

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
PREGRADO EN DERECHO

**ALCANCE DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN CONTRAPOSICIÓN AL
DERECHO A LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL. CASO ESPECÍFICO DE LA
PRUEBA DOCUMENTAL EXTRAÍDA DE FACEBOOK**

DANIELA BECERRA LÓPEZ

MEDELLÍN

2021



DANIELA BECERRA LÓPEZ

**ALCANCE DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN CONTRAPOSICIÓN AL
DERECHO A LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL. CASO ESPECÍFICO DE LA
PRUEBA DOCUMENTAL EXTRAÍDA DE FACEBOOK**

Proyecto de investigación para optar al título de Abogada

Director: José David Posada Botero

MEDELLÍN

2021

TABLA DE CONTENIDO

PARTE PRELIMINAR

Resumen.....	5
Introducción.....	6
Marco teórico.....	11

PRIMERA PARTE

Redes sociales virtuales: el caso de Facebook y derechos fundamentales

CAPÍTULO 1

Facebook como red social

Redes sociales.....	13
Facebook.....	14
Regulación de Facebook.....	14
Políticas de datos de Facebook.....	15
Términos y condiciones de Facebook.....	17
Publicaciones que pueden hacer los usuarios	19
Privacidad.....	20

CAPÍTULO 2

Derechos fundamentales

Derecho a la intimidad.....	21
Fundamento del derecho a la intimidad.....	22
Regulación al derecho a la intimidad.	23
Excepciones o límites al derecho a la intimidad.....	26
Derecho a la prueba.....	30
Fundamento del derecho a la prueba.....	31
Regulación del derecho a la prueba.....	32
Relación del derecho a la prueba y a la tutela judicial efectiva.....	34
Posibilidad de usar una foto de Facebook como prueba.....	35
Excepciones o límites al derecho a la prueba.....	37

SEGUNDA PARTE
Contraposición de los derechos fundamentales

CAPÍTULO 1
Prueba ilícita, exclusión y excepciones a la exclusión

Prueba ilícita.....	40
¿Qué es la prueba ilícita?.....	40
Exclusión a la prueba ilícita.....	41
Excepciones a la exclusión de la prueba ilícita.....	42
Posibilidad de aplicar las excepciones a la exclusión de la prueba ilícita dentro del proceso civil.....	44

CAPÍTULO 2
Juicio de proporcionalidad y conclusiones

Principio de proporcionalidad.....	47
Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad.....	48
Estructura del principio de proporcionalidad.....	50
Ponderación de los derechos a la intimidad y el derecho a la prueba.....	52
Propuesta de solución.....	53
CONCLUSIONES.....	56
REFERENCIAS.....	57

Resumen

Con el desarrollo de la tecnología, las redes sociales virtuales se han convertido en una de las principales fuentes de acceso a la información y a los datos personales de los usuarios que hacen uso de ellas. Situación que ha generado un sin fin de conflictos; este fenómeno aumenta cada día más, y con ello proporcionalmente el uso irresponsable de estos medios de comunicación masivos. Por lo que, además de afectar el ámbito social y personal de los usuarios, también se empezó a ver afectada su situación jurídica. Esta investigación tiene como objetivo determinar el alcance que tiene el derecho fundamental constitucional a la intimidad bajo la lógica propia de las redes sociales virtuales, analizándolo desde la posibilidad de usar fotos captadas de estas, como pruebas en procesos judiciales civiles; y mucho más, en el entendido de que las fotografías que los usuarios postean en una de las redes sociales más importantes, como lo es Facebook, se pueden incorporar a un proceso judicial civil como prueba, situación que puede generar, un quebrantamiento de las libertades esenciales de una persona, como lo es el derecho a la intimidad.

The development of technology has achieved that social networks become in one of the main sources to access to information and personal data of its users, this is a situation that has generated endless conflicts; this phenomenon increases every day and with this the irresponsible use of these mass media too. So besides to affect the social and personal scope of its users, the legal status of them. This research aims to determinate the scope of the Fundamental Constitutional Right to privacy under the logic of social networks, analyzing it from the possibility of using photos from social networks in civil judicial processes as evidence, and much more in the understanding that the documents that the users post on one of the most important social networks such as Facebook is, can be incorporated into a civil judicial process as evidence; this situation could be a violation of the essential liberties of a person, such as the right to privacy.

Introducción

Uno de los pilares de un Estado Social de Derecho, como lo es el colombiano, es el respeto por los Derechos Fundamentales y Constitucionales que se consagran en el Bloque de Constitucionalidad en sentido amplio, siendo esto muy relevante para cumplir los fines garantistas que supone dicha figura.

Un claro ejemplo de esto, es el derecho a la intimidad de las personas, que cuenta con una amplia regulación constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinal, por lo que es posible afirmar que el derecho a la intimidad es una de las libertades más importantes de las que gozan las personas, que además está consagrada como un derecho fundamental y constitucional.

Cada día este derecho se ve más vulnerado en atención al mal uso y la poca regulación con la que se cuenta cuando se habla de las redes sociales virtuales, y máxime de una red tan importante como lo es Facebook, esto en razón a que los términos y condiciones de privacidad son muy vagos, y en la práctica no se cumplen. En efecto, cada vez es más frecuente ver que las personas publican fotos de terceros que pueden ser vistas por un número ilimitado de personas, sin el consentimiento o incluso el conocimiento de quienes aparecen en dichas fotografías. Esta situación puede originar un sinnúmero de conflictos, ya que se está desplegando un uso irresponsable de la imagen de las otras personas. Adicional, dicho contenido se vuelve propiedad de Facebook una vez se postea, como se establece en los términos y condiciones de la plataforma: “si compartes una foto en Facebook, nos concedes permiso para almacenarla, copiarla y compartirla con otros” (2020, párr. 32).

