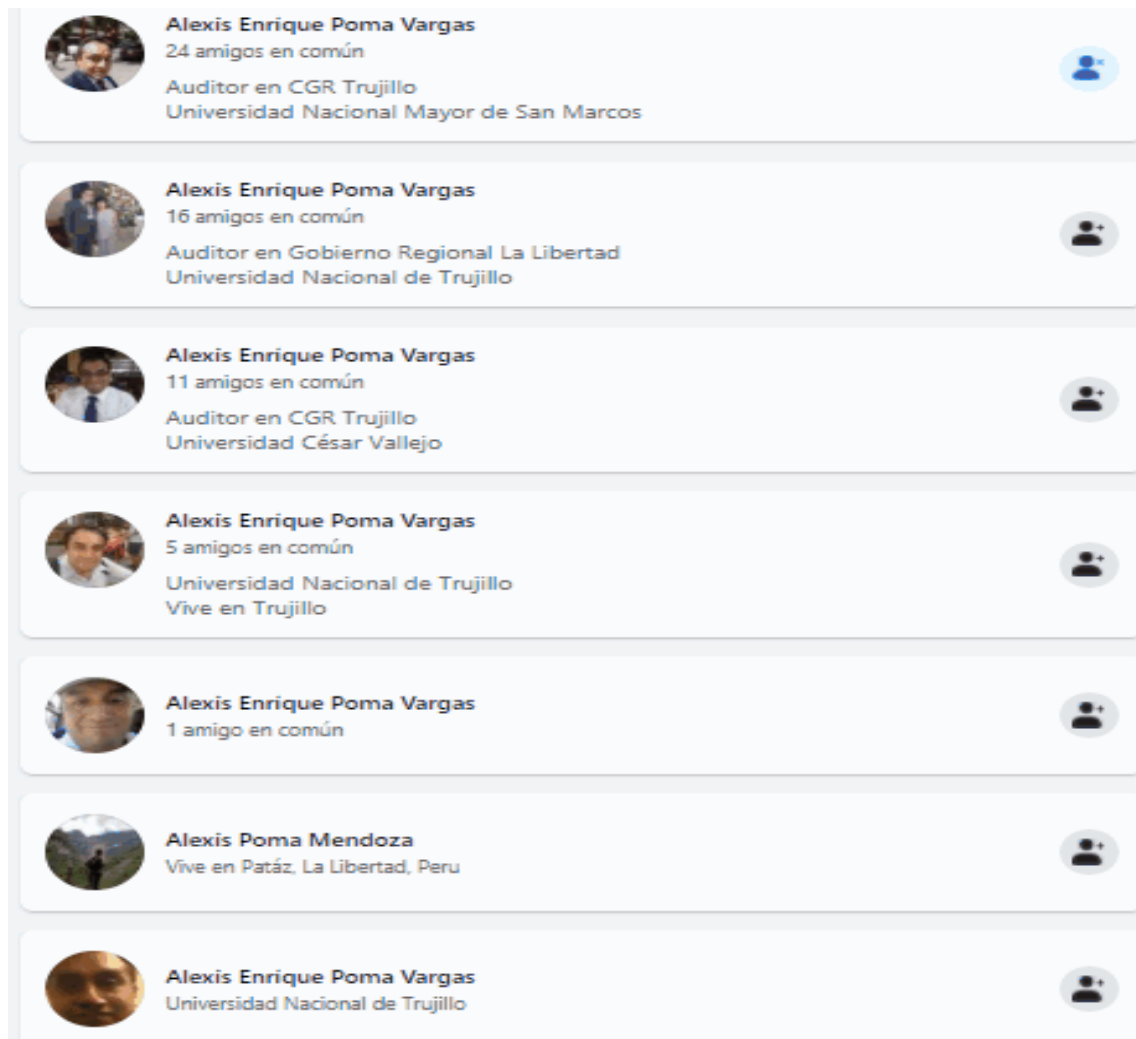
3.2.2.1. Capturas de imágenes desde la cuenta de la Red Social Facebook del presente investigador.

1. Imagen 1.



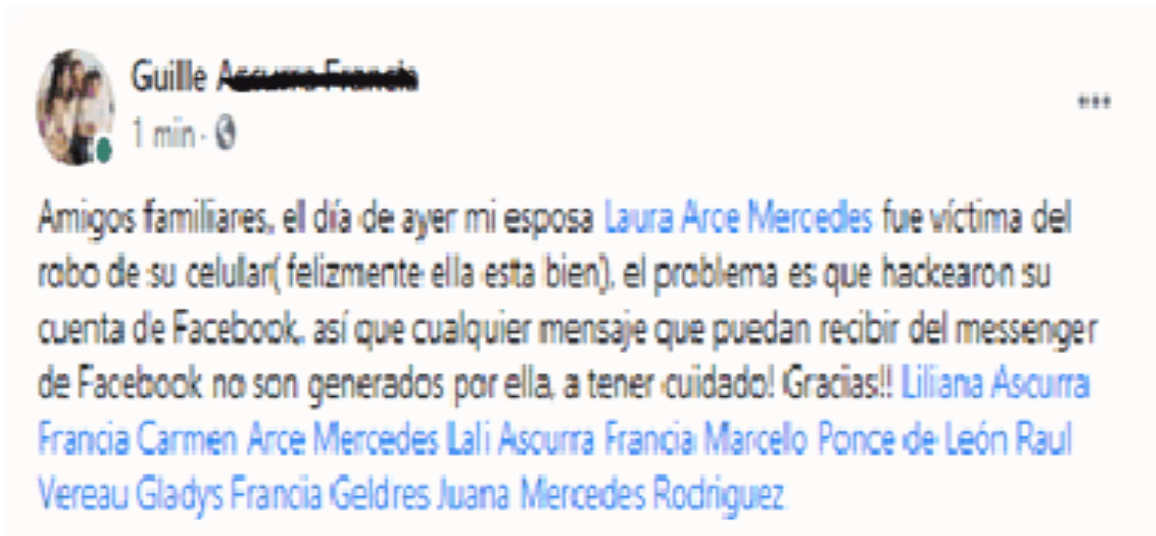
Descripción: Creación de cuenta y perfil falso por parte de un tercero desconocido; causando verdadera molestia e incomodidad al usuario original.

2. Imagen 2.



Descripción: Creación de 6 cuentas y perfiles falsos por parte de un (varios) tercero (s) malintencionado(s) con el fin de ocasionar molestias y fastidios en el verdadero usuario.

3. Imagen 3.



Descripción: Aviso de hackeo de una cuenta Facebook de la esposa de un usuario inmediatamente después de haber sido sujeta del delito de robo de celular.

4. Imagen 4.



Descripción: Creación de una cuenta falsa de una amiga por parte de un tercero inescrupuloso. Para la confección del falso perfil se ha utilizado una foto de las

publicadas en el álbum original de la afectada y ha trastocado el nombre verdadero por el de “Fátima Laos”. Se logra divisar frases como “*Si quieres que me tire a tu esposo llámame*”, “*Hola soy una perra que se mete con hombres casados, como tendré la concha toda negra, verdad*”. Esta cuenta era utilizada para ofrecer servicios sexuales.

5. Imagen 5.



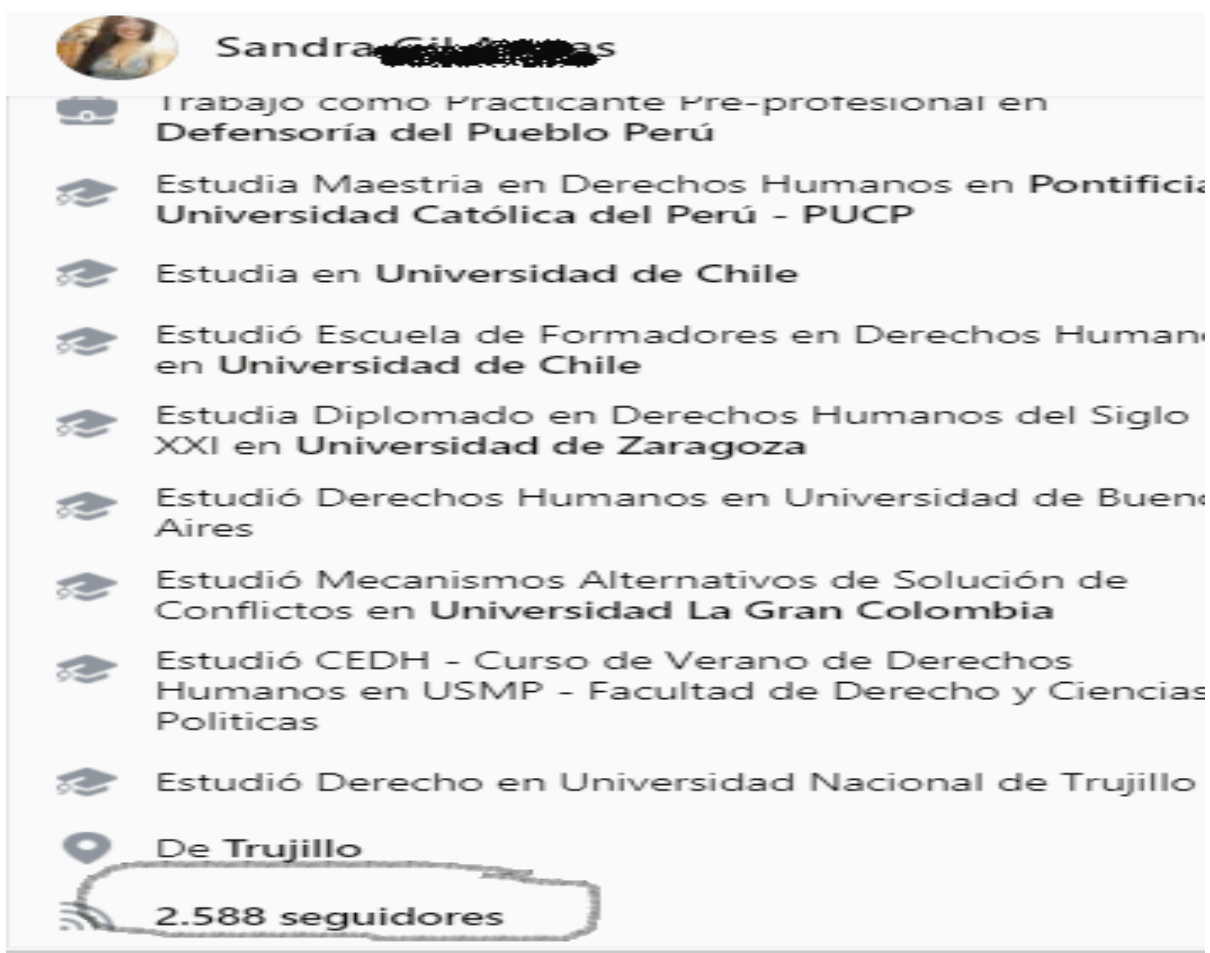
Descripción: Creación de 5 cuentas falsas por parte de terceros desconocidos con el propósito insano de molestar y fastidiar tomando el nombre de exestudiante universitario.

6. Imagen 6.



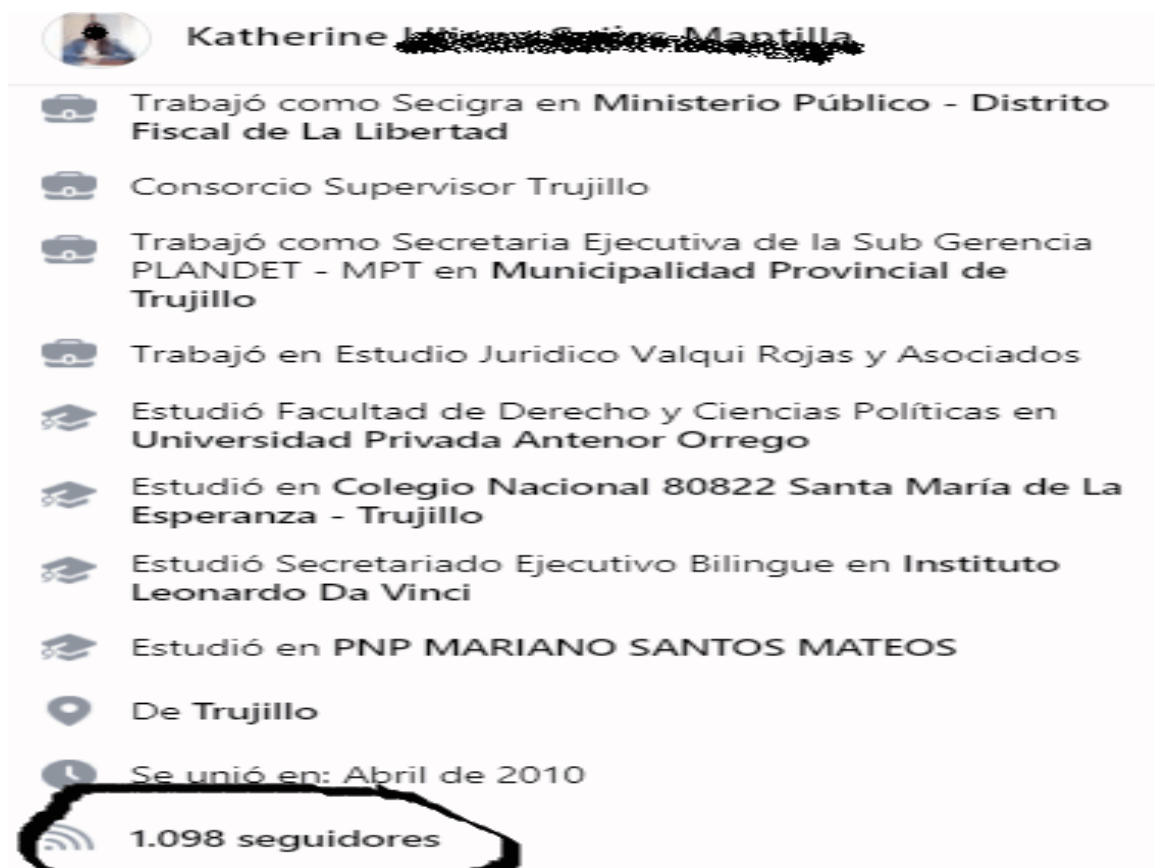
Descripción: Ingenuidad e imprudencia de padres jóvenes al exponer públicamente las fotos del propio hijo a pocos meses de nacido. Actualmente esta acción precipitada se realiza normal y frecuentemente no solo en la red social Facebook sino en otras más.

7. Imagen 7.



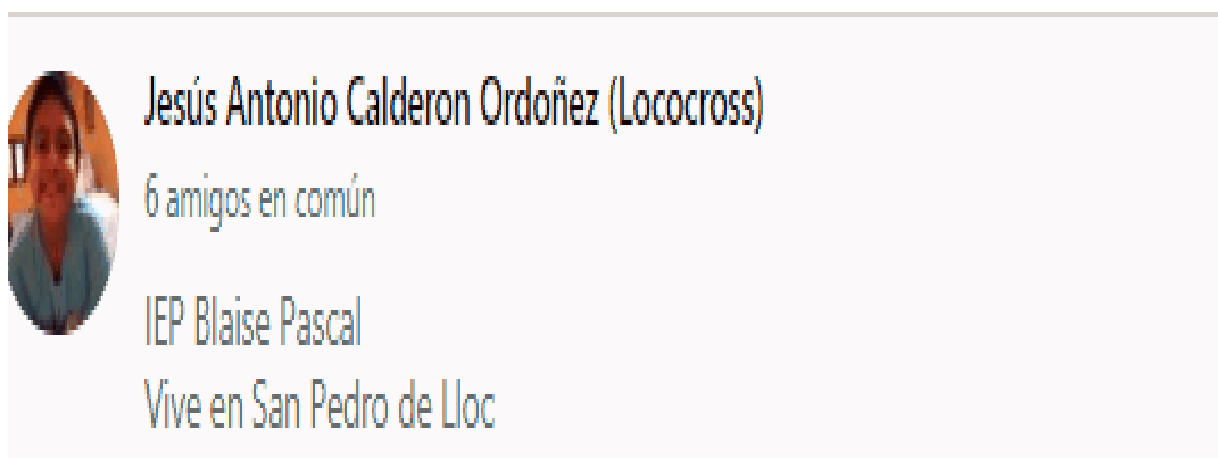
Descripción: Connotada amiga -bachiller - cuenta con 2588 seguidores en Facebook; situación tal que la convierte automáticamente e indirectamente en una especie de influencer básica o incipiente.

8. Imagen 8.



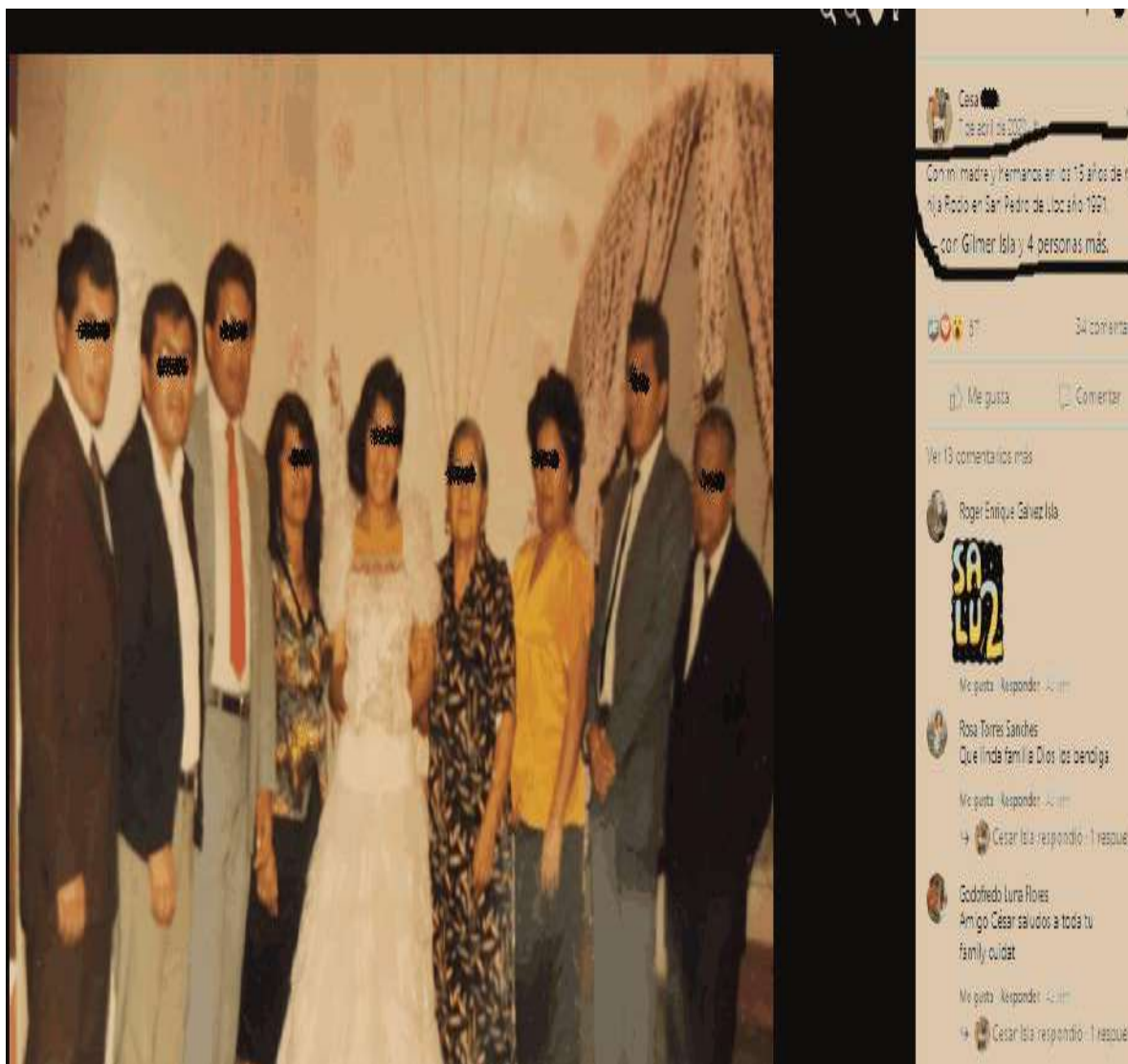
Descripción: Compañera abogada cuenta con *1098 seguidores* en Facebook; por ende; de manera indirecta y automáticamente pasa a formar parte del grupo de los influencer básicos o incipientes.

9. Imagen 9.



Descripción: Un sobrino que, desde los 8 años, ahora ya con 12; posee cuenta y foto de perfil en el Facebook; algunas veces ha realizado comentarios en la red social en estudio.