Además, expresan que si se elimina un contenido, los demás usuarios lo dejarán de ver; sin embargo, este no se eliminará por completo de la plataforma cuando “otros hayan usado tu contenido, y esas personas no lo hayan eliminado” (2020, párr. 37). Esto es, dicha información permanecerá hasta que Facebook la elimine completamente de su sistema; por lo tanto, cuando una persona quiera eliminar una foto debe ser Facebook quien dé la autorización. Esto hace que sea muy frecuente que la publicación no se borre de manera instantánea, y cuando esto suceda, muchas personas ya la habrán visto o divulgado incluso en otras redes sociales virtuales.

Enfatizando en dicho problema, existe la posibilidad de que una persona descargue la foto y la utilice como prueba en un proceso jurisdiccional. Por esto, es necesario hacer un análisis de si dicha prueba realmente puede ser decretada e incorporada al proceso, en el marco de la

ponderación de dos derechos fundamentales como el del derecho a la intimidad y el derecho a la prueba en el proceso civil.

Es de allí de donde nace la pregunta que fundamenta el presente proyecto de investigación, sobre ¿cuál es el alcance del derecho a la intimidad en contraposición a la lógica de las redes sociales virtuales, cuando se analiza la posibilidad de usar una imagen como prueba en un proceso judicial? A la cual se le suman interrogantes cómo ¿se viola o no el derecho a la intimidad de la persona que allí aparece representada?, y ¿la prueba debe ser excluida por ilícita del proceso?, o si, por el contrario, teniendo en cuenta el derecho de tutela efectiva, ¿puede entrar en la excepción a la exclusión de la prueba ilícita? Siendo entonces la pregunta problema que nos atañe ¿Cuál es el alcance del derecho a la intimidad con relación a las fotos subidas a Facebook bajo la premisa de que dichos documentos se pueden usar como prueba en un proceso de jurisdicción civil?

Este problema es de fundamental relevancia para el derecho, debido a la ínfima regulación que existe frente a la materia en el ámbito civil, y adicionalmente, la concurrencia de estos casos en el día a día de las redes sociales virtuales la convierte en una problemática crítica. En este orden de ideas, y al no contar actualmente con unos parámetros básicos que permitan dar una solución eficiente a dicha situación, ya que la aproximación encontrada, realizada por el autor Ramon Antonio Peláez Hernández en su tesis doctoral titulada “La prueba ilícita desde la perspectiva de la regla de exclusión y su aplicación en el proceso civil” no satisface en su totalidad los interrogantes planteados, y no concuerda con la solución propuesta por el presente trabajo, se ocasiona un nuevo conocimiento en el ámbito académico y profesional. Adicionalmente, el tema que se plantea en este proyecto de investigación es importante para la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT, en la medida de que el presente trabajo busca brindar un nuevo conocimiento frente a una problemática actual, poco indagada, buscando la respuesta a interrogantes que no se han propuesto antes, y que además de dar unos puntos de partida teóricos, se centra en atender a situaciones prácticas que ocurren en el día a día, con el fin de realizar un trabajo que vaya más allá del marco teórico y se aproxime a dar una respuesta clara y concisa que fije parámetros técnicos para solucionar casos prácticos similares.

Siendo esto así, el objetivo principal del trabajo es delimitar el derecho a la intimidad analizando la contraposición que presenta con el derecho a la prueba, bajo la lógica de las redes sociales virtuales y del proceso judicial. Adicional a esto, y como objetivos específicos, se pretende

establecer si los documentos electrónicos se pueden incorporar como pruebas en un proceso judicial, además de determinar y establecer puntos de partida claros que sean de utilidad para la comunidad jurídica, a la hora de enfrentarse a casos difíciles en los que haya colisión de dos derechos del mismo rango. Asimismo, determinar la posibilidad de aplicar figuras propias del proceso penal en el proceso civil, como es la excepción a la exclusión de la prueba ilícita, para pasar a concluir si el operador jurídico puede de manera legítima valorar una prueba que es ilícita, y fundamentar en ella su fallo.

Con el fin de lograr los objetivos planteados, se realiza una amplia búsqueda doctrinal y jurisprudencial sobre cada tema particular, enfocada al caso de la plataforma de una de las redes sociales virtuales más importantes en la actualidad como lo es Facebook, esto es, el contrato que celebran los usuarios con la plataforma al crear una cuenta. Adicional a esto, se analizaron múltiples materiales bibliográficos de doctrinantes colombianos como Carlos Bernal Pulido (2003, 2005), con el tema del principio de proporcionalidad y los criterios que de él se desprenden; asimismo Beatriz Quintero y Eugenio Prieto (2008), para hacer referencia al tema de vacíos procesales en el ordenamiento jurídico colombiano, y para el tema de definición de la prueba dentro del derecho procesal, al autor Devis Echandía (2002), entre otros.

De igual manera, se ahonda en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (en adelante CSJ), para sentar una postura referente a los temas controversiales, buscando en algunos puntos contrastar la postura que tenían en las sentencias que fundaron la línea jurisprudencial y sentencias más recientes, con el fin de lograr una definición completa e integral de las figuras analizadas.

Para lograr todos los objetivos propuestos en este proyecto de investigación se utiliza una estructura lógica de dualidad, dividiendo la totalidad del trabajo en dos partes, cada una comprendida por dos capítulos. Adicional a esto, el trabajo cuenta con una parte preliminar contentiva del marco teórico. Todo esto con la finalidad de llegar a unas conclusiones que permitan sentar unos criterios generales que sirvan como herramientas de interpretación y análisis, a la hora de sentar una posición o acoger una postura en los supuestos fácticos que se presenten en el día a día, tanto desde la academia como en la vida profesional de los estudiantes.

La metodología sobre la cual se elaboró el trabajo de investigación es la de validez del derecho, esto en atención a que se analizó el cuerpo normativo que regula legal y jurisprudencialmente el

alcance de las figuras jurídicas propuestas, pretendiendo determinar si la normatividad colombiana efectivamente se aplica a los supuestos de hecho planteados y contrastar esto con las demás disposiciones que regulan el tema en el ordenamiento jurídico colombiano, proponiendo mediante un supuesto fáctico hipotético llegar a una solución que bajo el derecho actual sea válida. Logrando con esto llegar a probar la hipótesis del presente proyecto de investigación y brindar una propuesta de solución a los cuestionamientos indagados, como se verá a lo largo del escrito.

Marco teórico

Con el fin de poder desarrollar de manera integral la investigación planteada se analizan como fuentes la jurisprudencia de la CSJ y de la Corte Constitucional y la doctrina existente al respecto, esto en atención a que los temas en los que se centra este trabajo de investigación tocan puntos del derecho como son:

- Derechos fundamentales y constitucionales.
- Derecho probatorio.
- Términos y condiciones legales de Facebook.
- Derecho procesal.

En este sentido, cuando se habla de derechos fundamentales constitucionales es muy importante recalcar que el derecho a la intimidad está consagrado en la Constitución Política de Colombia en el artículo 15, que establece que todas las personas tienen derecho a su intimidad.

Adicional a lo anterior, el artículo 29 de la Constitución colombiana expresa que todas las personas tienen el derecho de presentar pruebas. Asimismo, el artículo 229 establece el derecho del acceso a la justicia que a su vez garantiza el derecho a la tutela jurídica efectiva que, según las Sentencias T-553 de 1995, T-406 de 2002, T-1051 de 2002 y T-283 de 2013, comprende la posibilidad de los ciudadanos de acudir ante un juzgado y presentar un conflicto intersubjetivo de intereses para que sea resuelto, por lo que hay un vínculo necesario entre la posibilidad de iniciar un litigio, con la prueba del mismo.

Por otro lado, en atención a que en la actualidad estamos en presencia de un mundo interconectado que obedece a las reglas propias de las redes sociales, siendo Facebook la red social más importante, ya que es la que cuenta con más usuarios, pues mundialmente tiene suscritos alrededor de 2740 millones de usuarios, y según el Ministerio de Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones en Colombia para el año 2020 se encontraban suscritos 15 millones de personas (MinTic, 2020).

Existe la posibilidad de que una persona suba una foto sin el consentimiento de la persona que allí aparece retratada y al ser una red social masiva, la foto sea observada por millones de personas,

y aunque en teoría hay múltiples estipulaciones normativas¹ que establecen que la imagen de una persona no puede ser compartida sin su autorización, en la práctica sucede mucho que las personas suben a Facebook la imagen de otro sujeto sin su conocimiento ni mucho menos su autorización.

El Código General del Proceso (en adelante CGP) en su artículo 243 establece que las fotografías son documentos y el artículo 165 de este mismo estatuto expresa que los documentos, es decir, las fotografías, pueden ser medios de prueba. Lo que hace posible bajo la legalidad que una persona extraiga la fotografía de Facebook y la presente al juez como prueba en un proceso jurisdiccional.

Ahora bien, es necesario diferenciar entre el espacio público, semiprivado y privado, definidos por la Corte Constitucional en la Sentencia C-094 de 2020 en los cuales, expresa la misma, existe una protección al derecho a la intimidad pero con diferentes alcances, ya que la jurisprudencia considera que no es lo mismo si la fotografía de la persona es tomada en un lugar público a un establecimiento de comercio, o por el contrario, en el hogar de la persona fotografiada. En dicha sentencia, la Corte expresa que el derecho a la intimidad en todas estas esferas debe ser protegido y garantizado, sin embargo, también analiza que este derecho puede verse limitado cuando este choca con otros derechos fundamentales, los cuales en este caso son el derecho a la tutela jurídica efectiva y a la prueba.

A primera vista, es posible afirmar que si la fotografía fue tomada en un espacio privado de la persona como sería su casa, la misma está violando tajantemente el derecho a la intimidad y a la imagen de la persona fotografiada; más aún, cuando es reproducida en una red social sin su autorización. Ahora bien, aquí entra el debate de si el juez debe decretar la prueba y posteriormente valorarla o si, por el contrario, la debería excluir del proceso por ser una prueba ilícita, por lo que es necesario hacer el análisis de si dicha prueba puede entrar a la figura de excepción a la exclusión de la ilicitud por tratarse de un proceso civil.

Al respecto, en términos normativos la prueba ilícita se encuentra regulada en los artículos 14 y 168 del CGP que establece que el juez debe rechazar las pruebas que sean ilícitas. Adicional a

¹ Ley 23 de 1982, artículos 39 y 87; Ley 1581 de 2012, artículos 3, 9, 12; Decreto 1377 de 2013, artículo 5; Concepto 121121 de 2020, artículo 5.

lo anterior, el artículo 29 de la Constitución Nacional y los artículos 23 y 455 del Código de Procedimiento Penal (en adelante CPP) establecen que las pruebas que se consigan en detrimento de las garantías fundamentales son nulas, a excepción de aquellas que obedezcan al vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.

En este entendido, la materia que regula a fondo las excepciones a la exclusión de la prueba ilícita es el derecho penal, por lo que en este trabajo, me compete analizar si es posible trasladar dichos supuestos y normas a un proceso judicial de naturaleza civil. En este aspecto, el doctrinante Jairo Parra Quijano (2006) establece que “a menudo se tiene la idea que lo referente a la prueba ilícita, como lo dijimos anteriormente, es un problema del proceso penal, pero esto hay que desterrarlo” (p. 71). Lo anterior, bajo la ponderación de los derechos que se encuentran en contraposición de carácter fundamental y constitucional.