10. Imagen 10.



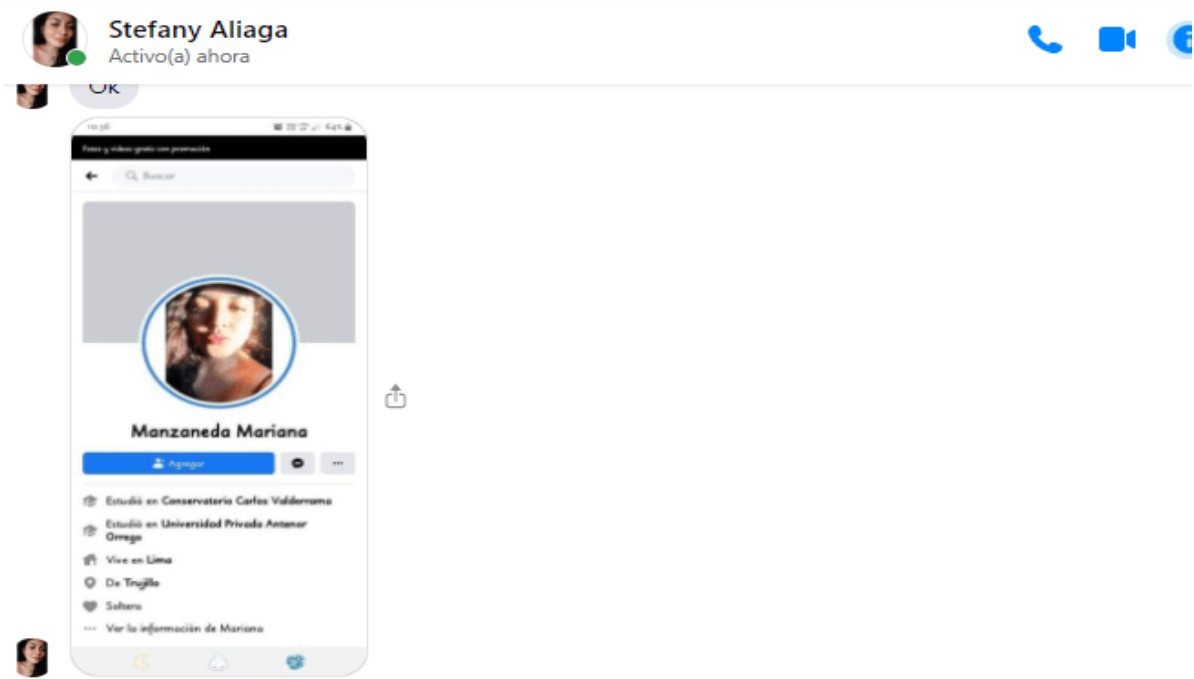
Descripción: Publicación de foto (tío) de evento privado del año 1991. Se logra verificar la tendencia actual a compartir situaciones consideradas privadas hasta hace poco y las cuales se coleccionaban en un álbum de sola competencia familiar.

11. Imagen 11.



Descripción: Padre ingenuo e imprudente ha publicado las fotos de dos menores (hijos) en la portada y perfil de la propia cuenta Facebook.

12. Imagen 12



Descripción: Compañera a la cual un tercero desconocido le creó un perfil falso con foto sustraída de la cuenta original y, además, se le colocó un nombre falso

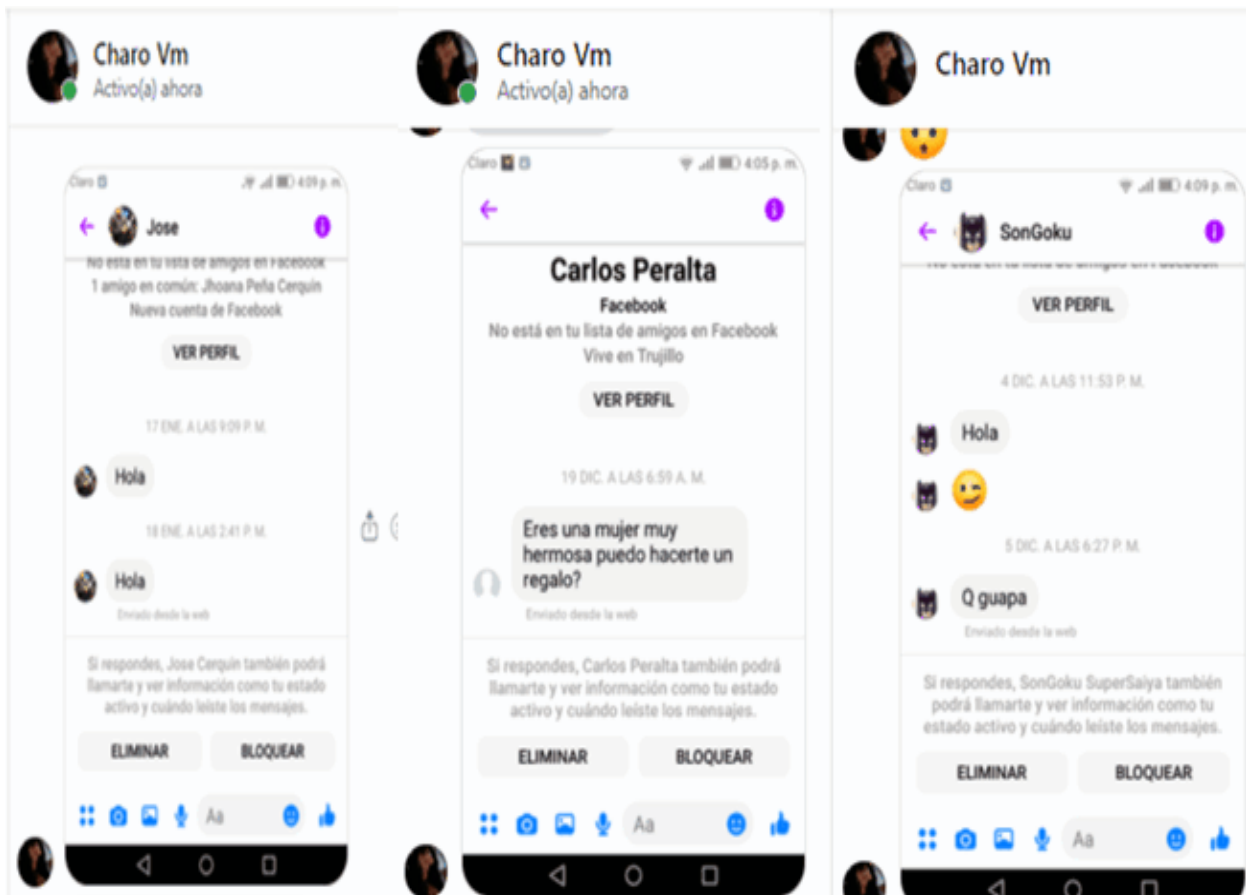
("Manzaneda Mariana"). Se copiaron algunas fotos del home original, las cuales ya fueron eliminadas, y desde esta cuenta (falsa) se enviaban mensajes indecentes a terceros.

13. Imagen 13.



Descripción.: Crítica pública de un intelectual en derecho sobre un determinado tema. Este estudioso trujillano normalmente influye fuertemente entre los estudiantes y público en general; y que, por la propia línea de pensamiento en contadas oportunidades ha sido sujeto de insultos y afrentas contra el honor y la privacidad.

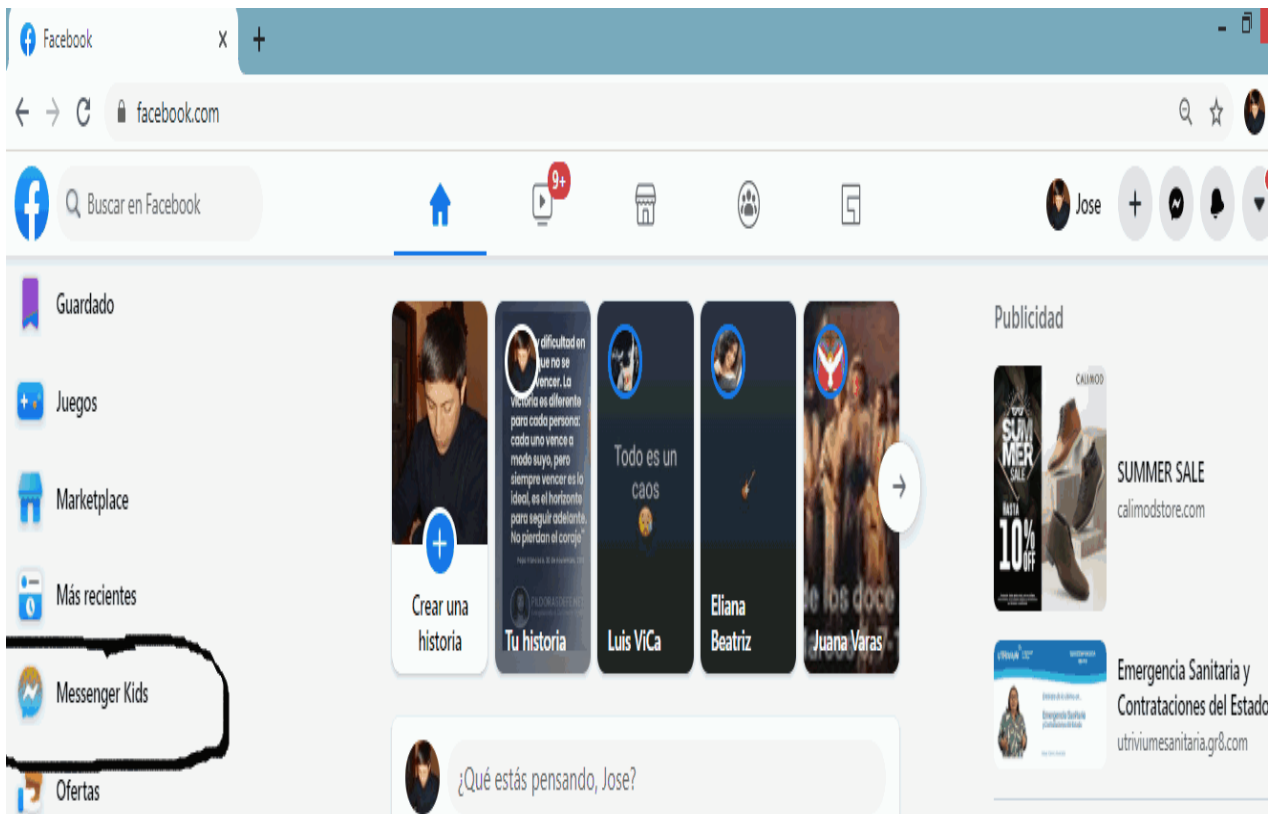
14. Imagen 14.



Descripción: Amiga recibe constantemente mensajes ocultos al Messenger de Facebook por parte de usuarios con cuentas falsas causándole verdadera molestia, fastidio e incomodidad.

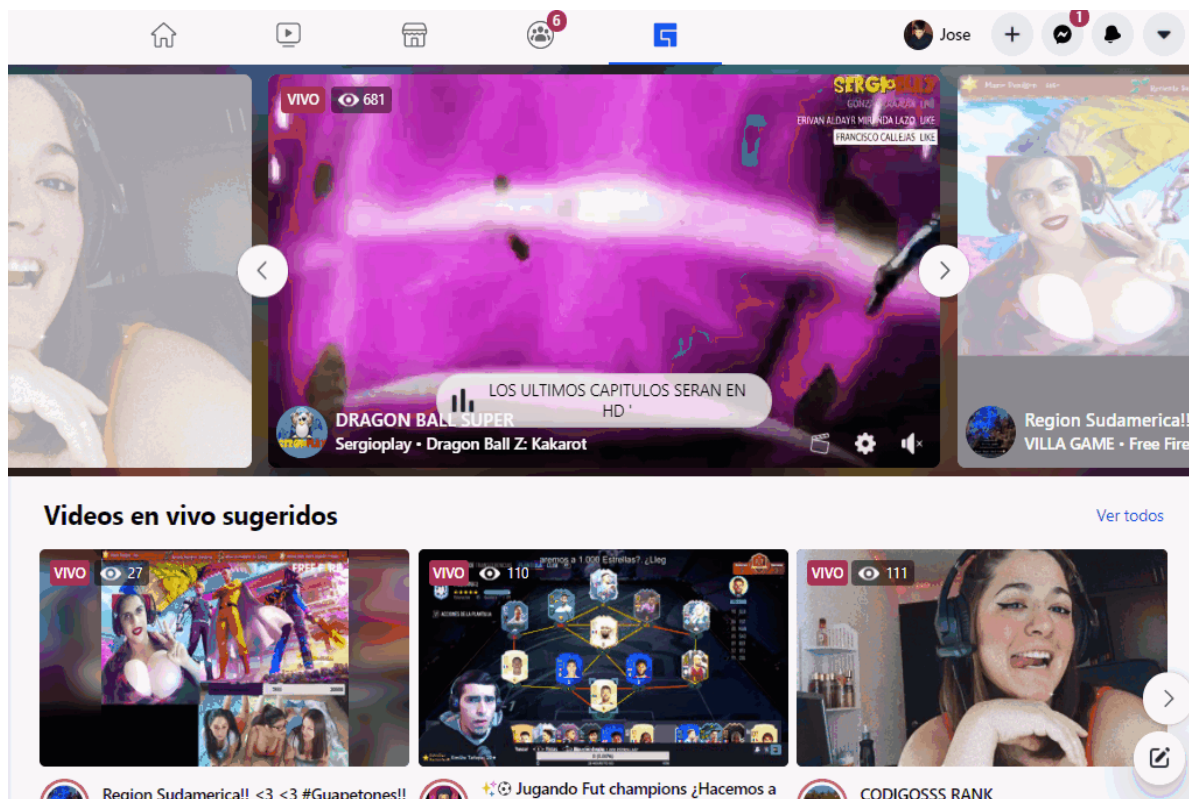


Descripción: Foto “privada” de una familia completa (primo) tomada desde la propia recamara de la casa. Se verifica la propensión social (virtual) a la “privacidad pública” o a la “pública privacidad” de las imágenes compartidas.



Descripción: Facebook ha creado recientemente “Messenger Kids” para la mensajería –chateo- entre niños o menores de edad. Riesgosa, peligrosa y dudosa aplicación; conociendo que los padres o responsables no siempre están al tanto de las actividades de los menores en la red.

17. Imagen 17.



Descripción: Aplicación en Facebook en donde se publican videojuegos en vivo de corte hipersexual y de extrema violencia (real) de fácil acceso a menores de edad. Esta entrada ubicada en la parte superior del home para nada está acorde con la moral y buenas costumbres que deben proteger a los niños, niñas y adolescentes.

Asimismo, a reforzar la muestra en análisis se trae a colación las seis (6) sentencias citadas supra; en las cuales se ha podido apreciar como el derecho a la intimidad o privacidad -protección de datos personales- ha sido vulnerado por el ejercicio abusivo de la libre expresión en el Facebook; por ende, en el Internet.

18. Tabla 1. Breve contenido de las 6 sentencias.

Caso	Contenido
<p>Eva Glawischnig vs. Facebook (Luxemburgo)</p>	<p>Un Estado miembro de la Unión Europea puede obligar a un prestador de servicios de alojamiento de datos (Facebook) a suprimir información (datos) de la propia plataforma virtual en red sobre contenidos idénticos que hayan sido anteriormente declarados ilegales (vulneración de derechos personalísimos); solicitar el bloqueo de acceso a estos y, además, es posible, obligar a la red social eliminar datos similares a nivel mundial.</p>
<p>T - 155/19 (Colombia)</p>	<p>El control político, constitucionalmente protegido, ejercido sobre los funcionarios públicos no les despoja absolutamente de la protección del derecho a la privacidad y el honor; por ello, la ponderación de derechos debe realizarse por medio de un delicado balance, más aún si se desarrolla en una red social.</p>
<p>T - 050/16 (Colombia)</p>	<p>Los afectados por debido a la vulneración de la privacidad, imagen, buen nombre y honor se ven exponencialmente perjudicados mediante la publicación de imágenes o comentarios en la red social (Facebook), sea por el número de receptores (contactos) del usuario, las veces compartidas, los screen y la manera pública para restituir el oprobio provocado.</p>
<p>María Costeja vs. Google (Luxemburgo)</p>	<p>Dentro de la Unión Europea; el usuario de redes sociales o de Internet que evalúe el retiro definitivo de información, publicación o comentario subido por el mismo o terceros, con o sin consentimiento; concerniente a la privacidad, honor, nombre o imagen; y, aunque no comportase perjuicio</p>

	contra tales derechos; puede solicitar la eliminación de la misma a los dueños de la página, gestores de búsqueda o las redes sociales y estos están en la obligación de atender y cumplir con dicho requerimiento.
Natalia Denegri vs. Google (Argentina)	La información inexacta, errónea, morbosa, excéntrica, innecesaria, falsa o veraz y <i>antiquísima</i> que permanece en el mundo virtual respecto de usuarios (web 1.0, 2.0 y 3.0) e indica sobre situaciones privadas sin relevancia pública o política; acarrear no pocas veces la estigmatización o discriminación de tales sujetos o de la propia familia, que en ningún modo esta debe verse involucrada y/o perjudicada; imposibilitando una sana reinserción o recuperación de las relaciones sociales.
Escher y otros vs. Brasil (Brasil)	La información respecto de contenidos relacionados al a la vida privada que se transfieren por medio de las (nuevas) comunicaciones y en razón del desarrollo y progreso de las nuevas tecnologías que permiten una fluidez informativa; han colocado a aquella en mayor riesgo de vulneración sea por interceptación u obstrucción; por lo que, los Estados deberán crear nuevas y eficaces formas de protección de los derechos personalísimos y afines.

3.3. Diseño de investigación.

El diseño de investigación utilizado es el *descriptivo* o también denominado *de una sola casilla*, el cual describe la realidad tal y conforme se presenta en la misma sociedad; donde el investigador no manipula deliberadamente ninguna variable, y solo se limita a la observación y descripción original y real del fenómeno.

De este modo, en esta investigación se tiene que:

M representa la muestra de estudio conformada por 15 usuarios, amigos o contactos de la red social Facebook pertenecientes a José Augusto Isla; los cuales

al tiempo de investigación se encuentran ubicados dentro del territorio peruano y analizados entre enero y diciembre del año 2020.

○ está constituido por la vulneración del derecho a la intimidad debido al ejercicio abusivo del derecho a la libertad de expresión en la red social Facebook en el Perú de los 15 usuarios de la muestra; los cuales se han visto perjudicados por ellos mismos (ingenuidad e imprudencia), los propios contactos o por terceros malintencionados.

3.4. Técnica e instrumentos de investigación.

3.4.1. Observación simple.

En esta investigación se ha advertido las causas, circunstancias o incidencias del ejercicio abusivo de la libertad de expresión sobre el derecho a la intimidad en la red social Facebook en el Perú; las cuales han sido recogidas en aras de fundamentar la hipótesis en estudio para poder estructurar el asunto o eje temático de la presente tesis por medio del estudio bibliográfico y demás, del análisis de las condiciones y normas comunitarias de la red social Facebook en el Perú.

3.4.2. Acopio documental.

Se ha seleccionado y recopilado documentos o fuentes bibliográficas provenientes de libros y artículos en PDF (virtuales), información de Organizaciones Internacionales y Poderes Judiciales de diversos países contenidos en la web, libros y artículos reales, blogs web de estudiosos del derecho, bibliotecas y repositorios web de universidades nacionales y extranjeras, noticias, etc., relacionados y necesarios para el sustento y respaldo de la tesis presente citadas en la presente bibliografía.

3.4.3. Estudio de casos.

A lo largo de la investigación dogmática y jurisprudencial se han recolectado o recogido diversos casos o situaciones al respecto: Unos, citados en el marco teórico desde la página web en la que se encuentran; otros, consistente en las 6 sentencias comparadas y finalmente, los 15 contactos utilizados en la muestra no probabilística.

3.5. Procesamiento y análisis de datos.

3.5.1. Primer paso.

Se visitó durante los meses de enero - febrero del año 2020 las bibliotecas de la Universidad Nacional de Trujillo y Universidad César Vallejo; no pudiéndose realizar las visitas presenciales a la Universidad Privada Antenor Orrego, Universidad Privada del Norte ni al Colegio de Abogados de La Libertad y otras del país a causa de la pandemia; sin embargo desde marzo a diciembre se echó mano de las bibliotecas y repositorios virtuales de las mencionadas instituciones y otras extranjeras lográndose recabar información necesaria para el acopio de información dogmática y jurisprudencial que sustente la presente tesis.

3.5.2. Segundo paso.

Se utilizaron los instrumentos y técnicas de investigación -citados supra- comprendiendo la lectura y análisis de libros, folletos, revistas, etc., virtuales proporcionados desde las páginas web de Organizaciones Mundiales, Ministerios de Justicia, bibliotecas de universidades y respectivos repositorios, profesionales y centros de investigación en derecho a nivel nacional e internacional de modo virtual.

3.5.3. Tercer paso.

Finalmente se aplicaron los instrumentos y técnicas de investigación con el propósito de obtener los resultados y objetivos esperados en cuanto a la contrastación y comprobación de la hipótesis en estudio.