PRIMERA PARTE

Redes sociales virtuales: el caso de Facebook y derechos fundamentales

CAPÍTULO 1

Facebook como red social

En este capítulo se va a analizar el concepto de red social virtual, para luego establecer la importancia de la plataforma de Facebook dentro del mundo digital, como una de las redes sociales virtuales más dinámicas en la actualidad. Luego se estudiará la regulación normativa que contiene el contrato celebrado por Facebook con los usuarios, precisamente para determinar cómo afecta esto a la situación de las fotografías subidas a la plataforma sin autorización del sujeto retratado, abriendo así el tópico de la presente investigación. Todo lo anterior, es de fundamental importancia al momento de contrastar el derecho a la intimidad y a la imagen de usuarios diferentes a aquellos que suben la imagen, o incluso de personas que no tienen vinculación alguna con la plataforma, bajo el marco constitucional y legal de Colombia, en contraposición a la regulación contractual que se desprende de la aceptación de los términos y condiciones de la plataforma por parte de los usuarios al hacer uso de dicha red social.

Redes sociales

La Real Academia Española (RAE, 2015), define a las redes sociales virtuales como “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 [...] de modo que puedan interactuar mediante mensajes, compartir información, imágenes o videos”.

Dichos servicios, como lo establece la RAE, se han popularizado a gran escala en los últimos años, tanto es así que actualmente es posible hablar de las redes sociales virtuales como el medio o servicio de comunicación masivo más importante. Es por esto que cada vez con más frecuencia se crean nuevas plataformas digitales que buscan satisfacer la alta demanda, y consiguientemente con cada actualización, se hacen más intuitivas con el fin de que los usuarios puedan con mayor facilidad acceder a sus servicios y compartir imágenes o videos con un número ilimitado de personas. El problema radica en que estas no cuentan con algún tipo de control previo sobre las publicaciones que hacen los usuarios, situación que cada vez empeora más, ya que las barreras de

entrada a los medios tecnológicos y, asimismo, a las plataformas digitales, son prácticamente nulas, por lo que cualquier persona puede acceder a dichas plataformas.

Facebook

Facebook es una de las redes sociales de relacionamiento e interacción más populares en la actualidad, ya que desde su creación ha crecido en porcentajes muy altos. En la actualidad cuenta con más de dos mil cuatrocientos cincuenta (2.450.000.000.000) millones de usuarios a nivel mundial, “por lo que aproximadamente el 32% de la población usa esta red social” (Mark Whitehead, 2020, párr.1).

Siendo esto así, es posible afirmar que hoy en día esta plataforma es la más importante en el medio, y más cuando se tiene acceso con tan solo hacer un clic. Por esto, es necesario que las reglas del juego estén claras desde el principio; sin embargo, aunque estas se advierten al momento de crear un perfil, en la práctica los usuarios no se percatan en realizar una lectura juiciosa de las políticas de uso de Facebook, por lo que dichas reglas quedan solo plasmadas en la red digital.

Regulación de Facebook

La regulación de Facebook es informada a los usuarios al momento de crear una cuenta, donde se establece que al registrarse como usuarios están aceptando la política de datos, las condiciones de Facebook y la política de *cookies* (la cual no será abarcada en el presente trabajo, ya que esta trata la recolección de información de la navegación en línea y los patrones de búsqueda, no del usuario propiamente); a pesar de lo anterior, dicha información está ubicada en la letra pequeña y son muy pocos los usuarios que efectivamente la leen.

Esta regulación será objeto de estudio y análisis en los siguientes apartados, pues, como se mencionó en el encabezado del capítulo, es fundamental tener conocimiento de ella para poder establecer cuáles son las cláusulas contractuales a las que están ceñidos los usuarios y, asimismo, determinar si la información allí compartida se mantiene en la esfera de control del usuario y, por ende, de su intimidad; o, si está por el consentimiento dado, pasa a ser de uso público por el solo hecho de celebrar un contrato y aceptar las políticas de datos, las condiciones de uso y las políticas de privacidad de dicha plataforma.

Políticas de datos de Facebook

Para poder hablar de datos, es necesario exponer que en Colombia se emitió la Ley 1581 de 2012 que establece que los datos personales son “cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables”, por lo que una imagen que represente a una persona puede catalogarse como dato personal. Facebook al momento en el que una persona se registra como usuario nuevo, advierte que la información que se suba a la plataforma para el público en general, será totalmente pública dentro o fuera de Facebook, por lo que incluso personas que no estén suscritas como usuarios pueden ver la información compartida.

Asimismo, Facebook expresa que la información que cada usuario decida subir a la plataforma digital puede ser compartida por otros usuarios sin tener su autorización expresa: “Si compartes una publicación o envías un mensaje a un amigo o a una cuenta determinados, estos pueden tomar una captura de pantalla de dicho contenido o bien descargarlo o volver a compartirlo con otras personas dentro o fuera de nuestros Productos” (2020, párr. 35).

Por otro lado, en la política de datos, también se trata la situación en la que una persona comparta contenido acerca de un tercero, donde dicha información sólo puede ser reportada por este con el fin de que sea eliminada; en palabras de Facebook: “Pueden compartir una foto tuya en una historia, mencionarte o etiquetarte en una ubicación determinada en una publicación, o bien compartir información acerca de ti en sus publicaciones o mensajes” (2020, párr. 36). Sin embargo, el hecho de reportarlo no significa que la publicación inmediatamente se elimine o que las demás personas que usan la plataforma la dejen de ver.