IV. REPRESENTACIÓN DE RESULTADOS.

4.1. Análisis e interpretación de resultados.

De los 15 casos y sentencias recogidas y analizadas se logra corroborar, demostrar o comprobar que:

a. Se han creado cuentas falsas utilizándose la foto del perfil (imágenes copiadas) de los usuarios originales –políticos, funcionarios públicos, personas particulares- para ser utilizadas con fines deshonorosos y deshonestos; colocándose en ellas, comentarios denigrantes y vulneradores contra el honor, la imagen y la privacidad. Añadido a esto; se ha detectado la copia de fotos privadas del home del usuario original, para con ellas ofrecer servicios sexuales por medio de mensajes

privados del Messenger. Además, son las mujeres y los menores de edad (ambos sexos) los que en mayor ocasión experimentan el ejercicio abusivo de la libre expresión.

b. Algunos padres o familiares ingenuos o imprudentes publican fotos de los propios hijos -recién nacidos o menores de edad- en el perfil, portada o álbum de Facebook. Asimismo; menores de edad ya poseen Facebook, los cuales no son supervisados por los respectivos padres los cuales están expuestos a un peligro latente en razón de terceros delincuentes en las redes sociales. Se desprende que, la red social Facebook lejos de coadyuvar a la protección de los menores de edad ha resultado creando el aplicativo interno Messenger para niños y a la vez se publican videojuegos en vivo con contenido hipersexual y demasiados violentos (reales) a los cuales se puede acceder por medio de enlaces públicos.

c. Aparición de un grupo de influencers básicos (estudiantes, profesionales, filósofos, personas agraciadas, etc.) o personas comunes, contactos del Facebook sin mayor trascendencia; los cuales por el número de seguidores (“más de mil”) o contactos colocan ingenua o imprudentemente en riesgo la propia intimidad o privacidad frente a la libertad de expresión de terceros; aunque en el fondo no se tenga el fin primordial de convertirse en un influencer público o notorio de la sociedad.

d. Los contenidos que se comparten en la red social Facebook en el Perú permanecen en muchas ocasiones –por no decir todas- fuera del alcance de la administración de los mismos usuarios; más aún convierten a Facebook en el propietario absoluto de los datos personales publicados, aunque parezca que aquellos se hayan podido eliminar del mundo virtual. Debido a esta situación el derecho al olvido es un recurso que funge como salvavidas de la privacidad, empero en Sudamérica solo ha sido aplicado recientemente en la jurisprudencia argentina frente a Google.

4.2. Docimasia de hipótesis.

El ejercicio abusivo a la libertad de expresión en la red social de Facebook en el Perú vulnera el derecho a la intimidad de las personas.

CONCLUSIONES

1. En razón de la citada jurisprudencia y doctrina nacional y comparada se afirma respecto del derecho a la intimidad que el adelanto de las nuevas tecnologías, los usuarios de a mano comparten publicaciones de corte privado en las redes sociales de manera ingenua o imprudente y así, lo que en el pasado permanecía al margen absoluto de terceros; en estos tiempos se consiente directa o indirectamente el acceso al ojo público. Además, los usuarios sienten o perciben como privadas aquellos contenidos y suponen -ingenua o incautamente- que los terceros extraños los respetarán cabalmente, lo que no sucede. Ahora, respecto del derecho a la libertad de expresión no solo ciertas personas públicas o notorias y medios comunicación influyen excesiva y poderosamente en la sociedad sino ahora con el poder de (web 2.0) las redes sociales cualquier persona – sin querer queriendo- y por diversas circunstancias puede influir en el colectivo; en razón de la velocidad del mensaje o el número de receptores a los cuales arriba. Finalmente, la nueva tecnología ha fusionado la privacidad y los datos personales compartidos en la red social, colocándolo en inferioridad de la libertad de expresión ejercida en Facebook -avalando a terceros malintencionados-; por lo que, hoy; el contenido esencial de la privacidad es invadido y abusado deliberada y libertinamente por la nueva diosa de la libertad de expresión.

2. Las normas y condiciones de privacidad e interacción comunitaria de la red social Facebook han sido redactados en términos abiertos o indeterminados (podría ser que) o contradictorios (ejemplo; la edad permisible para el uso de Facebook o la prohibición de la publicación de una imagen A en un determinado caso y en otros no, etc.,) colocando al usuario en estado de indefensión normativa e interpretativa; pues Facebook funge como sumo juez e intérprete; y además con la suposición que el usuario leyó y aceptó las condiciones de uso al momento de la inscripción en la red. Cabe acotar aquí que por el momento no es posible la aplicación de límites lícitos contra los mensajes o acciones que atenten de manera abusiva contra la intimidad, privacidad y el honor de las personas en la red social Facebook. Al mismo tiempo, las normas y políticas de privacidad y relaciones

comunitarias en Facebook están colocadas peligrosamente en un rango superior sobre las Constituciones de los Estados, es decir, sobre la soberanía de los países en cuanto a la protección de la intimidad o privacidad y aún de la libre expresión sea en el Perú o fuera del país, en el sentido que Facebook pertenece al territorio virtual; espacio libre e independiente de la soberanía de cualquier Estado que trastoca el imperativo constitucional de cada país.

3. Los operadores jurídicos, maestros universitarios, académicos y educadores en general desde la cátedra académica serán los primeros guardianes del derecho a la intimidad por medio del reestudio de la deontología y los principios generales del Derecho; esto es, la buena fe, la moral, las buenas costumbres y el orden público; reactualizándolos y re enseñándolos en razón del contexto y circunstancias del mundo virtual; así, depende crucialmente de esta generación lo que suceda en el futuro de la sociedades virtuales y de esto modo poder salvaguardar tanto el ámbito del derecho a la intimidad en la red social Facebook en el Perú como promover indirectamente una sana y decorosa libre de expresión de los usuarios.

4. Los contenidos compartidos en la red social Facebook se han convertido automáticamente en públicos, por lo que, es posible afirmar el nacimiento de una privacidad pública o pública privacidad, la cual coloca en mayor riesgo de abuso a la privacidad frente a la libertad de expresión de los usuarios imprudentes o incautos o respecto de terceros dolosos. Además, Facebook posee el poder para administrar los datos subidos a la red aun cuando se trate de contenidos en modo privado; como serían las conversaciones por el Messenger o la información compartida en un grupo privado u oculto lo que deja a tallar que el derecho a la privacidad en el Facebook es solo una cuestión meramente nominal.

RECOMENDACIONES

1. Para los colegios, universidades y público en general: se recomienda el estudio de lineamientos éticos y morales (principios generales del derecho) que conduzcan el comportamiento saludable y respetuoso entre los usuarios en el mundo virtual de las redes sociales; tanto en el uso noble y decoroso de la libre expresión como en la debida atención y cuidado de contenidos que se comparten en relación a la propia intimidad o privacidad; esto, comportará necesariamente la enseñanza obligatoria de las condiciones y normas de uso, privacidad y relaciones comunitarias que rigen en el Facebook y otras redes sociales por medio de ponencias, charlas, cursos, lecciones, manuales, etc.

2. Para los operadores jurídicos: se recomienda en materia dogmática; redefinir en las escuelas de Derecho el significado de persona pública, intimidad y publicidad y libre expresión en función del nuevo contexto creado por las redes sociales y a la vez, el establecimiento de un parámetro que indique que al arribar a un determinado número de contactos automáticamente se adquiere la cualidad de ser persona pública o notoria y, por tanto, se asume las consecuencias que ello comporta. Además, a colación de esto, es necesario la creación de un dispositivo en la red social Facebook (o WhatsApp) el cual ponga en aviso a los usuarios respecto que terceros o extraños están realizando un pantallazo o screen sobre contenidos o imágenes privadas con el propósito de prevención en relación a la protección de la propia privacidad o intimidad.

BIBLIOGRAFÍA

- A. Borda, G. (1991). *"Manual de Derecho Civil. Parte General"* (Vol. pág. 50). (1. a. Tomo I, Ed.) Buenos Aires-Argentina: edit. Emilio Perrot.
- Agustín, S. (2014). *"Confesiones"*. (P. 50, Ed.) Lima-Perú: Escuela Nueva S.A.C.
- Álvarez Conde, E., y Tur Ausina, R. (2013). *Derecho Constitucional* (Vols. págs. 332-336). (3. edición, Ed.) Madrid-España: TECNOS (GRUPO ANAYA S.A.).
- Álvarez , J. (2020). *"La ley, contras los bulos del coronavirus"*. Obtenido de https://cadenaser.com/ser/2020/03/09/tribunales/1583754295_078175.html
- APEC. (2016). *Tecnologías Cifras - Facebook*. Obtenido de <https://gestion.pe/tecnologia/cifras-facebook-peru-famosa-red-social-121073>
- Aponte Escalante, K. (2015). *Tesis de Licenciatura, "Vulneración del derecho a la intimidad de los niños por la publicación de imágenes en las redes sociales"*. (P. 74-77, Ed.) Ayacucho-Perú: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Obtenido de http://repositorio.unsch.edu.pe/bitstream/handle/UNSCH/802/Tesis%20D52_Apo.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Arango Grajales, M. (2016). *"La causa jurídica de las cláusulas abusivas"* (Vols. págs. 243-266). (N. 1. vol. 18, Ed.) Santa Fe de Bogotá-Colombia: Revista Estudios Socio-Jurídicos. Obtenido de <https://revistas.urosario.edu.co/xml/733/73343370008/html/index.html>
- Arenas, M. (2019). *"La autocensura del periodismo proviene ahora de la presión de los movimientos sociales"*. Entrevista a Juan Luis Cebrián (fundador del diario "El País"). Obtenido de <https://www.elperiodico.com/es/cornella/20191213/juan-l-cebrian-la-autocensura-proviene-de-la-presion-de-los-movimientos-sociales-7773412>
- Art. 2.3.c; *Estatuto del Tribunal Internacional de Rwanda*. (s.f.). Obtenido de <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1994-statute-tribunal-rwanda-5tdmhw.htm>

- Arts. 1,2 Y 3.1 del Protocolo facultativo de la convención sobre los derechos del niño, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía.* (s.f.). Obtenido de <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/03/PROTOCOLO-FACULTATIVO-SOBRE-DERECHOS-NINO-RELATIVO-VENTA-NINOS.pdf>)
- Ávila , S., y Sausa, M. (s.f.). *"Inteligencia de la Policía atrapa a seguidor del grupo terrorista "Estado Islámico" en SJL"*. Obtenido de <https://peru21.pe/lima/policiales/isis-inteligencia-policia-atrapa-seguidor-grupo-terrorista-islamico-san-juan-lurigancho-490679-noticia/>)
- Balaguer Callejón, F., Cámara Villar, G., Balaguer Callejón, M., & Montilla Martos, J. (2011). *Introducción al Derecho Constitucional* (Vol. 1era. edición). Madrid-España: TECNOS (GRUPO ANAYA S.A.).
- Ballesta, J, Cerezo, C, y Veas,A. (2014). *Los jóvenes de educación secundaria ante el uso y consumo de las TIC*. Vol. I. ISSN: 16-95-324X. Obtenido de <https://www.webs.um.es/pagan/miwiki/lib/exe/fetch.php?id=articulo&cache=cache&media=ballesta->
- Bautista Avellaneda, M. (2015). *"El derecho a la intimidad y su disponibilidad pública"*. (1. edición, Ed.) Bogotá-Colombia: Universidad Católica de Colombia, Colección IUS, Público. Obtenido de https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14306/4/07_El-derecho-a-la-intimidad-y-su-disponibilidad-p%C3%BAblica.pdf
- Beaumont, J. (s.f.). Obtenido de https://elpais.com/diario/1978/12/07/sociedad/281833213_850215.html
- Botero , C., y otros. (2017). *"Caja de herramientas para escuelas judiciales iberoamericanas. Formación de formadores en libertad de expresión, acceso a la información pública y seguridad de periodista"*. (p. 131-197, Ed.) Montevideo-Uruguay: UNESCO. Obtenido de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/33315.pdf>
- Botero Marino, C., y otros. (2017). *"El derecho a la libertad de expresión. Curso avanzado de para jueces y operadores jurídicos de las Américas"*, Centro de estudios de Derecho, Justicia y Desociedad. (p. 98-109, Ed.) Bogotá-

- Colombia. Obtenido de <https://www.dejusticia.org/publication/el-derecho-a-la-libertad-de-expresion>
- Botero Marino, C., y otros. (2017). *"El derecho a la libertad de expresión. Curso avanzando de para jueves y operadores jurídicos de las Américas"*, Centro de estudios de Derecho, Justicia y Desociedad. (p. 59-61, Ed.) Bogotá-Colombia. Obtenido de <https://www.dejusticia.org/publication/el-derecho-a-la-libertad-de-expresion>
- Botero, C., y otros. (2017). *"Caja de herramientas para escuelas jurídicas iberoamericanas. Formación de formadores en libertad de expresión, acceso a la información pública y seguridad de periodistas"*. (p. 137-142, Ed.) Uruguay-Montevideo: UNESCO. Obtenido de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/33315.pdf>
- Castilla Caro, N. (2019). *"El gobierno global de la libertad de expresión en el ciberespacio"*. (p. 79-84, Ed.) Lima-Perú: 1a. ed., edit. Palestra.
- Castillo, I. (s.f.). *"Formas de expresión y sus características"*. Obtenido de <https://www.lifeder.com/formas-expresion-textual/>
- Castro, A. (2016). *Derecho a la intimidad en las redes sociales de internet en Colombia*. Universidad Libre de Colombia.: DOI: 10.14718/nOVUMjUS.2016.10.1.5. Obtenido de https://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/1178/1165
- Cázares Rosales, L. E. (2014). *"Los derechos a la intimidad, a la propia imagen y al honor vulnerados por el ejercicio abusivo de la libertad de expresión en FaceBook"*. (p. 44-55, Ed.) Morelia-México: Revista Internacional de Derecho de Comunicación y de las Nuevas Tecnologías. Obtenido de <http://www.derecom.com/blog/multimedia/item/66-los-derechos-a-la-intimidad-a-la-propia-imagen-y-al-honor-vulnerados-por-el-ejercicio-abusivo-de-la-libertad-de-expresion-en-facebook>
- Cázares Virgen, J. (2010). *"Las limitantes en la libertad de expresión, previstas en los artículos 6 y 7 de nuestra Constitución Política"* (Vols. págs. 34-40). (UNAM, Ed.) Ciudad de México-México: Tesis para obtener el título de:

- Licenciado en Derecho. Obtenido de <http://132.248.9.195/ptb2010/octubre/0663310/Index.html>
- Celis Quintal, M. (s.f.). *"La Protección de la intimidad como Derecho Fundamental de los mexicanos"*. México, UNAM, libro virtual: David Cienfuegos Salgado y María Carmen Macías Vásquez, "Estudios en homenaje a Marcela Muñoz de Alba Medrano. Protección de la persona y derechos fundamentales". Obtenido de <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/26560>
- Chocarro, S. (2017). *"Estándares internacionales de la libertad de expresión: Guía básica para operadores de justicia en América Latina"*. Washington-EE.UU: págs. 18-22. Obtenido de "Estándares internacionales de la libertad de expresión: Guía básica para operadores de justicia en América Latina"
- Chocarro, S. (2017). *"Estándares internacionales de la libertad de expresión: Guía básica para operadores de justicia en América Latina"*. (p. 23-29, Ed.) Washington-EE.UU: Center for International Media Assistance (CIMA). Obtenido de "Estándares internacionales de la libertad de expresión: Guía básica para operadores de justicia en América Latina"
- Cobos Campos, A. (2013). *"El Contenido del Derecho a la Intimidad"* (Vols. págs. 46-51). (n. Universidad Nacional Autónoma de México, Ed.) México: Cuestiones Constitucionales, ISSN:1405-1913. Obtenido de rmdc@servidor.unam.mx; <http://www.redalyc.org/pdf/885/88531578003.pdf>
- Cobos Campos, A. (2013). *"El Contenido del Derecho a la Intimidad, Cuestiones Constitucionales"*. (p. 46-51, Ed.) México, Universidad Nacional Autónoma de México: Julio-diciembre 2013. Obtenido de rmdc@servidor.unam.mx, <https://www.redalyc.org/pdf/885/88531578003.pdf>
- Cobos Campos, A. (Julio-Diciembre 2013). "El Contenido del Derecho a la Intimidad", Revista "Cuestiones Constitucionales". (P. 65-81, Ed.) 65.81. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/885/88531578003.pdf>
- Coca Guzmán, S. (s.f.). *"Derechos de las personas en el Código Civil Peruano. Segunda Parte"*. Obtenido de <https://lpderecho.pe/derechos-personas-codigo-civil-segunda-parte>

- Constante, A., y otros. (2013). *"Las redes sociales. Una manera de pensar el mundo"*. (p. 13-35, Ed.) Coyoacán-México: 1a. ed., edit. Sin nombre. Obtenido de https://www.researchgate.net/publication/299437575_Las_redes_sociales_u_na_manera_de_pensar_el_mundo
- COPRODEH. (2011). *"Declaración Universal, versión comentada"*. Guatemala. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/28141.pdf>
- Dezuanni, M., y Monroy, A. (2012). *Prosumidores interculturales: creación de medios digitales globales entre jóvenes*. Comunicar DOI: 10.3916/C38 -2012-02-6.
- Diario, E. d. (2009). *"El País"*. España: pág. 313. Obtenido de <https://www.academia.edu/9983158/Manual-de-estilo-de-el-pa%C3%ADs>
- Díaz Rojo, J. (2002). *"Privacidad: ¿neologismo o barbarismo?"* Espéculo: Revista de Estudios Literarios ISSN-e 1139-3637. Nº 21.2002: en Revista virtual "Fundación Dialnet". Obtenido de <http://webs.ucm.es/info/especulo/numero21/privaci.html>
- Díaz Rojo, J. (2002). *"Privacidad: ¿neologismo o barbarismo?"* (Vols. ISSN-e 1139-3637). (E. R. Literarios, Ed.) Revista virtual "Fundación Dialnet". Obtenido de <http://webs.ucm.es/info/especulo/numero21/privaci.html>
- Diccionario de uso español actual clave*. (1999). Madrid: SM.
- Durand-Calle , A. (2016). *"Sobre la llamada censura previa judicial, ¿realmente existe en el ordenamiento jurídico peruano?"* (Vols. Págs. 119-148). (U. d. Piura, Ed.) Piura-Perú: Tesis para el título de abogado, Repositorio Institucional PIRHIUA. Obtenido de <http://pirhua.udep.edu./hande/11042/2356>
- Eguiguren Praeli, F. (s.f.). *"Las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional"*. En Revista "Ius et veritas" (Vols. págs. 43-56). Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16262>
- Espinoza Ariza, J. (2015). *"El derecho a la libertad de expresión contra el derecho a la libertad de religión. ¿Es un derecho a blasfemar? A propósito de caso de*

- la revista Charlie Hebdo*" (Vols. págs. 85-110). (F. d. Peruanas, Ed.) Lima-Perú: Revista "Lex", vol. 13, N° 15.
- Espinoza Espinoza, J. (2003). *"Ejercicio Abusivo del Derecho"*. En: *"Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas"*. (p. 24-30, Ed.) Lima-Perú: 1a. ed., edit. Gaceta Jurídica.
- Espinoza Espinoza, J. (2011). *"Los Principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial"*. (p. 103, Ed.) Lima-Perú: 1a. ed., edit. GRIJLEY.
- Europa, C. d. (octubre 2018). *"El derecho al respeto de la vida privada: los retos digitales, una perspectiva de derecho comparado"*, *Servicios de Estudios del Parlamento Europeo*. Obtenido de [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/628260/EPRS_STU\(2018\)628260_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2018/628260/EPRS_STU(2018)628260_ES.pdf)
- Fernández Segado, F. (s.f.). *"La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos"*, *Revista de Estudios Políticos "Nueva Época"*. (p. 93-124, Ed.) Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27083>
- Fernández Sessarego, C. (1992). *"Abuso del derecho"*, *"Abuso del derecho"* (Vols. pág. 113-116). (2a. ed., Ed.) Lima-Perú: GRIJLEY.
- Fernández Sessarego, F. (1992). *"Abuso del derecho"*. (p. 26-27, Ed.) Lima-Perú: 2a. ed., edit. GRIJLEY.
- Ganoza, L., Valle-Riestra, J., Herrero Pons, J., & Ángeles Gonzales, F. (2011). *Manual de los Derechos Humanos*. (p. 321, Ed.) Lima-Perú: Ediciones Jurídica.
- García Ramírez, S., y otros. (2018). *"La libertad de expresión (2018) En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: de la Opinión Consultiva OC-5/85, de 1985, a la sentencia sobre el Caso Carvajal y otros, de 2018"*. Miami-EE.UU: 5a. ed., edit. Colección Chapultepec (Sociedad Interamericana de Prensa). Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/libertad-expresion1.pdf>

- García Ramírez, S., y otros. (2018). *"La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: de la Opinión Consultiva OC-5/85, de 1985, a la sentencia sobre el Caso Carvajal y otros, de 2018"*. (p. 47-51, Ed.) Ciudad México-México: edit. Sociedad Interamericana de Prensa, col. Chapulte. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/libertad-expresion1.pdf>
- García Ramírez, S., y otros. (2018). *"La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: de la Opinión Consultiva OC-5/85, de 1985, a la Sentencia sobre el Caso Carvajal y otros"*. (p. 54-65, Ed.) Ciudad de México-México: 5a ed., edit. Sociedad Interamericana de Prensa, col. Chapultepec. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/libertad-expresion1.pdf>
- Garrido Polonio, F. (2016). *Tesis doctoral "El derecho a la propia imagen en la jurisprudencia española: una perspectiva constitucional"*. (p. 147-181, Ed.) Castilla-España: Universidad de Castilla. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=146225>
- Gestión. (2016). *Las cifras de Facebook en el Perú ¿cómo y cuántos somos en la famosa red social? LA GESTIÓN*. Obtenido de <https://gestion.pe/tecnologia/cifras-facebook-peru-famosa-red-social-121073>
- Gfk, P. (2015). *Uso de Internet en el Perú*. Lima: Gfk Conecta SAC.
- Gómez Gallardo, P., y otros. (2010). *"La libertad de expresión y sus implicancias legales"*. (p. 13-19, Ed.) Quito-Ecuador: 1a. ed., edit. CIESPAL. Obtenido de <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/53711.pdf>
- González Porrás, A. (2015). *Tesis Doctoral "Privacidad de Internet: Los derechos fundamentales de privacidad e intimidad en Internet y su regulación jurídica. La vigilancia masiva"* (Vols. Págs. 161-164). (U. d. Castilla-Salamanca, Ed.) Toledo-España: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Obtenido de <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/10092/TESIS%20Gonz%C3%A1lez%20Porr%C3%A1s.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- González-Trevijano Sánchez, P. (2019). *"La libertad de expresión, una perspectiva de derecho comparado"*, Servicio de estudios del Parlamento Europeo.

- Madrid-España: págs. 18-19. Obtenido de [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/642241/EPRS_STU\(2019\)642241_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/642241/EPRS_STU(2019)642241_ES.pdf)
- Gutiérrez, W. (2013). *"La Constitución comentada. Análisis artículo"* (Vol. pág. 704). (2. e. Tomo II, Ed.) Lima-Perú: Gaceta Jurídica S.A.
- Huerta Guerrero, L. (2010). *"Libertad de expresión: fundamentales y límites a su ejercicio"*, *Revista "Pensamiento Constitucional"* (Vols. vol. 14, Nº 14). Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3051>
- INEI. (2018). *INEI Informe técnico Nº 2*. Obtenido de https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/02-informe-tecnico-n02_ninez-y-adolescencia-ene-feb-mar2018.pdf
- Lanza, E. (2020). *"Informe anual de la relatoría especial para la libertad de expresión"*. (p. 238-243, Ed.) Columbia-EE.UU: vol. II, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Obtenido de <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/informes/ESPIA2019.pdf>
- López Viera, J. (2019). *"Manual de los Procesos Constitucionales de la Libertad"*. (p. 259-267, Ed.) Lima-Perú: 1a. ed., edit. APECC.
- Luis Castillo-Córdova. (2015). *"Existe los llamados conflictos entre derechos fundamentales?"*, *Facultad de Derecho de la UDEP, Repositorio de la Universidad de Piura*. (p. 10-25, Ed.) Piura-Perú: Facultad de Derecho de la UDEP, Repositorio de la Universidad de Piura. Obtenido de https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1911/Existen_los_llamados_conflictos.pdf;sequence=3
- Mangas Martín, A. (2008). *"Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea"* (Vols. págs. 224-244). Fundación BBVA Bilbao-España: 1era. Edición. Obtenido de https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2017/05/dat/DE_2008_carta_drechos_fundamentales.pdf
- Mangas Martín, A. (2008). *"Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo"*. (p. 880-880, Ed.) Bilbao-España:

- 1a. ed., Fundación BBVA. Obtenido de https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2017/05/dat/DE_2008_carta_drechos_fundamentales.pdf
- Mangas Martín, A. (2008). *"Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo"*. (p. 281-284, Ed.) Bilbao-España: 1a. ed. edit. FUNDACIÓN BBVA. Obtenido de https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2017/05/dat/DE_2008_carta_drechos_fundamentales.pdf
- Marino y Otros, C. (2017). *"El derecho a la libertad de expresión. Curso avanzado de para jueces y operadores jurídicos de las Américas"*, Centro de estudios de Derecho, Justicia y Desociedad, Dejusticia. Bogotá-Colombia: págs. 29-33. Obtenido de <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/07/El-derecho-a-la-libertad-de-expresi%C3%B3n-PDF-FINAL-Julio-2017-1-1.pdf>
- Medina, G. (2011). *Jóvenes, medios y consumo*. Encuentros. Pp. 13-22.
- Mendoza Escalante, M. (2017). *"Conflicto entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor"*. (p. 111-115, Ed.) Lima-Perú: 1a ed., edit. Palestra Editores S.A.C. Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00905-2001-AA.html>
- Montezuma, O., & otros. (2019). *"Guía de Publicidad para influencers"*. (p. 24-33, Ed.) Lima-Perú: Indecopi. Obtenido de <https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3749438/Gu%C3%ADa+de+Publicidad+para+Influencers+VF+13.11.19.pdf/66da0113-9071-36a8-da91-a81d123c6a42>
- Morales Godo, J. (1995). *"El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información"* (Vols. págs. 100-137). (Lima-Perú, Ed.) Grijley.
- Morales Godo, J. (1995). *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información*. (p. 110-111, Ed.) Lima-Perú: GRIJLEY E.I.R.L.
- Morales Godo, J. (2014). *"Control de la divulgación de la correspondencia apistolar, grabaciones de voz y otras de cualquier género"*, En *"Código Civil comentado por los 100 mejores juristas"*. (p. 171-172, Ed.) Lima-Perú: Tomo I, Gaceta Jurídica. Obtenido de <https://andrescusi.files.wordpress.com/2014/03/codigo-civil-comentado-tomo-i.pdf>

- Morales Godo, J. (Tomo I, edit. Gaceta Jurídica). *"Control de la información de la vida personal y familia"* En *"Código Civil comentado por los 100 mejores juristas"*. Lima-Perú: págs. 158-161. Obtenido de <https://andrescusi.files.wordpress.com/2014/03/codigo-civil-comentado-tomo-i.pdf>
- Ordoqui Castilla, G. (2014). *"Abuso del Derecho. En civil, comercial, procesal, laboral y administrativo"*. (p. 163-174, Ed.) Lima-Perú: 1a. ed., edit. LEGALES.
- Ordoqui Castilla, G. (2014). *"Abuso del Derecho. En civil, comercial, procesal, laboral y administrativo"*. (p. 110-131, Ed.) Lima-Perú: 1a. ed., edit. LEGALES.
- Ordoqui Castilla, G. (2014). *"Abuso del Derecho. En civil, comercial, procesal, laboral y administrativo"*. (p. 440-452, Ed.) Lima-Perú: 1a. ed., edit. LEGALES.
- Orrego Espinoza, A. (Trujillo-Perú). *"Meditaciones Ontológicas, UPAO"*. págs. 17-47.
- Ortecho Villena, V. (2012). *"Procesos Constitucionales y su Jurisdicción"*. (p. 117-129, Ed.) Lima-Perú: 11a. ed., edit. Rodhas.
- Ortecho Villena, V. (2015). *"Los Derechos Humanos. Su desarrollo y protección"*. (p. 57-59, Ed.) Trujillo-Perú: edit. BLG.
- Ortecho Villena, V. (2016). *"Las libertades y la justicia"*. (p. 53-54, Ed.) Trujillo-Perú: 1º ed., edit. Industrial Gráfica Libertad S.A.C.
- Pinaglia-Villalón, J., & Gavira. (s.f.). *"Aproximación al concepto de abuso de derecho del artículo 7.2 del Código civil español"*, *Anuario de Derecho Civil* (Vols. págs. 934-939). (N. 3. vol. 69, Ed.) Anuario de Derecho Civil. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5696875>
- Pou Ampuero, F. (s.f.). *"Intimidad y pudor"*. Obtenido de <https://www.almudi.org/noticias-antiguas/3977-intimidad-y-pudor-felipe-pou-ampuero>
- Pueblo, D. d. (2000). *"Situación de la libertad de expresión en el Perú, Serie de Informes Defensoriales"* (Vols. págs. 23-25). (s. 1.-s. núm. 48, Ed.) Lima-

- Perú. Obtenido de https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe_48.pdf)
- Quiroga León, J. (s.f.). *"Apuntes sobre el llamado "Derecho al olvido"*. Obtenido de <https://laley.pe/art/3178/apuntes-sobre-el-llamado-ldquo-derecho-al-olvido-rdquo->
- Real Academia Española, Diccionario de la lengua española.* (s.f.). Madrid. Obtenido de <https://www.rae.es/>
- Ricaurte Quijano , P., y otros. (2013). *"Investigar las redes sociales. Comunicación total en la sociedad de la ubicuidad"*. (p. 139-152, Ed.) Distrito Federal de México-México: 1a. ed., edit. Razón y Palabra. Obtenido de http://www.razonypalabra.org.mx/Libro_IRS/InvestigarRedesSociales.pdf
- Rico, M. (2012). *El impacto de Internet y las redes sociales en el derecho de la libertad de expresión.* Venezuela: Universidad Católica del Tachira. Obtenido de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32923.pdf>
- Rodríguez-Piñero, M., y otros. (2018). *"Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario"* (Vol. Tomo I). (1. edición, Ed.) Madrid-España: Boletín oficial del Estado. Obtenido de https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-PB-2018-94&tipo=L&modo=2)
- Rojas, M. (2015). *Las nuevas formas de materialización de la libertad de expresión y la vulneración del derecho a la intimidad de la persona.* Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, Perú. Trujillo. Obtenido de <http://dspace.unitru.edu.pe/handle/UNITRU/5733>
- Romero, P. (s.f.). Obtenido de <https://www.publico.es/sociedad/proteccion-datos-metadatos.html>
- Rubio Correa, M. (2008). *"El Título Preliminar del Código Civil"*. (p. 25-41, Ed.) Lima-Perú: 10.a. ed., edit. Fondo Editorial de la PUCP.
- Sagüés, N. (2007). *"Derecho Constitucional". Estatuto de los Derechos"* (Vols. Págs. 155-162). (1. e. Tomo 3, Ed.) Buenos Aires-Argentina: ASTREA S.R.L.
- Salvador Martínez, M. (s.f.). *"El derecho a la libertad de expresión"*. págs. 1-37. Obtenido de

- http://documentostics.com/component/option,com_docman/task,cat_view/gid,85/Itemid,3/
- Salvador Martínez, M. (s.f.). *"El derecho a la libertad de expresión"*. pág. 1-37. Obtenido de http://documentostics.com/component/option,com_docman/task,cat_view/gid,85/Itemid,3/
- Sánchez Gil, R. (2007). *"El principio de proporcionalidad"* (Vols. pág. 111-119). (UNAM, Ed.) México-México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Obtenido de https://www.academia.edu/10961690/S%C3%A1nchez_Gil_Principio_de_Proporcionalidad_1_13_files_merged
- Sánchez, P. G.-T. (2019). *"La Libertad de expresión, una perspectiva de derecho comparado"*. (p. 24-26, Ed.) Madrid-España: Servicio de estudios del Parlamento Europeo. Obtenido de [https://www.europart.europa.eu/ReqData/etudes/STUD/2019/64224/EPRS_STU\(2019\)642241_ES.pdf](https://www.europart.europa.eu/ReqData/etudes/STUD/2019/64224/EPRS_STU(2019)642241_ES.pdf)
- Steiner y otros, C. (2014). *"Convención Americana de los Derechos Humanos. Comentada"* (Vols. pags. 272-288). Suprema Corte de Justicia de la Nación, México: 1era. edición. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>
- Steiner, C., y otros. (2014). *"Convención Americana sobre los Derechos Humanos comentada"*. Ciudad de México-México, 1a. ed., Suprema Corte de Justicia de la Nación y Fundación Konrad Adenauer: Págs. 320-341. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>
- Taramona, R. (2018). *"Influencer digitales: disrupción de la fama, la publicidad y el entretenimiento en las redes sociales"*. Madrid-España: Revista de Estudio de Juventud, N° 119. Obtenido de http://www.injuve.es/sites/default/files/2018/41/publicaciones/5.-_influencers_digitales_disrupcion_de_la_fama_la_publicidd_y_el_entretenimiento_en_las_redes_sociales.pdf

- Torres Narváez, K., y otros. (2012). *"Redes sociales en el contexto virtual"*. En: José Hernando Ávila-Toscano, *"Redes sociales y análisis de redes. Aplicaciones en el contexto comunitario y virtual"*. (p. 65-66, Ed.) Barranquilla-Colombia: 1a. ed., edit. Corporación Universitaria Reformada. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=511130>
- Tórtora Aravena, H. (2010). *"Derecho a la Privacidad"*. Obtenido de <http://constitucionalchile.blogspot.com/2010/07/05-derecho-la-privacidad.html>
- Tupayachi Sotomayor, J. (s.f.). *"Ensayos de Derecho Constitucional General"* (Vols. Págs. 93-95). Lima-Perú: 1era edición, ADRUS S.R.L.
- Valencia Giraldo, A. (2016). *"El derecho fundamental a la intimidad en el contexto digital de Colombia"*. (p. 25, Ed.) Bogotá-Colombia: Universidad Santo Tomás.
- Villaverde Menéndez, I. (2018). *"La libertad de expresión"*. En: Miguel Rodríguez-Piñero y otros, *"Comentarios a la Constitución Española"*. Madrid-España: Tomo I, 1a. ed., Fundación Wolters Kluwer. Obtenido de https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-PB-2018-94&tipo=L&modo=2
- Volpato, S. (2016). *Tesis de Licenciatura, "El derecho a la intimidad y las nuevas tecnologías de la información"*. Sevilla - Madrid: Departamento de Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla. Obtenido de <https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/52298/EL%20DERECHO%20A%20LA%20INTIMIDAD%20Y%20LAS%20NUEVAS%20TECNOLOGI%CC%81AS%20DE%20INFOR.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Warren, S., & Brandeis, L. (s.f.). *"The Right to Privacy"*. (1. núm. 5, Ed.) Harvard Law Review: Vol. IV. Obtenido de <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>

Internet

"¿Sabes que significa la i de iPhone o iMac?". (s.f.). Obtenido de <https://www.ticbeat.com/cyborgcultura/sabes-que-significa-la-i-de-iphone/>

"Adolescentes corren mayor riesgo de recibir contactos no deseados en redes sociales". (s.f.). Obtenido de <https://andina.pe/AGENCIA/noticia-adolescentes-corren-mayor-riesgo-recibir-contactos-no-deseados-redes-sociales-741502.aspx>

"Fiscalía y más de 40 policías allanan casa de periodista del Expreso". (s.f.). Obtenido de <https://www.expreso.com.pe/judicial/fiscalia-y-mas-de-40-policias-allanan-casa-de-periodista-de-expreso/>

"Qué son los datos personales", Comisión Europea. (s.f.). Obtenido de https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data_es

<https://diariocorreo.pe/politica/susalud-lamenta-difusion-de-presuntas-fotos-de-alan-garcia-en-plena-operacion-foto-882185/>

<https://www.facebook.com/elblogsv/posts/1159745050735424/>

<https://www.nytimes.com/es/2018/07/13/espanol/china-reconocimiento-facial.html>

<https://www.coe.int/en/web/data-protection>

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1982-11196&p=20100623&tn=2>

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-602-16.htm>

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1010_2006.html

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1581_2012.html

<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPDPPP>

http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LFTAIPG.pdf

<https://www.oecd.org/sti/ieconomy/Digital-Economy-Ministerial-Declaration-2016-ESP.pdf>

http://www.paot.org.mx/centro/leyes/df/pdf/2018/LEY_GOBIERNO_ELECTRONICO_26_02_2018.pdf

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/principal->

jurisprudencia/?tema=derecho_a_la_vida_privada&action=categoria

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2000/00829-1998-AA.html>

https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0418420190410.pdf

<http://hrlibrary.umn.edu/research/peru-Ley%2026847%20Modifica%20Ley%2026775%20derecho%20de%20rectificacion.pdf>
<https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/29733.pdf>
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/02079-2009-HC.html>
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01817-2009-HC.pdf>
<https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dga/nuevo-codigo-ninos-adolescentes.pdf>
https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/caeb83804f210e32a9fbbd6976768c74/RA_286_2018_CE_PJ%2B-%2B21_11_2018.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=caeb83804f210e32a9fbbd6976768c74
<https://dle.rae.es/expresi%C3%B3n?m=form>
<https://dle.rae.es/informaci%C3%B3n>
<https://dej.rae.es/lema/libertad-de-expresi%C3%B3n>
<https://www.facebook.com/cosas.pe/posts/1111565778873493>
<https://dle.rae.es/censura?m=form>
<https://dej.rae.es/lema/censura-de-libros>
<https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/gaceta/gaceta/jurisprudencia/02262-2004-HC.html>
<https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52828924>
<https://www.refworld.org/es/category,REFERENCE,HRC,,,4ed34b942,0.html>
http://www.oas.org/es/cidh/expresion/documentos_basicos/declaraciones.asp
<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1146&IID=2>
<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1100&IID=2>
<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1056&IID=2>
<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849&IID=2>
<https://www.boe.es/eli/es/lo/2018/12/05/3>
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/t-155-19.htm>
<https://www.camara.gov.co/redes-sociales>
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFTR_240120.pdf
http://www.paot.org.mx/centro/leyes/df/pdf/2015/LEY_RESPONSABILIDAD_CIVIL_VIDA_HONOR__IMAGEN_28_11_2014.pdf
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02262-2004-HC.pdf>
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00012-2018-AI.pdf>
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00015-2010-AI.html>

https://es.wikipedia.org/wiki/Medio_de_comunicaci%C3%B3n
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/00012-2018-AI.pdf>
<https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/gaceta/gaceta/jurisprudencia/02262-2004-HC.html>
<https://www.cp-lima.pe/nw/documentos/pdf/codigo-de-etica.pdf>
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-155-19.htm>
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-630-97.htm>

Código

Federal:

<https://www.oas.org/dil/esp/C%C3%B3digo%20Civil%20Federal%20Mexico.pdf>
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/02620-2018-HD.pdf>
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00473-2007-HC%20Resolucion.pdf>
<https://www.ddw.com.ar/blog/guias/119-otros/443-que-es-rss-y-para-que-sirve>
<https://www.facebook.com/policies?ref=pf>
<https://dle.rae.es/red?m=form#GExglxC>
<https://dpej.rae.es/lema/red-social>
<https://neetwork.com/caracteristicas-de-las-redes-sociales/>
https://fido.palermo.edu/servicios_dyc/interfaces/presentaciones/512_pres.pdf
<https://doble-efe.com/tipos-redes-sociales/>
https://fido.palermo.edu/servicios_dyc/interfaces/presentaciones/512_pres.pdf
<https://www.facebook.com/policies?ref=pf>
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=218621&pageIndex=0&doClang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=8297684>
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-155-19.htm>
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-050-16.htm>
<https://dpej.rae.es/lema/gestor-de-motor-de-b%C3%BAsqueda>
https://derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_constitucional/revista/III_JURISPRUDENCIA_EXTRANJERA/Caso_Mario_Costeja_Gonzales_y_otro_vs_Google.pdf
<https://dpej.rae.es/>
<https://www.facebook.com/profile.php?id=100008641086723&sk=friends>
https://www.facebook.com/coronavirus_info/?page_source=bookmark

ANEXOS

Sentencia T-050/16

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES CUANDO EL AFECTADO SE ENCUENTRA EN ESTADO DE INDEFENSION-Caso en que mujer se negó a retirar de la red social Facebook una publicación acompañada con una foto, relacionada con el no pago de una obligación dineraria a cargo de la accionante

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Procedencia excepcional

En virtud de lo consagrado en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, los eventos en los cuales procede la acción de tutela contra particulares tienen que ver con aquellos casos en los que la demanda va dirigida en contra de quien se encuentra a cargo de la prestación de servicios públicos domiciliarios, de salud y de educación; cuando se evidencie una relación de subordinación entre demandante y demandado o se configure una situación de indefensión.