Por lo tanto, cuando un usuario se da cuenta de que publicaron su imagen sin su autorización, se debe dirigir a la imagen publicada dentro de la plataforma y seleccionar la opción de enviar comentarios o de reportar una foto. Cuando se selecciona dicha opción hay que informar a Facebook por qué razón se está reportando dicha imagen; al hacerlo, se despliega una lista de razones dentro de las cuales aparece “se comparten imágenes privadas”; después de seleccionar dicha opción se debe seleccionar que “creo que este contenido infringe las normas comunitarias de Facebook” para dar inicio al trámite respectivo por parte de Facebook y se elimine el contenido lo más rápido posible. Después de seguir dicho procedimiento, queda esperar a la decisión final de la plataforma, razón por la cual en dicho lapso de tiempo la foto pudo haber sido compartida o

descargada por otras personas, ya que en el ínterin no se impide que esta sea descargada o compartida en la plataforma.

Más preocupante se torna el caso de las personas que no son usuarias de Facebook, ya que dichas personas no pueden acceder directamente a las publicaciones, por lo que la única forma para enterarse de que su imagen fue publicada es que un conocido que use dicha plataforma se los comparta mediante un enlace de acceso. Sin embargo, a pesar de que la persona retratada puede ver la foto, la misma no puede reportarla, ya que no cuenta con un perfil de Facebook. Por lo que esta tiene tres opciones para intentar “denunciar”² la foto en la plataforma: la primera es crear una cuenta y reportar la foto; la segunda es solicitar la ayuda de un amigo que tenga creada una cuenta para reportar la foto, y la tercera consiste en enviar una petición formal por correo postal al domicilio de Facebook solicitando que eliminen dicha imagen por violentar su derecho a la intimidad, proceso que será mucho más complicado y largo del que se lleva a cabo por quien es un usuario, ya que la respuesta de Facebook puede tardar incluso semanas, y aún así es posible que no se elimine la publicación o que, igual que en el caso anterior, otra persona la descargue o la comparta.

Es por esto que, si bien Facebook brinda alternativas para eliminar dicha publicación, cuando efectivamente la misma sea eliminada, podrá ser muy tarde y el daño ya estará ocasionado, ya que es muy probable que la foto, aunque sea privada, haya sido divulgada en contravía de los derechos de la persona que allí aparece retratada, y cuando sea borrada del perfil del usuario que la publicó, la misma fue compartida por otro, o descargada por alguien y compartida en otra red social virtual, lo que conlleva una violación eminente de los derechos de intimidad y de imagen del sujeto retratado.

En el cuerpo de la política de datos de Facebook se expresa que la información podrá ser suministrada por las bases de datos de esta red social –donde se almacenan los datos de los usuarios– cuando se dé respuesta a una solicitud legal o de autoridad judicial. Así, si una autoridad judicial de Colombia requiere a Facebook con el fin de que le sea proporcionada una información sobre los datos personales de un usuario, o le solicite una exhibición de documentos, Facebook

² Denunciar, en los términos de Facebook.

puede compartir dicha información sin requerir autorización por parte del usuario, esto con base en las licencias que aquel le concedió a la plataforma al publicar imágenes o información, por lo que, en última instancia, Facebook tiene derechos sobre ellas, y es por esto que puede remitirlas a un operador jurídico.

Para contextualizar esto en el ámbito jurídico colombiano, ha de observarse lo regulado en los artículos 41 y 182 del CGP que establecen el procedimiento necesario que debe seguir un juez colombiano para desarrollar la práctica de la prueba en el exterior. Por lo que, teniendo Facebook su domicilio legal y principal en el Estado de California, es necesario mencionar esta normatividad, en atención a que, si se requiere, el juez colombiano podría mediante el debido seguimiento del artículo 41 del CGP enviar una carta rogatoria por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores, solicitándole a un operador jurídico en California ordenar a Facebook brindar una información, imagen o video contenido en sus bases de datos con el fin de corroborar un supuesto de hecho.

Por último, y no menos preocupante en la interacción que se establece con la plataforma de Facebook, está el hecho de que las publicaciones que suben los usuarios y que luego otras personas comparten, no se eliminan, salvo que dicha persona (quien compartió la publicación) suprima por propia voluntad la foto. Esto es, que si el usuario que inicialmente la compartió elimina su cuenta, dicha publicación no será borrada en atención a que otra persona la publicó, lo que puede ocasionar un sinfín de inconvenientes, entre ellos la pérdida de la autonomía en el manejo de la información que inicialmente fue publicada, ya que al subir una publicación se están concediendo licencias a Facebook para que dicha plataforma utilice la foto en caso de necesitarla.

Términos y condiciones de Facebook

Cuando se realiza el registro de la cuenta en Facebook como nuevo usuario, se están aceptando los términos y condiciones de dicha plataforma, que obligan a los usuarios a no participar en las conductas que se describen a continuación:

1. Publicar contenido que sea ilegal, engañoso, discriminatorio o fraudulento.
2. Publicar contenido que infrinja o vulnere los derechos de otras personas, incluidos los derechos de propiedad intelectual.

En este sentido, se puede concluir preliminarmente que no es posible para los usuarios postear publicaciones o información que vulnere los derechos a la intimidad y a la imagen propia de las personas, en atención a las reglas comunitarias de Facebook. Sin embargo, todos los días se presentan situaciones en las que, sin el permiso de las personas, se usa su imagen para publicarla en estas plataformas, haciendo un uso irresponsable del retrato de una persona con la consiguiente lesión a su derecho a la intimidad y a la imagen.

En el apartado de los términos y condiciones de Facebook en el que se habla de los derechos que una persona tiene sobre el contenido que comparte en la red social, se expresa que “para proporcionar nuestros servicios, debes concedernos algunos permisos legales conocidos como licencias” (2020, párr. 3).

Por lo que, como se menciona en la introducción del presente trabajo, cuando un usuario comparte, publica o sube contenido a Facebook le está concediendo el permiso para almacenarlo, copiarlo y compartirlo con otros. Adicional a lo anterior, se expresa que “cuando eliminas contenido, los demás usuarios dejan de verlo. Sin embargo, puede seguir existiendo en otras partes de nuestros sistemas” (2020, párr. 6).