INDEFENSION-Concepto

ESTADO DE INDEFENSION-Configuración cuando se da la circulación de información u otro tipo de expresiones a través de medios que producen un alto impacto social que trascienden la esfera privada de quienes se ven involucrados

DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL, A LA HONRA A LA IMAGEN Y AL BUEN NOMBRE-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR-Jurisprudencia constitucional

DERECHO A LA INTIMIDAD-Alcance y contenido

DERECHO A LA INTIMIDAD-Grados en que se clasifica

Dichos grados de intimidad se suelen clasificar en cuatro distintos niveles, a saber: la intimidad personal, familiar, social y gremial (C.P. art. 15). La primera, alude precisamente a la salvaguarda del derecho de ser dejado sólo y de poder guardar silencio, es decir, de no imponerle a un determinado sujeto, salvo su propia voluntad, el hecho de ser divulgados, publicados o fiscalizado aspectos íntimos de su vida. La segunda, responde al secreto y a la privacidad en el núcleo familiar, una de cuyas principales manifestaciones es el derecho a la inmunidad penal, conforme al cual, “nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes entro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”. La tercera, involucra las relaciones

del individuo en un entorno social determinado, tales como, las sujeciones atinentes a los vínculos labores o públicos derivados de la interrelación de las personas con sus congéneres en ese preciso núcleo social, a pesar de restringirse -en estos casos- el alcance del derecho a la intimidad, su esfera de protección se mantiene vigente en aras de preservar otros derechos constitucionales concomitantes, tales como, el derecho a la dignidad humana. Finalmente, la intimidad gremial se relaciona estrechamente con las libertades económicas e involucra la posibilidad de reservarse -conforme a derecho- la explotación de cierta información, siendo, sin lugar a dudas, uno de sus más importantes exponentes, el derecho a la propiedad intelectual (C.P. art. 61)

DERECHO AL BUEN NOMBRE-Concepto

DERECHO AL BUEN NOMBRE-Protección constitucional cuando se divulgan públicamente hechos falsos, tergiversados o tendenciosos sobre una persona

DERECHO A LA PROPIA IMAGEN-Alcance

El derecho a la propia imagen, a partir de los diversos aspectos desarrollados por la jurisprudencia constitucional, (i) comprende la necesidad de consentimiento para su utilización, (ii) constituye una garantía para la propia imagen como expresión directa de la individualidad e identidad de las personas, (iii) constituye una garantía de protección de raigambre constitucional para que las características externas que conforman las manifestaciones y expresiones externas de la individualidad corporal no puedan ser objeto de libre e injustificada disposición y manipulación de terceros, (iv) es un derecho autónomo que puede ser lesionado junto con los derechos a la intimidad, a la honra, al buen nombre de su titular, y cuyo ejercicio está estrechamente vinculado a la dignidad y libertad de la persona, (v) implica la garantía del manejo sobre la propia imagen cuyo ejercicio se traduce en una manifestación de la autodeterminación de las personas, y (vi) exige que las autorizaciones otorgadas para el uso de la propia imagen en el marco de la libertad en las relaciones contractuales no sean entendidas como una renuncia al derecho mismo.

DERECHO A LA HONRA-Derecho fundamental de todas las personas que se deriva de su propia dignidad y que por lo tanto demanda la protección del Estado

LIBERTAD DE EXPRESION A LA LUZ DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y DEL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO-Alcance y contenido

DERECHO A LA LIBERTAD DE INFORMACION Y DERECHO DE OPINION-Diferencias

Esta diferencia determina que la libertad de opinión tenga por objeto proteger aquellas formas de comunicación en las que predomina la expresión de la subjetividad del emisor: de sus valoraciones, sentimientos y apreciaciones personales sobre determinados hechos, situaciones o personas. Entretanto, la libertad de información protege aquellas formas de comunicación en las que prevalece la finalidad de describir o dar noticia de lo acontecido. Por tal razón, en este último caso se exige que la información transmitida

sea veraz e imparcial, esto es, que las versiones sobre los hechos o acontecimientos sean verificables y en lo posible exploren las diversas perspectivas o puntos de vista desde los cuales un mismo hecho puede ser contemplado. Tal exigencia, está ligada a un aspecto fundamental, y es que en el caso de la libertad de información no sólo está involucrado el derecho de quien transmite, sino el de los receptores de la información, los cuales, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 20 constitucional, tienen derecho a que se proteja la veracidad e imparcialidad de la información que reciben.”

PRESUNCION CONSTITUCIONAL A FAVOR DE LA LIBERTAD DE EXPRESION-Contenido

El lugar preferente que ocupa la libertad de expresión en el ordenamiento superior, emanan las siguientes presunciones: (i) que toda expresión está amparada prima facie por el derecho a la libertad de expresión; (ii) que en los eventos de colisión del derecho a la libertad de expresión con otros derechos fundamentales, en principio, aquél prevalece sobre los demás; (iii) que cualquier limitación de una autoridad pública al derecho a la libertad de expresión se presume inconstitucional, y por tanto debe ser sometida a un control constitucional estricto; (iv) que cualquier acto de censura previa, por parte de las autoridades es una violación del derecho a la libertad de expresión, sin que ello admita prueba en contrario.

LIBERTAD DE EXPRESION EN INTERNET Y REDES SOCIALES-Límites

Cabe afirmar que lo publicado en redes sociales está amparado por la libertad de expresión, pero también está sujeto a los límites que antes se mencionaron, implicando que las manifestaciones difamatorias, groseras e insultantes, entre otras, no se encuentran bajo la protección señalada en el artículo 20 de la Carta, ni por los instrumentos internacionales que la consagran. También, como se observó, el amparo de dicha garantía y sus respectivos límites, se aplica a internet y las redes sociales de la misma manera que a los demás medios de comunicación.

DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESION-A pesar de su carácter prevalente no carece de límites

RIESGOS PARA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA RED SOCIAL FACEBOOK

La vulneración más clara que se puede presentar a través de Facebook deriva de la publicación de videos, mensajes, fotos, estados y la posibilidad de realizar y recibir comentarios de la importante cantidad de usuarios de la plataforma, lo que trae consigo la eventualidad de que terceros tengan acceso a la propia información.

DERECHOS A LA INTIMIDAD, BUEN NOMBRE Y HONRA-Orden de publicar en muro de perfil de Facebook disculpa por afectación causada dirigida a accionante

Accionante: *Lucía*

Accionado: *Esther*

Magistrado Ponente:
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C., diez (10) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo proferido por el Juzgado 5° Penal del Circuito de Pasto que revocó el dictado por el Juzgado 4° Penal Municipal con Función de Control de Garantías de la misma ciudad en el trámite de la acción de tutela promovida por *Lucía* contra *Esther*.

El presente expediente fue escogido para revisión por la Sala de Selección Número Nueve por medio de auto del 28 de septiembre de 2015 y repartido a la Sala Cuarta de Revisión.

Aclaración previa

En el presente caso la Sala considera pertinente no mencionar en la sentencia ningún dato que conduzca a la identificación de la accionante, por lo que a efectos de identificar a las partes se ha preferido cambiar los nombres reales de estas últimas, los cuales se escribirán en letra cursiva. También se ordena a los jueces de instancia y a la Secretaría de esta Corte guardar estricta reserva respecto de su identidad, pues se abordan asuntos que hacen parte exclusiva de la esfera privada de la demandante.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud

Lucía presentó acción de tutela contra *Esther*, con el objeto de que le fueran protegidos sus derechos fundamentales a la dignidad humana, al buen nombre y a la intimidad, los cuales estima vulnerados por haber publicado la demandada en la red social Facebook afirmaciones relacionadas con la ausencia de pago de la obligación dineraria que había contraído con esta última.

2. Hechos:

Pueden resumirse de la siguiente manera:

1. Aproximadamente hace 3 años, *Lucía* solicitó un préstamo a *Esther* por un valor de 3 millones de pesos, el cual, a la fecha de presentación de la tutela, no había sido pagado.
2. El 12 de diciembre de 2014, la demandada resolvió publicar en el muro de su perfil de la red social Facebook, junto con una foto de la accionante, lo siguiente: “*Hace más de tres años a (Lucía) le preste (sic) una plata. Hasta el momento no se digna por pagármela (sic), me borra mensajes, no me contesta el celular, me evita a cada momento. Me vi en la obligación de ponerla en este medio para que así sea un poco más delicada y me pague. Que sepa que yo le preste (sic) la plata, no se la regale...*”
3. Sostiene el apoderado de la demandante que el día siguiente se comunicó por vía telefónica con *Esther* para solicitar el retiro de la publicación, argumentando que con dicho actuar se atentaba contra la honra y el buen nombre de la accionante, sumado a que contaba con otros medios idóneos para hacer efectivo el cumplimiento de la obligación.
4. No obstante, afirma que la demandada desatendió la solicitud y hasta la fecha de presentación de la tutela, 26 de diciembre de 2014, insistía en mantener la publicación a la cual tienen acceso sus amigos, familiares y conocidos.

3. Pretensiones

La accionante solicita el amparo de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, al buen nombre y a la intimidad y, en consecuencia, se ordene a *Esther* retirar la publicación acompañada con una foto de la accionante que realizó en su perfil de Facebook, el 12 de diciembre de 2014, relacionada con el no pago de una obligación dineraria a cargo de la actora.

4. Pruebas

En el expediente obran las siguientes pruebas:

- Copia de la cédula de ciudadanía de la accionante (folio 5, cuaderno 2).
- Copias de la imagen del perfil de la red social Facebook de *Esther* en la que se evidencia la publicación relacionada con la deuda existente entre accionante y demandada, junto con la foto de la primera (folios 8 y 9, cuaderno 2).

5. Respuesta de la parte demandada

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, *Esther* solicitó denegar el amparo requerido, bajo los siguientes argumentos:

En primer lugar, afirma que el 7 de abril de 2011, la accionante suscribió una letra de cambio a su favor por un valor de tres millones de pesos, sin establecer fecha para el pago de la obligación.

Señaló, también, que resolvió publicar en su perfil de la red social Facebook que la demandante se había rehusado a cumplir su obligación, adjuntando una foto de esta última. Lo anterior, toda vez que, según expuso, aquella se negó a atender sus llamadas telefónicas, mensajes de texto y correos electrónicos enviados a fin de saldar la deuda existente. Intentó también ubicarla por medio de familiares, pues se requería poner a “la vista” la letra de cambio para poder acudir a su cobro por vía judicial, lo cual tampoco había sido posible.

Así las cosas, sostuvo que el fin de la publicación nunca fue generar deshonra o afectar el buen nombre y la imagen de la accionante, sino, simplemente, recordarle la existencia de la obligación. Por tanto, considera que no se presentó vulneración de derecho alguno, pues no hubo manifestaciones o afirmaciones irrespetuosas o que faltaran a la verdad, sumado a que corresponden a su derecho a la libertad de expresión y se efectuaron a través de un medio de comunicación legal, el cual permite la contradicción de la demandante y aclarar o controvertir la información.

II. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REvisa

El Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pasto, en fallo del 7 de enero de 2015, negó el amparo pretendido, bajo el argumento de que no se presentó lesión a los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre de la accionante, toda vez que la información publicada en la red social Facebook se ajusta a la verdad, tal como se admitió en la demanda de tutela.

Por otro lado, sostuvo que las afirmaciones realizadas no se hicieron a través de un medio indebido, sino en el muro de la red social Facebook de la accionada, y que no se configura la indefensión en este caso, debido a que la actora cuenta con otras alternativas para satisfacer sus pretensiones.

Impugnación

En desacuerdo con lo resuelto en primera instancia, el apoderado de la accionante impugnó la decisión pues, en su sentir, no es de recibo lo señalado por el juez respecto de la veracidad de las afirmaciones publicadas por la demandada, dado que, en primer lugar, la demandada contaba con otros medios para hacer valer su obligación.

Por otro lado, el juez carecía de los suficientes elementos de juicio para determinar que lo publicado por la accionada era totalmente veraz, puesto que la actora no ha hecho caso omiso a los requerimientos respecto de la obligación. En efecto, se han cancelado intereses superiores a la tasa máxima permitida por la ley y, en esa medida, se falta a la verdad al afirmar que se ha desatendido totalmente la deuda existente.

Señala, también, que se vulneran los derechos fundamentales de su representada, pues fue sometida a una censura social que afecta su reputación personal y familiar y su credibilidad

en materia de actividades comerciales. Aunado a ello, considera que el juez omitió su deber de realizar una ponderación de la información publicada, es decir: que el escenario propicio para obtener el pago de la obligación es un proceso ejecutivo, a través del cual se van a poder estudiar temas como la prescripción, pago de intereses y demás.

Manifiesta que, si bien la publicación relaciona algunos hechos ciertos, estos no debieron trascender la esfera privada de la accionante conllevando una transgresión de su intimidad, por ende, considera que el medio utilizado resultó siendo desproporcionado.

De otra parte, en cuanto al tema de la indefensión, estima que el juez no hizo análisis alguno, al pasar por alto los graves efectos que pueden resultar de una publicación de este tipo en las redes sociales y frente a los cuales los mecanismos para contrarrestarlos son inexistentes, por cuanto quien tiene control sobre la página en que se realizó la publicación es única y exclusivamente la demandada, de ahí que para la actora resultara imposible aclarar o eliminar las afirmaciones que afectan sus derechos fundamentales.

Finalmente, sostuvo que, si bien se cuenta con otros mecanismos para lograr la protección de los derechos alegados, en el presente caso se requiere una acción rápida y oportuna para retirar lo más pronto posible la publicación en cuestión, evitando así que se prolongue la vulneración, lo cual no se obtendría si se acude a la jurisdicción ordinaria.

Segunda instancia

El Juzgado 5º Penal del Circuito de Pasto, en sentencia del 12 de febrero de 2015, revocó la decisión dictada en primera instancia, al considerar que, en primer lugar, en el caso bajo estudio, al contar la accionada con un amplio margen de control sobre la publicación y la fotografía de la actora, esta se encuentra en estado de indefensión.

Por otro lado, luego de citar jurisprudencia constitucional relacionada con los derechos fundamentales a la imagen, a la intimidad, a la honra y al buen nombre, señaló que existe una vulneración, toda vez que no media autorización por parte de la accionante para el uso de su imagen y, que el aceptar la interpretación de la demandada y del juez de instancia, implicaría una renuncia indefinida al manejo de la propia imagen, permitiendo que sea utilizada indiscriminadamente sin que la persona conserve la garantía de disponer sobre ella.

Indicó, también, que se vulneraron los derechos al buen nombre y honra de la actora, en la medida en que lo publicado por la demandada afecta gravemente la imagen pública de la primera *“que quiere proyectar y representar, al punto, que la continuidad de la publicación le impide desarrollar su opción de vida y sus expectativas”*. Sumado a que la fotografía de la accionante fue expuesta a todas aquellas personas con acceso al perfil de la demandada en la red social Facebook.

Finalmente, concluye que la publicación causó graves afectaciones en la vida social y familiar de la actora, viéndose expuesta también a posibles comentarios ofensivos y denigrantes.

En esa medida, resolvió ordenar a la demandada que retirara “de la red social Facebook y de cualquier otro medio de publicidad la imagen de la actora junto con el mensaje anexo, y se abstenga en el futuro de divulgarlas y publicarlas mediante cualquier medio.”²⁴

III. PRUEBAS SOLICITADAS EN SEDE DE REVISIÓN

Mediante auto del 10 de noviembre de 2015, el magistrado sustanciador consideró necesario recaudar algunas pruebas para verificar los supuestos de hecho que originan la presente solicitud. En consecuencia, resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: Por Secretaría General, oficiar a Esther, para que, en el término de tres (3) días contados a partir de la notificación de este Auto, con los correspondientes documentos que respalden sus afirmaciones, se sirva informar a esta Corporación si la publicación realizada el 12 de diciembre de 2014, en su perfil de la red social Facebook, relacionada con la deuda existente entre accionante y accionada, fue o no retirada. En caso de que la respuesta sea afirmativa, indicar la razón de la eliminación de dicha publicación.

SEGUNDO: por Secretaría General, oficiar a Lucía, para que en el término de tres (3) días contados a partir de la notificación del presente auto informe a la Sala, con los correspondientes documentos que respalden sus afirmaciones, si la deuda a que se hizo referencia ya fue cancelada.

ORDENAR a la Secretaría General de la Corporación que, una vez hayan sido recibidas las pruebas requeridas, le informe a las partes de la presente acción de tutela, para que se pronuncien al respecto, en el término de tres (3) días hábiles.”

La Secretaría de esta Corporación, mediante oficios del 16 de diciembre de 2015 y del 12 de enero de 2016, remitió al despacho los documentos allegados por Esther y Pedro, apoderado de Lucía.

La accionante manifestó que la deuda a la que se hace referencia en la acción de tutela ya fue cancelada en su totalidad, anexando copia de la letra de cambio que había sido suscrita para tal fin. A su vez, en otro documento, el apoderado señala nuevamente lo reseñado en la demanda de tutela y en la impugnación del fallo de primera instancia, advirtiendo que la intención de acudir a esta acción era lograr que se retirara la publicación realizada por la demandada, pues con ella se expuso a su representada, odontóloga de profesión, a “una innecesaria estigmatización social lo cual ha causado graves e irremediables perjuicios en su vida familiar social y económica”.

Por su parte, la demandada manifestó que procedió a retirar de su perfil de Facebook la fotografía de la actora, así como el mensaje anexo, en cumplimiento de lo ordenado por el fallo de segunda instancia, indicando que dicha red social fue la única por medio de la cual se divulgó la mencionada información. Igualmente, luego de referirse a lo sucedido desde entonces con el pago de la obligación, solicita el archivo definitivo del proceso.

²⁴ Folios 50 y 51, cuaderno 2.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar si la demandada vulneró los derechos fundamentales al buen nombre, a la intimidad y a la honra de la actora, al publicar en su perfil de Facebook afirmaciones relacionadas con la ausencia de pago de una obligación dineraria a cargo de la demandante.

Previo a dilucidar la cuestión planteada, se abordará el estudio de lo que ha expresado la jurisprudencia de esta Corte en relación con: (i) la procedibilidad de la acción de tutela contra particulares en situación de indefensión (ii) los derechos a la intimidad, honra, imagen y buen nombre (iii) el derecho fundamental a la libertad de expresión, sus alcances y sus límites, (iv) el derecho al buen nombre, a la intimidad y a la honra en la red social Facebook, para finalmente, (v) analizar y resolver el caso concreto.

4. Procedibilidad de la acción de tutela contra particulares en situación de indefensión. Reiteración de jurisprudencia

En virtud de lo consagrado en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, los eventos en los cuales procede **la acción de tutela** contra particulares tienen que ver con aquellos casos en los que la demanda va dirigida en contra de quien se encuentra a cargo de la prestación de servicios públicos domiciliarios, de salud y de educación; cuando se evidencie una relación de subordinación entre demandante y demandado o se configure una situación de indefensión.

Esto último hace referencia a la situación en la que, debido a las circunstancias fácticas concurrentes, una persona se encuentra impotente, maniatada o sometida en relación con otra y, por tanto, se halla en la imposibilidad de defender sus derechos.²⁵

En ese orden, el estado de indefensión se puede configurar cuando los medios que existen para hacer frente a la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales son insuficientes o cuando simplemente el sujeto agredido no cuenta con mecanismos para su protección. En otras palabras, a la persona le resulta imposible detener o repeler efectivamente la amenaza o vulneración a la cual se está viendo sometida. En efecto al respecto la Corte desde sus primeros estudios al respecto, en sentencia T-290 de 1993 indicó que la situación de indefensión “(...) no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona

²⁵ Al respecto ver Sentencia T-015 de 2015.

*afectada en su derecho carece de defensa, entendida ésta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate (...)*²⁶. Postura que ha sido reiterada en sentencias T-787 de 2004 y T-015 de 2015.

Por otro lado, la jurisprudencia constitucional ha señalado que divulgar o publicar información a través de medios de comunicación de alto impacto social, que trascienden la esfera privada, como es el caso de las redes sociales, genera una situación de inferioridad que se enmarca en la hipótesis de un estado de indefensión.

Al respecto, el Tribunal también ha señalado que uno de los eventos en que se configura un estado de indefensión, cuando se da la circulación de información u otro tipo de expresiones a través de medios que producen un alto impacto social trascendiendo la esfera social de quienes se ven involucrados.²⁷

En efecto, la Corte ha sostenido que: *“la divulgación de fotografías y otros objetos comunicativos a través de la red social Facebook configura una situación fáctica de indefensión por cuanto la parte demandada tiene un poder amplio de disposición sobre estos objetos, así como el control de los medios de publicidad en que aparecen los mismos, en cuanto detenta el poder de acceso y el manejo del sitio en el que se realiza la publicación.”*²⁸

Así las cosas, cuando en el caso concreto el juez constitucional logre evidenciar que quien demanda se encuentra en un estado de debilidad manifiesta, es decir, de indefensión frente al accionado, la tutela se torna procedente, aunque este último sea un particular. Situación que se evidencia cuando se realizan publicaciones a través de internet o redes sociales sobre las cuales el demandante o afectado no tiene control.

5. Los derechos a la intimidad, honra, a la imagen y buen nombre. Reiteración de jurisprudencia.

La Constitución, en su artículo 15, consagra que toda persona tiene derecho a su buen nombre y a su intimidad personal y familiar y, por tanto, el Estado adquiere la obligación, no solo de garantizarlos, sino, también, de hacerlos respetar.

En estos términos, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que el derecho a la intimidad comprende garantizar la privacidad de la vida personal y familiar del sujeto, implicando una abstención por parte del Estado o de terceros de intervenir injustificada o arbitrariamente en dicho ámbito, pero también la protección respecto de publicaciones o divulgaciones que deben tener una autorización por tratarse de asuntos relacionados con la esfera privada de la persona.²⁹ De igual manera, la garantía de este derecho implica la posibilidad que tiene cada persona de poder manejar todo aquello que hace parte de su existencia como tal, de la forma que prefiera, siendo inmune a injerencias externas que lo puedan afectar.³⁰

²⁶ Sentencia T-290 de 1993.

²⁷ Al respecto las sentencias T-921 de 2002, T-787 de 2004 y T-634 de 2013

²⁸ Sentencia T-643 de 2013.

²⁹ Al respecto ver sentencia T-634 de 2013.

³⁰ Al respecto ver Sentencia C-640 de 2010.

Este derecho, según lo ha indicado esta Corte, tiene como sustento **5 principios** que garantizan la protección de la esfera privada frente a injerencias externas injustificadas, a saber: los principios de libertad, finalidad, necesidad, veracidad e integridad. El primero, hace referencia a que, sin existir obligación impuesta por parte del ordenamiento jurídico con el objeto de cumplir un fin constitucionalmente legítimo o sin contar con su consentimiento libre, los datos de una persona no pueden ser divulgados, ni registrados, pues, de lo contrario, se constituye una conducta ilícita.

Por su parte, el principio de finalidad hace referencia a que la publicación o divulgación de los datos personales solo puede ser permitida si se sustenta en un fin constitucionalmente legítimo y; si los datos que se van a revelar guardan relación con un soporte constitucional, se satisface el principio de necesidad.

De otro lado, el cuarto principio implica que se encuentra prohibida la publicación de información personal que no se ajuste a la realidad o sea incorrecta y, finalmente, el principio de integridad indica que no puede evidenciarse parcialidad o fragmentación en los datos que se suministran, en otras palabras, la información debe ser completa.

La sujeción a los principios antes señalados va a permitir una legítima divulgación de la información personal al igual que va a garantizar que el proceso de publicación y comunicación sea el adecuado.³¹

Así, la Corporación ha sostenido también que el derecho a la intimidad abarca múltiples y diversos aspectos de la vida de la persona, incluyendo no solo la proyección de su imagen, sino también la reserva de sus distintos espacios privados en los cuales solo recae el propio interés. En efecto, la Corte desde sus primeros pronunciamientos al respecto, ha sostenido que:

*“(...)constituyen aspectos de la órbita privada, los asuntos circunscritos a las relaciones familiares de la persona, sus costumbres y prácticas sexuales, su salud, su domicilio, sus comunicaciones personales, los espacios limitados y legales para la utilización de datos a nivel informático, las creencias religiosas, los secretos profesionales y en general todo "comportamiento del sujeto que no es conocido por los extraños y que de ser conocido originaría críticas o desmejoraría la apreciación" que éstos tienen de aquel”*³²

Esos diversos aspectos que comprende el derecho a la intimidad se pueden identificar en distintos grados, que además del personal y familiar cobijan también el social, el cual se traduce en las interacciones e interrelaciones con las demás personas en sociedad, incluyendo el ámbito laboral y público.

En relación con los grados que se pueden identificar en el derecho fundamental a la intimidad la Corporación ha afirmado que:

³¹ *Ibídem.*

³² Sentencia SU-089 de 1995.

“Dichos grados de intimidad se suelen clasificar en cuatro distintos niveles, a saber: la intimidad personal, familiar, social y gremial (C.P. art. 15). La primera, alude precisamente a la salvaguarda del derecho de ser dejado sólo y de poder guardar silencio, es decir, de no imponerle a un determinado sujeto, salvo su propia voluntad, el hecho de ser divulgados, publicados o fiscalizado aspectos íntimos de su vida. La segunda, responde al secreto y a la privacidad en el núcleo familiar, una de cuyas principales manifestaciones es el derecho a la inmunidad penal, conforme al cual, “nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes entro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”. La tercera, involucra las relaciones del individuo en un entorno social determinado, tales como, las sujeciones atinentes a los vínculos labores o públicos derivados de la interrelación de las personas con sus congéneres en ese preciso núcleo social, a pesar de restringirse -en estos casos- el alcance del derecho a la intimidad, su esfera de protección se mantiene vigente en aras de preservar otros derechos constitucionales concomitantes, tales como, el derecho a la dignidad humana. Finalmente, la intimidad gremial se relaciona estrechamente con las libertades económicas e involucra la posibilidad de reservarse -conforme a derecho- la explotación de cierta información, siendo, sin lugar a dudas, uno de sus más importantes exponentes, el derecho a la propiedad intelectual (C.P. art. 61)³³

Bajo esa línea, la jurisprudencia constitucional también ha sostenido que, teniendo en cuenta lo anteriormente señalado, a menos que se cuente con el consentimiento libre de su titular o exista orden dictada por la autoridad competente y solamente por fines constitucionalmente legítimos, el derecho fundamental a la intimidad no podrá ser restringido o alterado por parte de terceros. No obstante, aunque se justifique algún tipo de restricción, la esfera de protección se mantiene, pues se deben amparar otras garantías fundamentales relacionadas, como por ejemplo, la dignidad humana.³⁴

En ese sentido, este Tribunal ha señalado que, en principio, el derecho a la intimidad no puede ser objeto de alteración por parte de terceros, a menos que se cuente con el consentimiento del titular, exista orden emitida por la autoridad competente conforme con la Constitución y la ley y, únicamente podrá ser restringido por razones legítimas sustentadas constitucionalmente.³⁵

Por su parte, el derecho al buen nombre hace referencia a aquel concepto que se forman los demás sobre cierta persona; en otras palabras, su reputación. Este derecho puede ser vulnerado tanto por autoridades públicas como por particulares, lo cual ocurre cuando se divulga información falsa o errónea, o se utilizan de expresiones ofensivas o injuriosas que

³³ Sentencia T-787 de 2004.

³⁴ Al respecto ver Sentencia T-787 de 2004.

³⁵ Al respecto ver sentencia T-634 de 2013.

conlleva que la reputación o el concepto que se tiene de la persona se distorsionen, afectando también su dignidad humana.³⁶

Al respecto, la Corte ha sostenido que:

“En suma, el derecho al buen nombre debe ser objeto de protección constitucional cuando se divulgan públicamente hechos falsos, tergiversados o tendenciosos sobre una persona, con lo cual se busca socavar su prestigio o desdibujar su imagen, por consiguiente, para constatar una eventual vulneración al buen nombre es preciso examinar el contenido de la información, y evaluar si es falsa o parcializada o si adjudica a determinadas personas actividades deshonrosas que le son ajenas. Para el mismo efecto resulta imprescindible establecer si las expresiones cuestionadas corresponden al ejercicio de la libertad de información o se inscriben en el ámbito de la libertad de opinión.”³⁷

En esa medida, al estudiar casos relacionados con la vulneración al buen nombre de una persona, el juez de tutela debe realizar un juicioso estudio de la situación fáctica que se le presenta, dado que este derecho guarda una estrecha relación con la dignidad humana y, por ende, de evidenciar los elementos previamente mencionados, debe proceder al restablecimiento y protección del derecho.

En relación con el derecho a la imagen, entendida de alguna manera como aquellas características externas que identifican a la persona mejor que cualquier otro signo externo, se ha indicado que esta no puede ser utilizada o manipulada por terceros de manera libre.³⁸ Así, la jurisprudencia ha reconocido el derecho que tiene toda persona al manejo de su propia imagen como directa expresión de su identidad, implicando que para que otros puedan utilizarla se requiere el consentimiento del titular del derecho; el cual también cuenta con límites constitucionalmente legítimos referentes a las *“exigencias deducibles de la sociabilidad humana, la búsqueda del conocimiento y demás intereses públicos superiores.”*³⁹

Bajo esa línea, la Corporación ha señalado que todos los aspectos relacionados con el derecho a la imagen de la persona, incluyendo su disposición, están relacionados también con la garantía al libre desarrollo de la personalidad, toda vez que hacen parte de la autodeterminación del sujeto. Sumado a que, como derecho autónomo, este se encuentra ligado a la dignidad de la persona y, en esa medida, puede verse afectado cuando se presenta una vulneración en contra de las garantías al buen nombre, a la intimidad y a la honra.⁴⁰

Lo anterior, sirve como fundamento para establecer que, para la utilización de la imagen por parte de terceros, se requiere el correspondiente consentimiento, como ya se mencionó previamente. Por lo tanto, de presentarse, entre otras, apropiaciones, publicaciones o reproducciones injustificadas se estaría atentando contra este derecho.

³⁶ Al respecto ver sentencia T-634 de 2013.

³⁷ Sentencia T015 de 2015.

³⁸ Al respecto ver sentencia T-634 de 2013.

³⁹ *Ibidem*

⁴⁰ Al respecto ver sentencia T-634 de 2013.

Así, la Corte ha indicado que:

“En suma, el derecho a la propia imagen, a partir de los diversos aspectos desarrollados por la jurisprudencia constitucional, (i) comprende la necesidad de consentimiento para su utilización, (ii) constituye una garantía para la propia imagen como expresión directa de la individualidad e identidad de las personas, (iii) constituye una garantía de protección de raigambre constitucional para que las características externas que conforman las manifestaciones y expresiones externas de la individualidad corporal no puedan ser objeto de libre e injustificada disposición y manipulación de terceros, (iv) es un derecho autónomo que puede ser lesionado junto con los derechos a la intimidad, a la honra, al buen nombre de su titular, y cuyo ejercicio está estrechamente vinculado a la dignidad y libertad de la persona, (v) implica la garantía del manejo sobre la propia imagen cuyo ejercicio se traduce en una manifestación de la autodeterminación de las personas, y (vi) exige que las autorizaciones otorgadas para el uso de la propia imagen en el marco de la libertad en las relaciones contractuales no sean entendidas como una renuncia al derecho mismo.”⁴¹

En estos términos, se entiende que la imagen como derecho autónomo, es también personalísimo, estrechamente ligado con la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad. En consecuencia, a menos que se encuentre dentro de los límites consagrados y legítimos, requiere de autorización por parte del titular para que quepa su disposición por parte de terceros y su lesión también puede estar vinculada a la vulneración de los derechos al buen nombre, intimidad y honra.

Finalmente, el artículo 21 de la Carta, consagra el derecho a la honra en concordancia con el artículo 2 Superior que impone como uno de los deberes de las autoridades colombianas proteger la honra de quienes residen en el país.

Sobre este derecho, la Corporación ha manifestado que el mismo se refiere al valor intrínseco de los individuos no solo frente a la sociedad, sino también a sí mismos y debe ser protegido para lograr una correcta apreciación del individuo dentro de la colectividad. También, se ha sostenido que a pesar de su gran similitud con el derecho al buen nombre, el rasgo característico de este derecho es que hace referencia a *“la estimación o deferencia con la que, en razón a su dignidad humana, cada persona debe ser tenida por los demás miembros de la colectividad que le conocen y le tratan.”*⁴²

En ese orden de ideas, se puede concluir que, debido a la similitud mencionada, este derecho se puede ver conculcado cuando de alguna manera se vulneran también los derechos al buen nombre y la intimidad, incluso la imagen, situación que debe entrar a analizar el juez constitucional.

6. Derecho fundamental a la libertad de expresión, sus alcances y sus límites. Reiteración de jurisprudencia

⁴¹ Sentencia T-634 de 2013.

⁴² Sentencia T-015 de 2015.

El derecho a la libertad de expresión está consagrado en el artículo 20 de la Constitución, según el cual toda persona goza de la garantía de expresar y difundir de manera libre sus opiniones y pensamientos y, a la vez, informar y recibir información imparcial y cierta proscribiendo la censura. Lo anterior, brindando una interpretación conforme a lo establecido respecto al tema en tratados internacionales de derechos humanos, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Europea de Derechos Humanos, en los cuales la protección a este derecho es bastante amplia.⁴³

Al respecto, la Corte ha sostenido que la garantía a la libertad de expresión comprende dos aspectos distintos, a saber: la libertad de información, orientada a proteger la libre búsqueda, transmisión y recepción de información cierta e imparcial sobre todo tipo de opiniones, incluyendo hechos e ideas. El segundo aspecto, es aquel que hace referencia a la libertad de opinión, entendido como libertad de expresión en sentido estricto, el cual implica básicamente la posibilidad de poder difundir o divulgar, a través de cualquier medio de comunicación, las propias ideas, opiniones y pensamientos.⁴⁴

Estas dos libertades también son sujeto de división en dos aspectos distintos, el individual y el colectivo. El primero, hace referencia al sujeto que se expresa, entendiendo que, además de contar con la garantía de poder manifestarse sin interferencias injustificadas, este derecho también implica la garantía de poder hacerlo a través de cualquier medio que se considere apropiado para difundir los pensamientos y lograr su recepción por el mayor número de destinatarios posibles, siendo libres de escoger el tono y la manera de expresarse, por lo que restringir los medios a través de los cuales se pueda expresar la persona conlleva una vulneración al derecho como tal.⁴⁵

El aspecto colectivo, por su parte, se va a referir a los derechos de quienes reciben el mensaje que se divulga. Así, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la esfera individual implica el derecho a expresar el pensamiento propio sobre la base de que no puede haber impedimento de índole alguno en cuanto a su divulgación; mientras que la esfera colectiva se orienta al derecho a tener acceso o conocer los pensamientos de otras personas, al igual que las noticias, ideas, opiniones y demás.⁴⁶

Por otra parte, la jurisprudencia constitucional ha considerado pertinente realizar la diferenciación entre libertad de opinión y de información, ya que se encuentran destinadas a proteger distintos objetos y, por lo tanto, al respecto ha señalado que:

“Esta diferencia determina que la libertad de opinión tenga por objeto proteger aquellas formas de comunicación en las que predomina la expresión de la subjetividad del emisor: de sus valoraciones, sentimientos y apreciaciones personales sobre determinados hechos, situaciones o personas. Entretanto, la libertad de información protege aquellas formas de comunicación en las que prevalece la finalidad de describir o dar noticia de lo acontecido.

⁴³ Al respecto ver Sentencia T-015 de 2015.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Al respecto ver Sentencia C-442 de 2011.

⁴⁶ Al respecto ver sentencia T-015 de 2015.

Por tal razón, en este último caso se exige que la información transmitida sea veraz e imparcial, esto es, que las versiones sobre los hechos o acontecimientos sean verificables y en lo posible exploren las diversas perspectivas o puntos de vista desde los cuales un mismo hecho puede ser contemplado. Tal exigencia, está ligada a un aspecto fundamental, y es que en el caso de la libertad de información no sólo está involucrado el derecho de quien transmite, sino el de los receptores de la información, los cuales, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 20 constitucional, tienen derecho a que se proteja la veracidad e imparcialidad de la información que reciben.”⁴⁷

Bajo esa línea, esta Corporación ha reconocido la gran importancia que tiene proteger el derecho a la libertad de expresión en todas sus dimensiones y aspectos, no solo por su estrecha relación con el desarrollo de una sociedad democrática, sino, también, porque es una herramienta o mecanismo que favorece a sociedades pluralistas como la nuestra, pues permite la existencia simultánea de ideas y opiniones, de manera libre, conduciendo a colectividades incluyentes, en la medida en que permite que cada individuo pueda divulgar su pensamiento y, a su vez, conocer el de los demás, bajo la premisa de que pueden existir distintos conceptos sobre lo que es considerado acertado o incorrecto, bueno o malo y también adquirir cierta responsabilidad al momento de decidir qué se comunica a los demás.⁴⁸

En ese sentido, este Tribunal también ha reconocido que, ajustándose a lo señalado internacionalmente al respecto, el ordenamiento jurídico interno debe dar un lugar predominante al derecho fundamental a la libertad de expresión y propender a su preferente protección con fundamento:

“(i) en consideraciones filosóficas sobre la búsqueda de la verdad; (ii) en razones derivadas del funcionamiento de las democracias; (iii) en motivos atinentes a la dignidad y autorrealización individual; (iv) en consideraciones sobre la preservación y aumento del patrimonio cultural y científico de la sociedad; y (v) en motivos históricos y consideraciones prácticas sobre la incapacidad estatal de intervenir apropiadamente en esta esfera.”⁴⁹

Por esta razón, jurisprudencialmente se ha establecido que constitucionalmente el derecho a la libertad de expresión goza de una protección reforzada y una presunción a su favor. Lo anterior, implica que, a menos que en el caso bajo estudio se evidencie que debido a las circunstancias y situación fáctica se debe imponer una limitación, en principio, cualquier tipo de expresión se entiende protegida por la Constitución.

Asimismo, se ha establecido que en caso de conflicto con otros derechos o principios constitucionales, en principio, la libertad de expresión prevalece; lo cual quedará desvirtuado, una vez se compruebe que dadas las circunstancias fácticas del caso que se presenta y siguiendo los lineamientos constitucionales, este se deba limitar. Por lo tanto, en estos eventos lo que procede es realizar el debido ejercicio de ponderación entre ambos derechos, pero teniendo presente la presunción de prevalencia ya mencionada.⁵⁰

⁴⁷ *Ibídem*

⁴⁸ Al respecto ver sentencias C-650 de 2003 y T-015 de 2015.

⁴⁹ Sentencia T-391 de 2007.

⁵⁰ Al respecto ver sentencia T-015 de 2015.

De igual manera, tal y como lo establece la Constitución, en su artículo 20, la censura se encuentra prohibida, por tanto, se constituye una presunción que no admite ser desvirtuada y, en ese sentido, cualquier actuación en contrario implica una inmediata vulneración al derecho a la libertad de expresión.

En efecto, así lo ha sostenido este Tribunal, al señalar que:

“Del anterior planteamiento se deriva que del lugar preferente que ocupa la libertad de expresión en el ordenamiento superior, emanan las siguientes presunciones: (i) que toda expresión está amparada prima facie por el derecho a la libertad de expresión; (ii) que en los eventos de colisión del derecho a la libertad de expresión con otros derechos fundamentales, en principio, aquél prevalece sobre los demás; (iii) que cualquier limitación de una autoridad pública al derecho a la libertad de expresión se presume inconstitucional, y por tanto debe ser sometida a un control constitucional estricto; (iv) que cualquier acto de censura previa, por parte de las autoridades es una violación del derecho a la libertad de expresión, sin que ello admita prueba en contrario”⁵¹

Adicionalmente, la Corte en varias oportunidades ha afirmado que en casos de conflicto entre la libertad de expresión y otros derechos, debe prevalecer el primero, situación que se presenta en múltiples ocasiones cuando se enfrenta esta libertad con el derecho al buen nombre, a la intimidad o a la honra, a menos que se logre comprobar que en la información divulgada exista una *“intención dañina o una negligencia al presentar hechos parciales incompletos o inexactos”*⁵²

Así, se puede observar que, si bien la libertad de expresión, entendida como aquella garantía que permite al sujeto divulgar sus pensamientos y opiniones sin algún tipo de interferencia y contiene una presunción de prevalencia en nuestro ordenamiento jurídico, dichas manifestaciones deben ir acordes con el respeto, con la convivencia pacífica y con los derechos de los demás, inadmitiéndose de esta manera *“expresiones insultantes o irrazonablemente desproporcionadas”*⁵³

En efecto, en el ámbito internacional se observa que tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han señalado que el hecho de que la libertad de expresión goce de cierto carácter prevalente no significa que esta garantía carezca de límites, por ende, quien ejerce tal derecho está sujeto a las consecuencias que conlleven afectación a terceros, indicando que deben abstenerse de utilizar o *“emplear frases injuriosas, insultos o insinuaciones insidiosas y vejaciones”*.⁵⁴ Adicionalmente, se ha sostenido que si bien los juicios de valor se encuentran protegidos por la Convención que los rige, los insultos no tienen igual tratamiento.⁵⁵

⁵¹ Sentencia T-015 de 2015

⁵² Ibídem.

⁵³ Sentencia T-550 de 2012.

⁵⁴ CIDH, caso Kimel vs. Argentina, Mayo 2 de 2008, párr. 13.

⁵⁵ JIMÉNEZ ULLOA, Adriana Consuelo. La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

Por su parte, la Sentencia T-550 de 2012, trajo a colación lo manifestado por el Tribunal Constitucional Español al respecto, el cual ha sostenido que *“el derecho al honor opera como un límite insoslayable a la libre expresión, prohibido como está que alguien se refiera a una persona de manera insultante o injuriosa, o atentando injustificadamente contra su reputación, demeritándola ante la opinión ajena. Por ello la libertad de expresión no cobija las “expresiones formalmente injuriosas e innecesarias para el mensaje que se desea divulgar, en las que simplemente su emisor exterioriza su personal menosprecio o animosidad respecto del ofendido”*.⁵⁶

Resaltando también el mencionado tribunal, que una manifestación hiriente o molesta o de una crítica respecto de la conducta personal o laboral, implica per se una vulneración del derecho al honor, pues para ello se requiere que se utilicen expresiones insultantes, *“insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de la persona a quien se refieran.”*

La jurisprudencia constitucional de esta Corporación, ha sostenido presupuestos similares a los antes mencionados, reconociendo que con las divulgación de ciertas opiniones o pensamientos puede identificarse expresiones desproporcionadas en relación con los hechos que se quieren comunicar o cierto grado de insulto que denotan la intención injustificada de dañar, perseguir u ofender a la persona, lo que deriva en una vulneración de los derechos al buen nombre, honra e intimidad, entre otros relacionados.⁵⁷

No obstante y acorde con los pronunciamientos internacionales reseñados, la Corte también ha indicado que la intención dañina, desproporcionada o insultante no va a depender de la valoración subjetiva que de la manifestación realice el afectado, sino de un análisis objetivo y neutral que de la misma se haga y que arroje como resultado la vulneración del núcleo esencial del derecho al buen nombre, entre otros.