Asimismo, en el cuerpo normativo de Facebook, en el apartado de disposiciones adicionales, se ve incurso una cláusula de limitación de la responsabilidad en la que expresamente se estipula:

[...] Nos esforzamos por proporcionar los mejores productos posibles y definir pautas claras para todos aquellos que los usen. No obstante, nuestros productos se proporcionan tal como están y no podemos garantizar que siempre serán seguros, nunca tendrán errores o funcionarán sin interrupciones, demoras o imperfecciones [...] No controlamos ni dirigimos lo que las personas u otros hacen o dicen, ni somos responsables por sus acciones o conductas (dentro o fuera de internet) ni por el contenido que comparten, incluido contenido ofensivo, inapropiado, obsceno, ilegal o cuestionable (2020, párr. 9) .

En conclusión, aunque en las reglas comunitarias de Facebook no se permita compartir contenido sobre el cual no se tenga autorización, o que violente derechos de las personas, es muy común que esto pase, en atención a que, como lo expresa la plataforma digital, no es posible hacer un control previo sobre las publicaciones que hacen los usuarios. El verdadero problema radica en que, desde el minuto uno en el que una persona comparte una foto, esta adquiere publicidad de manera masiva.

Publicaciones que pueden hacer los usuarios

En las condiciones de uso derivadas del contrato celebrado entre los usuarios y Facebook se establece que las personas pueden expresarse y dar a conocer su opinión desde la libertad, manifestando que los usuarios “son los propietarios de todo el contenido y la información que publican en Facebook” (2020, párr. 9). Sin embargo, antes de compartir contenido, la plataforma aconseja: “Asegúrate de que estás autorizado a hacerlo. Te pedimos que respetes los derechos de autor, las marcas comerciales y *otros derechos legales de las personas*” (2020, párr. 33; sin énfasis en el original).

A pesar de esto, y como ya se mencionó, esto solo se queda en una solicitud, ya que los usuarios no cumplen con dicha medida, y debido a que la plataforma es tan masiva, no se dan los controles necesarios, de modo que, cuando un solo usuario entre millones es el que reporta la publicación, esta no será eliminada de manera automática.

Así, mientras se lleva a cabo el reporte, este se estudia y Facebook llega a una conclusión, ya la foto fue descargada por un tercero o compartida por este, por lo que efectuar un reporte de una publicación termina sin tener sentido alguno en la óptica de las redes sociales virtuales, ya que desde el momento en que la foto se subió a la plataforma, esta fue divulgada y mientras la persona retratada la ve, la reporta, y Facebook la elimina, muchas personas la habrán visto, por lo cual dicha imagen adquiere mucha publicidad, lo que lesiona el derecho a la intimidad y a la imagen de la persona retratada.

De igual manera sucede con las personas que no son usuarias de Facebook y que en ningún momento aceptaron someterse a los términos y condiciones de la plataforma. Ellas no pueden reportar la foto y seguir el proceso habitual, sino que, por el contrario, deben enviar una solicitud a Facebook a través de los medios destinados para esto, comunicándole que sus derechos han sido violentados y que retire la foto de la plataforma.

Como se explicó con anterioridad, el caso será estudiado y cuando la foto sea eliminada, no habrá una protección real, ya que pudo ser compartida o descargada por un tercero y seguir con dicho contenido en circulación y divulgación masiva, lo que perpetúa en el tiempo la latente vulneración a los derechos, bajo la lógica de las redes sociales virtuales.

Privacidad

En términos de privacidad, la plataforma advierte que “Nos comprometemos a proteger la información y la privacidad de las personas. Gracias a la privacidad, las personas tienen la libertad de ser quienes son, de elegir cómo y cuándo compartir contenido en Facebook” (2020, párr. 9). Si bien es cierto, que cuando una persona decide compartir una imagen o información personal en esta red social, está renunciando implícitamente a su derecho de que dicha información permanezca privada, está decidiendo de manera voluntaria conceder a Facebook una licencia de uso sobre lo publicado, conociendo que por esta licencia otras personas pueden compartir o descargar la información.

Sin embargo, esto no sucede cuando el mismo sujeto publica una foto suya y de otra persona a la que no le solicitó la autorización para hacerlo, consiguientemente tras la publicación, la imagen se vuelve de público conocimiento, sin que así lo haya autorizado o incluso conocido la persona allí retratada. Siendo con esto, forzada a renunciar a la privacidad de su imagen, ya que, como se mencionó, desde el primer momento que la foto está en línea, la misma adquiere publicidad, por lo que incluso, antes de que la persona afectada se dé cuenta, otro usuario ya pudo compartirla o incluso peor, descargarla. Y aunque en principio dicha conducta está prohibida a los usuarios, los mismos lo hacen indiscriminadamente, ya que los controles sobre esto son prácticamente nulos, quedando así la privacidad de las personas pendiendo de un hilo.

CAPÍTULO 2

Derechos fundamentales

El concepto de derecho fundamental se define según la teoría que se acoja, en este caso se acogerá la teoría del derecho que expone el autor Luigi Ferrajoli como “derechos que están adscritos universalmente a todos en cuanto personas [...] y que son por tanto indisponibles e inalienables” (p. 117). En este sentido se puede expresar que los derechos fundamentales son todas aquellas libertades que facultan a las personas, inherentes a la calidad misma de ser persona. Los derechos fundamentales pueden estar contenidos en un cuerpo normativo que les da el carácter de constitucional, como la Constitución Política de Colombia, o no estarlo y seguir teniendo carácter de *ius* fundamental, como es el caso de los derechos consagrados en el Bloque de Constitucionalidad en sentido amplio.