En este punto y, dado el análisis que se presenta, es necesario remitirse una vez más a lo afirmado por la Corte en la Sentencia T-550 de 2012, la cual sostiene que lo indicado en párrafos precedentes puede trasladarse a internet y a las redes sociales. En efecto, en la Declaración Conjunta Sobre la Libertad de Expresión en Internet, de la Relatoría Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión del 1º junio 2011, se estableció que:

“a. La libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación. Las restricciones a la libertad de expresión en Internet solo resultan aceptables cuando cumplen con los estándares internacionales que disponen, entre otras cosas, que deberán estar previstas por la ley y perseguir una finalidad legítima reconocida por el derecho internacional y ser necesarias para alcanzar dicha finalidad (la prueba ‘tripartita’).

⁵⁶ Tomado de la Sentencia T-550 de 2012, que a su vez citó la Sentencia 49 del 26 de febrero de 2001 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional Español.

⁵⁷ Al respecto ver Sentencia T-213 de 2004 y T-550 de 2012.

b. Al evaluar la proporcionalidad de una restricción a la libertad de expresión en Internet, se debe ponderar el impacto que dicha restricción podría tener en la capacidad de Internet para garantizar y promover la libertad de expresión respecto de los beneficios que la restricción reportaría para la protección de otros intereses.”

Ahora, en relación con esto último, la señalada providencia citó apartes del ensayo Libertad de Expresión, Redes Sociales y Derecho Penal⁵⁸ el cual resulta pertinente para el presente análisis al señalar que:

*“... el usuario de la red social es un sujeto que se concibe bajo una doble necesidad: la de estar en línea, exhibido, conectado, y la de comunicarse de una forma rápida o efectiva. La red social se lo permite y de una u otra manera así lo impone. La explosión de información en los foros virtuales y en las redes sociales supone un sujeto que se comunica rápido, que dice y que fácilmente olvida lo que ha dicho, que escribe aquí y allá sin que necesariamente exista reflexión sobre el acto de comunicación. En este mismo sentido, el hecho de que en los foros en la Internet el lenguaje utilizado por los usuarios sea en ocasiones crudo, violento y severo, soporta el argumento de una especie de uso generalizado de este tipo de expresiones en dicho medio... No obstante, nuestra tesis es que, de todas formas, hay en el lenguaje una capacidad de modificar la realidad que no puede ser desechada... **porque el uso de expresiones orientadas a que se produzca la vulneración de los derechos de los otros desconoce la moral subyacente de la Convención americana, debidamente positivada en el parágrafo 5 del artículo 13.**” (Negrilla fuera del texto original)*

Bajo esa perspectiva, cabe afirmar que lo publicado en redes sociales está amparado por la libertad de expresión, pero también está sujeto a los límites que antes se mencionaron, implicando que las manifestaciones difamatorias, groseras e insultantes, entre otras, no se encuentran bajo la protección señalada en el artículo 20 de la Carta, ni por los instrumentos internacionales que la consagran. También, como se observó, el amparo de dicha garantía y sus respectivos límites, se aplica a internet y las redes sociales de la misma manera que a los demás medios de comunicación.

Así las cosas, se evidencia que el derecho a la libertad de expresión goza de una reforzada protección tanto a nivel internacional como en nuestro ordenamiento jurídico, conllevando que este ocupe un lugar prevalente dentro del mismo de manera tal que existe una prohibición expresa de la censura y se presume su primacía cuando se ve inmerso en conflictos con otros derechos fundamentales.

No obstante, también se observó que, a pesar de su carácter prevalente no carece de límites, los cuales surgen cuando lo divulgado no se identifica con un fin constitucional legítimo, ni siquiera contribuye a un debate en específico, sino simplemente conlleva una intención

⁵⁸ UPEGUI MEJÍA, Juan Carlos. *Libertad de expresión, redes sociales y derecho penal. Estudio del caso Nicolás Castro*. Publicado en Revista Derecho del Estado N° 25 (2010), disponible en <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derest/article/view/2515>.

dañina, insultante o desproporcionada respecto del hecho que se quiere comunicar. Motivo por el cual, cuando en el caso concreto, el juez, luego del correspondiente análisis, identifique que lo preponderante en el mensaje es un fin difamatorio, grosero, desproporcionado, injustificado, parcial, incompleto, e independientemente de su veracidad, se observe un contenido impropio, de vejámenes, ofensas y agravios injustificados, por cualquier medio de comunicación, el derecho a la libertad de expresión debe ceder.

7. Derecho al buen nombre, a la intimidad y a la honra en la red social Facebook

En Sentencia T-260 de 2012, esta Corte abordó el tema relacionado con los riesgos para los derechos fundamentales como la protección de datos, la intimidad y la imagen en las redes sociales. En dicha oportunidad, se indicó que, si bien en estos espacios deben regir normas similares a los medios no virtuales, acceder a estos implica un riesgo mayor para las garantías fundamentales pues, la posibilidad de hacer pública información y datos personales a través de perfiles creados por quienes las utilizan, implica un más alto grado de vulnerabilidad de los derechos antes mencionados.

Lo anterior, toda vez que la gran capacidad con que cuentan las redes sociales para comunicar, divulgar, difundir y compartir información, gracias a potentes herramientas para su intercambio, análisis y procesamiento, alcance del cual los usuarios no son conscientes al momento de comenzar a utilizarlas, hacen que la intimidad de la persona se encuentre cada vez más expuesta y, por ende, exista una mayor vulnerabilidad respecto de los derechos fundamentales relacionados con la misma.

En relación con el tema específico de la red social Facebook, la decisión antes mencionada advirtió que el riesgo a los derechos fundamentales puede originarse incluso desde un primer momento, cuando el usuario comienza a utilizar el servicio a través del registro y no solo durante su permanencia en la plataforma, sino también una vez decida abstenerse de seguir participando en ella; conllevando así, que el riesgo se perpetre no solo respecto de los usuarios que se encuentran activos en dicha red social, pues existe la posibilidad de que, además de estos últimos, terceros no participantes también tengan acceso y utilicen la información que allí se publica.

Así, la vulneración más clara que se puede presentar a través de Facebook deriva de la publicación de videos, mensajes, fotos, estados y la posibilidad de realizar y recibir comentarios de la importante cantidad de usuarios de la plataforma, lo que trae consigo la eventualidad de que terceros tengan acceso a la propia información.

En efecto, en la citada decisión, la Corte señaló que dentro de los posibles riesgos a los que se está expuesto al ser usuario de las redes sociales, entre otros, es que: *“Los datos personales pueden ser utilizados por terceros usuarios malintencionados de forma ilícita. Existe la posibilidad de que traten y publiquen en la red información falsa o sin autorización del usuario, generando situaciones jurídicas prosequibles que pueden llegar a derivarse de este hecho.”*⁵⁹

⁵⁹ Sentencia T-260 de 2012.

También resalta este Tribunal que la protección a la imagen también se aplica a las redes sociales incluyendo el restablecimiento del derecho cuando se está haciendo un uso indebido de ella, se publica sin la debida autorización del titular o simplemente la posibilidad de excluirla de la plataforma, pues, como se mencionó anteriormente, tanto la imagen como su disposición se encuentra íntimamente ligada al libre desarrollo de la personalidad, así como a la dignidad humana como expresión directa de la identidad de la persona.⁶⁰

De lo anterior se colige que si bien redes sociales como Facebook implican un mayor riesgo de vulnerabilidad de derechos fundamentales al buen nombre, a la intimidad y a la imagen, no quiere decir que el uso de dichas plataformas implique una cesión de tales garantías y, en consecuencia, la libre y arbitraria utilización de los datos, ya sea videos, fotos y estados, entre otras, ni tampoco la publicación de cualquier tipo de mensaje, dado que, como se ha venido reiterando, la protección y límites de la libertad de expresión por medios de alto impacto también aplican a medios virtuales.

8. Caso concreto

Con fundamento en las anteriores consideraciones, pasa la Sala a analizar si, efectivamente, se presentó la vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad, al buen nombre y a la imagen de *Lucía* por parte de *Esther*, al haber publicado en la red social Facebook afirmaciones relacionadas con la ausencia de pago de una obligación dineraria, en la que la actora funge como deudora.

En el asunto bajo estudio, está acreditado que el 7 de abril de 2011, la accionante suscribió una letra de cambio a favor de la demandada por un valor de tres millones de pesos, sin establecer fecha para el pago de la obligación.

Posteriormente, el 12 de diciembre de 2014, la accionada resolvió publicar en el muro de su cuenta personal de Facebook, junto con una foto de la demandante, lo siguiente:

“Hace más de tres años a Lucía le preste (sic) una plata. Hasta el momento no se digna por pagármela (sic), me borra mensajes, no me contesta el celular, me evita a cada momento. Me vi en la obligación de ponerla en este medio para que así sea un poco más delicada y me pague. Que sepa que yo le preste (sic) la plata, no se la regale...”

Manifiesta la accionante que al día siguiente de realizada la publicación su apoderado, vía telefónica, se comunicó con Esther para solicitar el retiro de lo divulgado en la red social, al considerar que ello no solo atentaba contra su buen nombre, sino también se trataba de información errónea, pues ya había sido pagada cierta parte de los intereses generados por la obligación. No obstante, lo anterior, la accionada insistió en mantener lo divulgado, mensaje al cual tenían acceso amigos de la actora, así como sus familiares y conocidos.

Por su parte, la demandada indicó que resolvió realizar la mencionada publicación en Facebook luego de que la accionante se negara frecuentemente a atender sus llamadas telefónicas, mensajes de texto y correos electrónicos enviados, a fin de saldar la deuda existente. Afirmó que intentó también ubicarla por medio de familiares, pues se requería

⁶⁰ Al respecto ver sentencia T-634 de 2013.

poner a “la vista” la letra de cambio para poder acudir a su cobro por vía judicial, lo cual tampoco había sido posible.

En esa medida, señaló que el fin de la publicación nunca fue generar deshonra o afectar el buen nombre y la imagen de la accionante, sino simplemente recordarle la existencia de la obligación. Por ende, considera que no se presentó vulneración de derecho alguno, puesto que no hubo manifestaciones o afirmaciones irrespetuosas o que faltaran a la verdad, sumado a que corresponden a su derecho a la libertad de expresión y se efectuaron a través de un medio de comunicación legal, el cual permite la contradicción de la demandante y aclarar o controvertir la información.

De las circunstancias fácticas anotadas, la Sala observa que, en primer lugar, como se vio en la parte considerativa de esta providencia, para que la acción de tutela proceda contra particulares, se deben verificar ciertos supuestos dentro de los cuales se encuentra el estado de indefensión por parte del afectado. Se indicó también, que el hecho de publicar información a través de medios de comunicación de alto impacto social como la red social Facebook, que trascienden la esfera privada del individuo, configura un estado de indefensión, pues quien la genera tiene un amplio poder de disposición sobre lo que publica.

En el asunto bajo estudio, se puede afirmar que la parte demandada gozaba de un significativo manejo sobre la publicación que realizó, relacionada con la obligación contraída con la demandante, dado que fue publicada en el muro de su perfil personal de Facebook, el cual, se presume, que solo ella controla, lo que permite inferir que la accionante se enmarca dentro de una situación de indefensión. Lo anterior, sumado a que la actora no cuenta con un mecanismo efectivo que le permita restablecer sus derechos prontamente, motivo por el cual, teniendo en cuenta estas dos circunstancias, es palmario el estado de debilidad manifiesta de la actora frente a la demandada y, por lo tanto, la tutela en este caso se torna procedente.

Ahora bien, la demandada sostiene que lo manifestado en su publicación hace parte de su derecho a la libertad de expresión, el cual no puede ser coartado. En efecto, en principio, se podría sostener que la accionada divulgó lo ya mencionado en ejercicio de su libertad de expresión, lo cual, en esa medida, estaría cobijado por el amparo consagrado en el artículo 20 de la Constitución y demás tratados internacionales sobre derechos humanos que lo reconocen y han sido ratificados por Colombia.

En ese orden de ideas, se podría afirmar que, en este caso, se configura un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y los derechos fundamentales a la intimidad, a la honra y al buen nombre, en el cual se debe presumir, por virtud de lo señalado jurisprudencialmente, que el primero, por regla general, debe prevalecer.

Sin embargo, como se estableció en la parte motiva de esta sentencia, este tipo de presunción admite ser desvirtuada cuando se evidencie que en el caso concreto el otro derecho en juego cobra mayor peso. Bajo esa misma línea, la jurisprudencia de esta Corte, al igual que pronunciamientos internacionales al respecto, han sostenido que la libertad de expresión no es un derecho que carece de límites, pues, como se observó, las frases injuriosas, que denoten falta de decoro, vejaciones, insultos, expresiones desproporcionadas y humillantes que evidencien una intención dañina y ofensiva, no con un fin legítimo, sino por el contrario

difamatorio, parcial, erróneo, entre otros, no son cubiertas por la protección establecida en el artículo 20 de la Constitución. Por lo tanto, dicho conflicto resulta inexistente y, en estos términos, se descarta la necesidad de realizar un test de proporcionalidad, en el cual se utilice la ponderación para resolver este caso, pues no se presenta pugna legítima entre el derecho a la libertad de expresión y los alegados por la demandante.

Cabe reiterar entonces que la protección y los límites antes señalados también son aplicables a internet y a las redes sociales, en este caso Facebook, y recordar que el hecho de que la actora sea usuaria de dicha plataforma hace que sus derechos fundamentales a la intimidad, al buen nombre, a la imagen y a la honra, se encuentren en mayor riesgo de ser vulnerados.

En otras palabras, si bien puede existir distinción entre las redes sociales y los medios de comunicación como herramientas para el ejercicio de la libertad de expresión, por ejemplo: en términos de acceso en el entendido de que es mucho más sencillo acceder a la plataforma de una red social que a un medio de comunicación, también en materia de controles institucionales que son mucho menores en las primeras, o en aspectos de atribución de responsabilidad; lo cierto es que en la evaluación del correcto ejercicio de la libertad de expresión las reglas aplicables son las mismas para ambos, lo que implica que si existe vulneración, se le atribuirá responsabilidad a quien vulnere otros derechos fundamentales a través de estos, ya sea individualmente a quien realizó la publicación vía red social o al medio de comunicación, como al autor del mensaje transgresor, según sea el caso.

Por tanto, y dado que a la internet se le deben aplicar las mismas reglas del “mundo no virtual” se observa que, a pesar de que la accionada afirme que el único fin de su publicación era simplemente recordarle a la actora la existencia de la obligación, para la Sala el mensaje difundido en el que se pone de manifiesto que una persona no es juiciosa con el cumplimiento de sus obligaciones, afecta la reputación y el concepto que de ella tienen los demás individuos de la sociedad.

Por otro lado, se evidencia también que el mensaje puede ser parcializado y no se ajusta del todo a la verdad, en la medida en que el apoderado de la demandante afirmó que la actora nunca se desentendió de la obligación y, por el contrario, pagó los intereses que se generaron de la misma.

A su vez, para la Sala, aunque la demandada alegue que lo publicado hace parte del ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, dicho mensaje atenta contra el derecho a la intimidad de la actora, no solo porque expone al público un dato personal como lo es una supuesta negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que hace parte de su esfera privada, sino también porque la accionante no manifestó su autorización para que dicha información fuera revelada, aunado a que no se logra identificar el posible interés en conocerla por parte de quienes tienen acceso al muro de la demandada en la señalada red social. Lo anterior, sumado a que como se indicará en párrafos posteriores, se puede evidenciar una intención dañina por parte de la accionada de afectar la reputación y concepto que la actora mantiene en su esfera personal, familiar y social.

De igual manera, el hecho de publicar este tipo de mensajes a través de un medio de comunicación de alto impacto como Facebook, el cual tiene múltiples usuarios que tienen

prácticamente libre acceso a la información que en él se publica, además de ser desmedido, evidencia una intención dañina por parte de la accionada. Lo anterior dado que, como ella misma lo afirmó, si la finalidad era recordarle a la actora la existencia de la obligación, hubiera podido optar por enviar un mensaje privado teniendo en cuenta que dicha red social lo permite. No obstante, la accionada resolvió exponer el mensaje al público y divulgarlo a través del muro de su perfil de Facebook, bajo su control y libre disposición, y al cual tienen acceso múltiples usuarios de la plataforma. **Situación desproporcionada** si se tiene en cuenta el supuesto objetivo del mensaje, pues el verdadero resultado fue poner en conocimiento a un sin número de personas el supuesto incumplimiento por parte de la actora de una obligación dineraria, algo que, se repite, no conlleva un interés público y hace parte de la intimidad de la demandante. Circunstancia que pone en evidencia la intención malsana de las expresiones publicadas, generando un descrédito de la honra y buen nombre de la actora de manera injustificada e innecesaria.

Sumado a lo anterior, se observa que junto al mensaje divulgado se publicó una fotografía de la actora sin que mediara su consentimiento o, a falta de este, existiera una orden de la autoridad competente para que la misma fuera objeto de disposición por parte de terceros, lo que, sumado a lo difundido, atenta en mayor medida en contra de su imagen y su buen nombre.

Por lo antes señalado, la Sala advierte que lo publicado por la demandante no puede enmarcarse dentro de la protección consagrada en el artículo 20 de la Constitución, sumado a que no se logró identificar un fin legítimo en la misma. Motivo por el cual, se repite, no existe un conflicto entre los derechos alegados y la libertad de expresión.

No obstante, se considera pertinente reiterar que cuando se presenta este tipo de situaciones, dado que la libertad de expresión guarda primacía frente a ciertos derechos, debe estudiarse en cada caso concreto si las circunstancias fácticas se enmarcan o no dentro de los límites establecidos para tal garantía y no realizar una censura previa de manifestaciones como las aquí estudiadas, pues, como se observó, tal actuación se encuentra expresamente prohibida por nuestra Carta Política.

En estos términos, se observa que los derechos alegados, la honra, buen nombre, e intimidad fueron afectados de manera importante o, en otras palabras, fueron resquebrajados. En ese sentido, es necesario tomar las medidas necesarias para que dichas garantías se restablezcan de manera adecuada.

Bajo ese orden de ideas, si bien el juez de segunda instancia acertó al amparar los derechos de la actora y ordenar el retiro la imagen y el mensaje publicado en el perfil de Facebook de la demandada, la Sala considera que dicha medida resulta insuficiente para restablecer los derechos vulnerados, pues a pesar de la eliminación de lo divulgado, la reputación de la actora o el concepto que de ella tiene la sociedad, su familia o quienes hacen parte de su entorno ya ha sido alterado en forma negativa, situación que no va a cambiar con la sola exclusión de dicho mensaje de la red social.

Es por esto que la Corte en situaciones similares, donde se evidencia la vulneración al buen nombre, la intimidad y a la honra en el marco de aquello que no se encuentra amparado por

la libertad de expresión, ha ordenado al transgresor de los derechos realizar una rectificación o el ofrecimiento de disculpas a los afectados, según sea el caso, bajo las mismas circunstancias en las que se difundió el mensaje vulnerador.

En ese sentido, esta Corporación ha sostenido que quienes han visto afectados sus derechos al buen nombre, a la honra y a la intimidad, tienen derecho a que el infractor, de alguna manera modifique o corrija su conducta en condiciones de equidad, lo cual debe atender como mínimo a dos condiciones básicas consistentes en que, además de existir un reconocimiento de la falta cometida, debe haber un despliegue informativo equivalente, siempre y cuando el titular de los derechos que han sido quebrantados lo considere pertinente, en aras de evitar una nueva exposición al público de situaciones que hacen parte de la esfera privada de la persona.⁶¹

Lo anterior encuentra fundamento en que, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, las sentencias de tutela tienen como fin evitar que una amenaza a cierto derecho fundamental se materialice, pero también, dado el caso que ya haya ocurrido la trasgresión, “*restaurar el orden constitucional permitiendo a la persona el goce efectivo de su derecho.*”⁶² Motivo por el cual, en algunos eventos, la Corte, al estudiar casos de vulneración de los derechos fundamentales al buen nombre, a la honra y a la intimidad, ha ordenado la corrección o modificación del acto que generó la afectación. Ejemplo de ello son las sentencias T-787 de 2004 y T-110 de 2015.

Así las cosas, luego de evidenciar la vulneración de los derechos fundamentales al buen nombre, a la intimidad y a la honra de *Lucía*, la Sala procederá a confirmar parcialmente la sentencia dictada en segunda instancia por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pasto, ordenando también como medida simbólica, que *Esther* publique en el muro de su perfil de Facebook la correspondiente disculpa por la afectación causada, dirigida a la actora, publicación que deberá estar habilitada para el mismo número de personas que en su oportunidad tuvieron acceso al primer mensaje y durante un lapso igual al que este último permaneció publicado, es decir, dos meses y 8 días. Lo anterior, en vista de que el mensaje y la imagen aparecieron en el muro de la demandada el 12 de diciembre de 2014 y fue retirado, por orden del juez de segunda instancia, el 20 de febrero de 2015.⁶³

No obstante, para que dicha publicación se realice se debe contar con la correspondiente autorización de la actora, quien, de considerar que la misma en los términos anteriores es inconveniente, lo debe manifestar a la demandada, antes de culminar el tercer día siguiente a la notificación de esta providencia.

V. DECISIÓN

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

⁶¹ Al respecto, ver sentencia T-787 de 2004.

⁶² Sentencia T-088 de 2008.

⁶³ Folio 20, cuaderno 1.

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia del Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pasto, del 12 de febrero de 2015, dentro del proceso de tutela promovido por *Lucía* contra Esther, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a *Esther* que al término de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia, publique en el muro de su perfil de Facebook la correspondiente disculpa por la afectación causada, dirigida a *Lucía*, publicación que deberá estar habilitada para el mismo número de personas que en su oportunidad tuvieron acceso al primer mensaje y durante el lapso en el que este último permaneció publicado, es decir, dos meses y 8 días. A menos que, durante los tres (3) días siguientes a la notificación del presente proveído, la actora le manifieste que desiste de que se haga la publicación.

TERCERO: ADVERTIR al Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pasto, juez de primera instancia, que a efectos de darle la oportunidad a la demandante para que ejercite su opción de desistir o no de la publicación a la que se alude en el inciso anterior, deberá notificar esta providencia a ambas partes, en la misma fecha.

CUARTO: Por Secretaría General, **LÍBRESE** la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

1. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
2. Magistrado
3. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
4. Magistrada
5. *Con salvamento parcial de voto*
6. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
7. Magistrado
8. MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
9. Secretaria General

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
A LA SENTENCIA T-050/16**

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Estado de indefensión no se configura con la mera divulgación de fotografías y otros objetos comunicativos a través de Facebook (Salvamento parcial de voto)

DERECHOS AL BUEN NOMBRE, INTIMIDAD, HONRA E IMAGEN FRENTE A LA LIBERTAD DE EXPRESION-Existencia de colisión de derechos fundamentales en el caso concreto, metodología adecuada para abordar el caso hubiera sido el denominado test de proporcionalidad (Salvamento parcial de voto)

MEDIOS DE COMUNICACION Y REDES SOCIALES-Se debió profundizar en diferencias existentes, partiendo de esta distinción, no hay lugar a derecho a la rectificación en redes sociales de la misma forma que existe en medios de comunicación tradicionales (Salvamento parcial de voto)

Referencia: Expediente T-5.145.787

Acción de tutela presentada por *Lucía* contra *Esther*.

Magistrado Ponente:
GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, a continuación presento las razones que me conducen a **salvar parcialmente mi voto** en la sentencia adoptada por la Sala Cuarta de Revisión de tutelas, el 10 de febrero de 2016.

1. En la Sentencia T-050 de 2016, la Corte analizó la petición de *Lucía* encaminada a la protección de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, al buen nombre y a la intimidad que estimó vulnerados por una publicación de la accionada *Esther* en la red social Facebook, en la cual le reclamaba por no haber pagado una deuda a cargo de la actora. Dicho mensaje fue acompañado de una fotografía de *Lucía*. Posteriormente, la publicación fue retirada como consecuencia de la decisión del juez de segunda instancia en el trámite de tutela.

El problema jurídico abordado por la Sala consistió en determinar si la publicación de *Esther* en la red social Facebook efectivamente vulneró los derechos al buen nombre, a la intimidad y la honra de *Lucía*. Al respecto, la Corte concluyó, en primer lugar, que se presentaba una situación de indefensión que tornaba procedente la acción de tutela frente a otro particular.

En cuanto al análisis de fondo, la sentencia negó que existiera una colisión de principios, toda vez que la manifestación de la accionada en la red social no podía siquiera ser amparada

bajo la protección consagrada por la Carta a la libertad de expresión. Por consiguiente, la Corte confirmó la sentencia de segunda instancia que tuteló los derechos fundamentales de *Lucía* al estimar que fueron conculcados con la publicación de *Esther*. Además, ordenó a la accionada publicar en el muro de su perfil de Facebook la correspondiente disculpa con el fin de restaurar los derechos vulnerados, y le otorgó a la actora la posibilidad de desistir de dicha rectificación.

2. Estoy de acuerdo con el sentido de la decisión adoptada por la Sala en el caso concreto, pues la conducta de la accionada *Esther* vulneró efectivamente los derechos fundamentales de la accionante *Lucía*. Sin embargo, disiento de varios argumentos que sirvieron de base a las órdenes proferidas. Explicaré en detalle estos puntos de divergencia más adelante.

En primer lugar, considero que la ponencia que contó con el respaldo mayoritario debió profundizar respecto de la configuración del estado de indefensión de la accionante que torna procedente el amparo en estas situaciones. Así mismo, en mi criterio, sí existió una colisión entre los derechos fundamentales a la honra, a la intimidad, a la imagen y al buen nombre en el caso analizado, en contraposición con la libertad de expresión en las redes sociales.

Estimo además que la Corte debió pronunciarse en esta oportunidad sobre las diferencias que existen entre los medios de comunicación y las redes sociales como canales de difusión. A partir de esta distinción, es posible comprender las razones que impiden asimilar ambos canales de expresión y que, por consiguiente, se oponen a que exista una rectificación del modo en que se encuentra contemplada en el ordenamiento jurídico para los medios masivos de comunicación.

Primer desacuerdo: Procedencia excepcional de la acción de tutela frente a particulares. El estado de indefensión no se configura con la mera divulgación de fotografías y otros objetos comunicativos a través de la red social Facebook.

3. La providencia justifica la procedibilidad de la acción mediante la reiteración de un único precedente judicial, de conformidad con el cual *“la divulgación de fotografías y otros objetos comunicativos a través de la red social Facebook configura una situación fáctica de indefensión por cuanto la parte demandada tiene un poder amplio de disposición sobre estos objetos, así como el control de los medios de publicidad en que aparecen los mismos, en cuanto detenta el poder de acceso y el manejo del sitio en el que se realiza la publicación.”*⁶⁴

Estoy de acuerdo con la ponencia en que la divulgación de imágenes o elementos comunicativos en la red social Facebook puede generar una situación de indefensión, dado el control que ejerce el autor sobre su publicación frente a aquellos derechos fundamentales que pueden verse vulnerados por la misma.

⁶⁴ Sentencia T-050 de 2016 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), citando a la sentencia T-015 de 2015 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.).

Mi discrepancia radica en que la sentencia tomó como base únicamente el criterio objetivo de la existencia de una publicación en la red social Facebook. En efecto, no puede afirmarse que por la mera existencia de una publicación en una red social sobre la accionante se torne procedente la acción de tutela.

Al respecto, la sentencia debió aclarar de manera explícita que, además de la publicación de objetos comunicativos en la red social Facebook, la procedencia de la tutela exige confrontar las circunstancias fácticas del caso concreto con el grado de sujeción del accionante y la incidencia de dicha indefensión en los derechos fundamentales que se alegan vulnerados. El análisis en cada situación particular de estos criterios subjetivos ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional.⁶⁵

Por ende, a pesar de que la sentencia verificó las circunstancias subjetivas de la accionante, no se aclaró que la procedencia del amparo también requería del análisis de las condiciones fácticas concretas que permitieran concluir la existencia de un estado de indefensión.

Segundo desacuerdo: Existencia de una colisión de derechos fundamentales en el caso concreto. Sí existe un conflicto entre los derechos al buen nombre, intimidad, honra e imagen frente a la libertad de expresión.

4. La sentencia T-050 de 2016 dedica una sección completa de su parte motiva a exponer los límites de la libertad de expresión y a explicar la posibilidad de desvirtuar la presunción en favor de la prevalencia de la misma. Pese a ello, la Sala niega que exista un conflicto de derechos fundamentales en el presente caso, partiendo de la existencia de límites a la libertad de expresión, los cuales implican que ciertas manifestaciones no resultan amparadas bajo la protección del artículo 20 Superior.⁶⁶

En concordancia con esta postura, el fallo descartó la necesidad de llevar a cabo un test de proporcionalidad para resolver el presente caso por medio de la ponderación, *“pues no se presenta pugna legítima entre el derecho a la libertad de expresión y los alegados por la demandante.”*⁶⁷

⁶⁵ Veáse, entre otras: Sentencia T-115 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.; Sentencia T-1040 de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia T-277 de 1999. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁶⁶ Sobre el particular, la Sentencia T-050 de 2016 expresó: *“Sin embargo, como se estableció en la parte motiva de esta sentencia, este tipo de presunción admite ser desvirtuada cuando se evidencie que en el caso concreto el otro derecho en juego cobra mayor peso. Bajo esa misma línea, la jurisprudencia de esta Corte, al igual que pronunciamientos internacionales al respecto, han sostenido que la libertad de expresión no es un derecho que carece de límites, pues, como se observó, las frases injuriosas, que denoten falta de decoro, vejaciones, insultos, expresiones desproporcionadas y humillantes que evidencien una intención dañina y ofensiva, no con un fin legítimo, sino por el contrario difamatorio, parcial, erróneo, entre otros, no son cubiertas por la protección establecida en el artículo 20 de la Constitución. Por lo tanto dicho conflicto resulta inexistente y, en estos términos, se descarta la necesidad de realizar un test de proporcionalidad, en el cual se utilice la ponderación para resolver este caso, pues no se presenta pugna legítima entre el derecho a la libertad de expresión y los alegados por la demandante.”*

⁶⁷ Sentencia T-050 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

5. No comparto el razonamiento acogido por la mayoría de la Sala dado que, como lo ha reconocido la Corte Constitucional, todas las expresiones *prima facie*, forman parte del ámbito de la libertad de expresión en una democracia. Esto incluye a las manifestaciones que pueden percibirse como injuriosas, insultantes, desproporcionadas y humillantes.⁶⁸

Por tal motivo, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y con parte de los fundamentos de la decisión de la cual me aparto,⁶⁹ es necesario acudir a la ponderación como método para resolver conflictos entre derechos fundamentales,⁷⁰ cuando quiera que se presenten tensiones entre la libertad de expresión y derechos de aquellos que la doctrina denomina “*morales*”.⁷¹

En este orden de ideas, la aproximación metodológica más adecuada para abordar el caso de colisión de derechos fundamentales estudiado por la Sala, hubiera sido el denominado *test de proporcionalidad*. De esta manera, hubiera sido resuelta la tensión de los derechos fundamentales en pugna y hubiera sido posible desvirtuar, con suficiencia, la presunción de inconstitucionalidad de las restricciones a la libertad de expresión.

6. En mi criterio, resulta desproporcionado negar de plano la protección constitucional a ciertas expresiones por estimarlas inadecuadas. Lo anterior obedece a dos razones. En primer lugar, porque al derecho a la libertad de expresión le corresponde una protección prioritaria.

En segundo lugar, considero que, en lugar de excluir ciertas manifestaciones de la órbita de la libertad de expresión, resulta más apropiado para el ordenamiento constitucional colombiano acoger el planteamiento de Gargarella, según el cual en el marco de la libertad de expresión confluyen dos clases de discursos.⁷²

⁶⁸ Sentencia T-015 de 2015. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Párrafos 36 y 37: “*del lugar preferente que ocupa la libertad de expresión en el ordenamiento superior, emanan las siguientes presunciones: (i) que toda expresión está amparada prima facie por el derecho a la libertad de expresión*”; Sentencia T-391 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Considerando 4.1.3.1: “*Presunción de cobertura de una expresión por el ámbito de protección del derecho constitucional. En principio, toda expresión se presume cubierta por la libertad consagrada en el artículo 20 Superior, salvo que se demuestre en cada caso concreto y de forma convincente que, por sus características, se justifica la limitación de tal expresión, por estar dadas las condiciones constitucionales para ello*”

⁶⁹ Sentencia T-050 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En el aparte pertinente, la providencia indica: “*Asimismo, se ha establecido que en caso de conflicto con otros derechos o principios constitucionales, en principio, la libertad de expresión prevalece; lo cual quedará desvirtuado, una vez se compruebe que dadas las circunstancias fácticas del caso que se presenta y siguiendo los lineamientos constitucionales, este se deba limitar. Por lo tanto, en estos eventos lo que procede es realizar el debido ejercicio de ponderación entre ambos derechos, pero teniendo presente la presunción de prevalencia ya mencionada.*”

⁷⁰ Sentencia T-015 de 2015. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Sentencia T-904 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa; Sentencia T-391 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; Sentencia SU-056 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁷¹ Herce de la Prada, Vicente. El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión. José María Bosch Editor S.A. Barcelona. 1994. pág. 180.

⁷² Gargarella, Roberto. Constitucionalismo y libertad de expresión. En: Teoría y Crítica del Derecho Constitucional (Tomo II). Editorial Abeledo Perrott. Buenos Aires. 2009. Pág. 763-770.

Por una parte, existen expresiones que deben recibir una protección especial, como aquellas que formulan críticas al gobierno o tratan sobre cuestiones de interés público.⁷³ En una segunda categoría, se agrupan aquellos discursos que son ofensivos o degradantes hacia ciertos individuos o grupos, por lo cual son destinatarios de regulaciones o límites que no podrían imponerse a aquellos discursos protegidos.⁷⁴

7. A mi juicio, en el presente caso la libertad de expresión de *Esther* debe ceder ante los derechos fundamentales al buen nombre, a la honra, a la imagen y a la intimidad de *Lucía*, que se vieron conculcados de manera irrazonable y desproporcionada mediante la publicación de la accionada.

En consecuencia, pese a que concuerdo con el sentido de la decisión de la Sala, en mi opinión no puede dejarse de lado que, en el caso de autos, efectivamente se presentaba una colisión de derechos fundamentales que podía resolverse adecuadamente a través de un test de proporcionalidad.

Tercer desacuerdo: La Sala Cuarta de Revisión debió profundizar en las diferencias que existen entre los medios de comunicación y las redes sociales. Partiendo de esta distinción, no hay lugar a un derecho a la rectificación en las redes sociales de la misma forma que existe en los medios de comunicación tradicionales.

8. La sentencia de la cual me aparto parcialmente, reconoce que existen diferencias entre las redes sociales y los medios de comunicación tradicionales, entre ellas: (i) *en términos de acceso*, dado que es mucho más sencillo acceder a la plataforma de una red social que a un medio de comunicación, (ii) *en materia de controles institucionales*, puesto que son mucho menores en las primeras, y (iii) *en aspectos de atribución de responsabilidad*.

No obstante, la Sala sostuvo que, en lo concerniente al correcto ejercicio de la libertad de expresión, las reglas aplicables para los medios de comunicación y las redes sociales son

⁷³ Sentencia T-015 de 2015. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Párrafos 39. “*Ha señalado la jurisprudencia que si bien todo ejercicio comunicativo, cualquiera sea su contenido, valor y forma de expresión, está prima facie amparado por la libertad de expresión, se ha reconocido que ciertos discursos son merecedores de especial protección constitucional, debido a su importancia para promover la participación ciudadana, el debate y el control de los asuntos públicos.*”; Sentencia T-391 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Considerando 4.2.2.3.1: “*Por otra parte, existe una serie de modos de expresión que constituyen, en sí mismos, el ejercicio de otros derechos fundamentales distintos a la libertad de expresión stricto sensu, la cual por lo tanto es una condición necesaria para su ejercicio y ha de recibir especial protección en estos ámbitos particulares. Se trata, en resumen, de ocho tipos de discurso: (a) la correspondencia y demás formas de comunicación privada, (b) los discursos estéticos, morales, emotivos o personales, manifestados a través de expresiones verbales, artísticas, o de conductas simbólicas o expresivas, sin perjuicio de la protección constitucional explícita de la libre expresión artística; (c) la exposición de convicciones y la objeción de conciencia; (d) el discurso religioso; (e) el discurso académico, investigativo y científico; (f) las expresiones realizadas en el curso de manifestaciones públicas pacíficas; (g) el discurso cívico o de participación ciudadana, y (h) el discurso de identidad, que expresa y refuerza la propia adscripción cultural y social. Cada uno de estos tipos de discurso corresponde al ejercicio de un derecho constitucional fundamental específico.*”

⁷⁴ Gargarella, Roberto. *op. cit.* pág. 763

idénticas y, corolario de ello, consideró insuficiente el retiro de la publicación del perfil de *Esther*, que había sido ordenado por el juez de segunda instancia.

Según esta lógica, con el fin de restablecer los derechos al buen nombre, honra e intimidad de *Lucía* se ordenó realizar una rectificación u ofrecimiento de disculpas, mediante “*un despliegue informativo equivalente, siempre y cuando el titular de los derechos que han sido quebrantados lo considere pertinente*”,⁷⁵ tal y como sucede en el caso de los medios de comunicación masiva.

9. Si bien coincido en la existencia de reglas para el ejercicio de la libertad de expresión, tanto para el caso de las redes sociales como para el de los medios de comunicación, considero que la aplicación de tales límites debería variar en función de las diferencias que acertadamente identificó la Sala.

Por ejemplo, dado que la finalidad de las redes sociales no es propiamente la de informar (como sí resulta serlo en el caso de los medios de información) sino la de comunicar, es necesario preguntarse sobre la información que, pese a no ser públicamente relevante, se difunde en estos canales. Igualmente, debe considerarse que en el caso de las redes sociales reviste de mayor importancia el control individual de la información, pues se echan de menos los filtros y responsabilidades comunes que se dan al interior de los medios de información.⁷⁶

Así, conviene preguntarse sobre el alcance de los derechos a la imagen, a la honra, al buen nombre y a la intimidad en las redes sociales, caso en el cual la información tiene una incidencia predominantemente privada pero su difusión resulta ser mucho más focalizada. En contraste, en los medios de información, su incidencia generalmente es pública pero su difusión es menos focalizada.

Tal vez ésta era la oportunidad para que la Sala se hubiera ocupado más concretamente acerca de los efectos jurídicos que plantea la distinción entre redes sociales y medios de información.

10. En mi criterio, a partir de las diferencias que existen entre medios de comunicación y redes sociales y de acuerdo con las particularidades del caso concreto, no resulta procedente ordenar la rectificación ni un ofrecimiento público de disculpas. Esto se debe a que la rectificación en condiciones de equidad procede cuando los derechos a la honra y buen nombre han sido vulnerados con base en informaciones falsas, tergiversadas o erróneas.⁷⁷

⁷⁵ Sentencia T-050 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁷⁶ Campos Freire, Francisco (2008): "Las redes sociales trastocan los modelos de los medios de comunicación tradicionales", en: *Revista Latina de Comunicación Social*, 63, páginas 287 a 293. La Laguna (Tenerife): Universidad de La Laguna. Disponible en:

http://www.ull.es/publicaciones/latina/2008/23_34_Santiago/Francisco_Campos.html.

⁷⁷ Sentencia T-787 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.; Sentencia T-110 de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. En estas providencias, los supuestos fácticos consistían en casos de particulares que no constituían medios de información y que divulgaron informaciones falsas o tergiversadas, razón por la cual sí resultaba procedente la rectificación.

Igualmente, la rectificación no es un instrumento de protección válido frente al derecho a la intimidad, pues volver sobre un asunto de relevancia privada no es lo más adecuado para salvaguardar el mencionado derecho.

Tampoco es pertinente la orden consistente en un ofrecimiento público de disculpas por dos motivos: (i) porque podría significar una re victimización para *Lucía* pues la difusión del mensaje exculpatorio en un “*despliegue informativo equivalente*” podría indirectamente ocasionar el menoscabo del derecho a la intimidad de la accionante, permitiendo a más personas enterarse de la situación acontecida con *Esther*; (ii) porque el retiro de la publicación y la advertencia a la accionada de no realizar ninguna otra manifestación en ninguna red social o la orden de indemnizar los perjuicios ocasionados (conforme al artículo 25 del Decreto 2591 de 1991) son suficientes para restablecer los derechos de la accionante en el caso concreto.⁷⁸

Con fundamento en las anteriores razones me aparto parcialmente de la decisión que en esta oportunidad ha tomado la Sala.

Fecha ut supra,

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

⁷⁸ Sentencia T-904 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa.

FIRMA DEL INVESTIGADOR.

A handwritten signature in black ink, appearing to read "José Augusto Isla Ascurra", written over a horizontal line.

Bchr. José Augusto Isla Ascurra.

CONSTANCIA DEL ASESOR.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Francisco Javier Mauricio Juárez", written over a horizontal line.

Ms. Francisco Javier Mauricio Juárez.