Por otro lado, autores como Robert Alexy (1993) y Carlos Bernal Pulido (2005) exponen la estructura de los derechos fundamentales como un todo –en sentido amplio–, estableciendo que el derecho fundamental se puede expresar como un “haz de posiciones y normas vinculadas interpretativamente a una disposición de derecho fundamental” (Alexy, 1993, p. 78), lo que significa que los derechos fundamentales (bajo el término nombrado por los autores) como “haz de posiciones” son aquellos derechos que se encuentran tipificados en los enunciados normativos de la Constitución. Asimismo bajo el contenido comprendido dentro del término de las “normas”, como el alcance prescriptivo que se le da al “haz de posiciones” –es decir, a los derechos tipificados en la Constitución–. Y por último bajo las “disposiciones”, o como lo denomina Bernal Pulido “derecho fundamental en sentido estricto” que comprende las relaciones jurídicas entre individuos, en la cual se tiene por objeto un derecho fundamental, que faculta al Estado proteccionista, lo que se traduce en que los derechos fundamentales en sentido estricto, son aquellos que se presentan, o que son objeto de las relaciones entre sujetos y que por su carácter de fundamentales, poseen la facultad de ser protegidos por el Estado.

Derecho a la intimidad

En este acápite se comprenderá la definición del derecho a la intimidad, así mismo su fundamentación normativa, para pasar a delimitar la esfera de acción del derecho, esto es,

determinar cuales son sus límites. Analizando con esto, el carácter de fundamental y sobre todo llegando a concluir que no es un derecho absoluto a pesar de su rango constitucional.

El derecho a la intimidad se puede definir como el derecho que tienen todas las personas por el hecho de serlo, a tener una órbita de privacidad, esto es, a poseer datos, información y aspectos de su vida íntima en su fuero personalísimo, lo que significa, que es un derecho a decidir los aspectos de la vida que se quieren compartir con las demás personas y los aspectos que no.

Para traer a colación una definición conceptual del derecho a la intimidad, la RAE (2005), define la intimidad como la zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia” siendo esto así cabe resaltar como bien lo hizo la Corte Constitucional en la Sentencia T-530 de 1992 que el derecho a la intimidad es:

[...] El espacio intangible, inmune a las intromisiones externas, del que se deduce un derecho a no ser forzado a escuchar o a ser lo que no desea escuchar o ver, así como un derecho a no ser escuchado o visto cuando no se desea ser escuchado o visto.

Fundamento del derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad se encuentra consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política de Colombia, que lo define como el derecho que tienen todas las personas a su intimidad personal y familiar, expresando además, que el Estado debe respetarlo y hacerlo respetar. A su vez la jurisprudencia de la Corte Constitucional desde 1992 ha establecido que todos los individuos cuentan con una esfera de su vida privada que no es susceptible a la injerencia arbitraria de los demás o del Estado mismo, por lo que es un derecho que encuentra su fundamento en la libertad del ser humano. Para un Estado Social de Derecho como lo es Colombia, respetar este derecho es uno de sus pilares fundamentales, ya que como bien dice la Corte Constitucional en la Sentencia C-640 de 2010 el derecho a la intimidad es el derecho a poder actuar libremente en ejercicio de la libertad personal, sin que esto obedezca a invasiones por parte de terceros, ya que el derecho protege las actuaciones o información de estricta relevancia personal.

Lo que busca este derecho, es la protección de aquella información o situaciones que solo atañen a la vida privada del individuo, tal y como lo explica la Sentencia SU-089 de 1995 al dilucidar aspectos, como la salud, los hábitos o inclinaciones sexuales, el origen familiar o racial, los convicciones políticas y religiosas son de exclusiva incumbencia del individuo y que en

consecuencia nadie puede de manera arbitraria coaccionarlo a revelar dicha información. La sentencia citada establece además que el amparo cubre la esfera familiar del individuo, es decir:

[...] Lo que acontece en el seno de la familia, que no rebasa el ámbito doméstico. Es por esto que nadie extraño al individuo, o en su caso, al núcleo familiar tiene la prerrogativa de conocer cómo acontece la vida familiar dentro del hogar.

Siendo esto así, es necesario expresar que hay unos hechos o situaciones que evidentemente hacen parte de la esfera privada de la vida de un individuo y que este no desearía compartir, como son los aspectos concernientes a su vida sexual y amorosa, así como comportamientos del sujeto que terceras personas no conozcan, haciendo énfasis en aquellos en los que el sujeto particularmente se sentiría avergonzado de que se hicieran de conocimiento por extraños, configurando esto, el carácter de subjetividad de la intimidad. Por lo cual lo que termina siendo realmente relevante es la posición que tenga un sujeto particular respecto a su información, es decir, el deseo de éste, de que la misma sea conocida o no.

Regulación al derecho a la intimidad

Como se mencionó en el apartado anterior el derecho a la intimidad tiene rango de constitucionalidad y por esto, cuenta con una regulación en el cuerpo de la Constitución Política de Colombia, además de ser ampliamente regulado y delimitado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de la CSJ, y del Consejo de Estado (esta última no será analizada en el presente trabajo ya que no se circunscribe al objeto de estudio) así también por la doctrina nacional.

En este apartado se analizarán algunas sentencias de la Corte Constitucional quien es por excelencia la encargada de dilucidar y proteger la Constitución Política de Colombia, y así también la CSJ ya que la misma relaciona el derecho a la intimidad en el ámbito civil que es el que nos compete en el presente trabajo de investigación. Lo que se pretende es, en estricto sentido, definir el derecho a la intimidad y fijar un alcance de su contenido.

Como bien se establece en la Sentencia SU-056 de 1995 emitida por la Corte Constitucional:

[...] El derecho a la intimidad hace referencia al ámbito personalísimo de cada individuo o familia, es decir, a aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones que normalmente están sustraídos a la injerencia o al conocimiento de extraños. Lo íntimo, lo realmente privado y personalísimo de las personas es, como lo ha señalado en múltiples oportunidades esta Corte, un derecho fundamental del ser humano, y debe mantener esa condición, es decir, pertenecer a una esfera o a un ámbito reservado, no conocido, no sabido, no promulgado, a menos que los hechos o

circunstancias relevantes concernientes a dicha intimidad sean conocidos por terceros por voluntad del titular del derecho o por que han trascendido al dominio de la opinión pública.

Al respecto la Sentencia con radicado 4577-2021 emitida por la Sala Civil de la CSJ con magistrada ponente Hilda Gonzalez Neira permite ejemplificar una de las situaciones en las que se puede ver con claridad la presencia de una intromisión por un tercero a la intimidad de una persona. Siendo esto así, la sentencia expresa la necesidad de analizar la reserva del lugar en el que se encuentre el sujeto, esto es, de la calidad de privado con la que cuente el recinto en donde se encuentre la persona que goza del derecho. Partiendo de la base del supuesto fáctico de la sentencia, y tomando como ejemplo el domicilio de una persona, que por excelencia es el lugar en el que un individuo decide desarrollar íntegramente su vida sin injerencias de terceros ajenos a él.

La Sentencia C-505 de 1999 nos brinda una definición del domicilio para efectos constitucionales como el conjunto de lugares que “comprende, además de los lugares de habitación, trabajo, estudio, todos aquellos espacios o recintos aislados en los que la persona normal y legítimamente pretenda desarrollar su propia vida privada, separada de los terceros y sin su presencia”. Por lo que se puede entender que el derecho a la intimidad además de tener como objeto la información que el sujeto no quiere que los terceros conozcan y que tiene como reservada, tiene también las situaciones fácticas que el sujeto afronte dentro de su vivienda, trabajo, recinto, o aquellos lugares en los que se sienta seguro y que cuenten con privacidad.

Adicional a lo anterior, la sentencia precitada establece que el derecho a la intimidad involucra aspectos diversos de la persona humana, que van desde el derecho a la proyección de la propia imagen hasta la reserva de espacios privados, adicionales al domicilio del individuo, en los que éste desarrolla actividades que sólo conciernen a sus intereses.

La Sala Civil de la CSJ en la sentencia precitada, concuerda con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ya que al respecto expresa que

[...] Las grabaciones de imagen o de voz realizadas en ámbitos privados de la persona, con destino a ser publicadas o sin ese propósito, *constituyen violación del derecho a la intimidad personal*, si las mismas no han sido autorizadas directamente por el titular del derecho y, además, en caso extremo, si no han sido autorizadas expresa y previamente por autoridad judicial competente. El resultado de la recolección de la imagen o la voz sin la debida autorización del titular implica, sin más, el quebrantamiento de su órbita de privacidad [sin énfasis en el original].

La Sentencia T-276 de 2015 emitida por la Corte Constitucional frente al alcance de la prerrogativa a la intimidad, determinó que la misma se puede proyectar en dos dimensiones; “de una parte, como restricción en la divulgación de asuntos que conciernen a la vida privada de la persona o su familia y, de otra, como posibilidad de determinar un amplio rango de materias que pertenecen al entorno exclusivo de los mismos”. Adicional a lo anterior, la Corte expresa que la graduación del derecho a la intimidad o su alcance se puede medir bajo unos parámetros, esto es, en palabras de la Corte, “el grado de intensidad de protección del derecho a la intimidad varía de acuerdo con el ámbito protegido y el carácter público o privado en que tenga lugar una determinada conducta”. Por lo que, en principio, y tomando como referencia el domicilio de una persona, bajo la premisa de que un tercero realiza la recolección de datos de voz, video, o imagen del sujeto sin conocimiento y/o consentimiento de quien es retratado, está afectando tajantemente su derecho a la intimidad, “a menos que se cuente con orden de autoridad judicial competente”.

Por último se hará referencia a la Sentencia T-787 de 2004 que señala la definición de lo privado, expresando que el concepto de privacidad:

[...] Corresponde a los asuntos que en principio tocan exclusivamente con los intereses propios y específicos de la persona humana, sin que afecten o se refieran a los demás miembros de la colectividad; razón por la cual, sobre estos asuntos la sociedad, a través del ordenamiento jurídico, no le exige o le impone a las personas el deber de informar o comunicar.

Desde esta perspectiva, es posible determinar que dentro de la esfera privada del individuo, se encuentra todo aquello que el ordenamiento jurídico no considera de relevancia pública, lo que cobra sentido, ya que como se mencionó anteriormente las únicas intromisiones al derecho fundamental, son aquellas que están legítimamente fundamentadas tras una orden judicial. Esta sentencia a su vez señala que

[...] El derecho a la intimidad implica la facultad de exigir de los demás el respeto de un ámbito exclusivo que incumbe solamente al individuo, que es resguardo de sus posesiones privadas, de sus propios gustos y de aquellas conductas o actitudes personalísimas que no está dispuesto a exhibir, y en el que no caben legítimamente las intromisiones externas.

En conclusión, tras un análisis de las posiciones de ambas Cortes, es claro que el derecho a la intimidad es un derecho fundamental inherente a la calidad de persona de todos los individuos, que a pesar de ser una de las libertades más importantes, puede ser parcial, esto es, que la persona titular del derecho puede disponer de su derecho como lo desee, siempre y cuando no entre a divulgar información fuera de su ámbito de intimidad (es decir información privada de un tercero).

Por lo que, a pesar de ser un derecho indisponible a terceras personas, cuando se está dentro de un espacio que cuente con privacidad, si tiene un rango de disponibilidad por su titular, quien puede decir libremente si comparte su información, dándole un carácter de pública. Lo que corresponde claramente al ejemplo del sujeto que decide subir o postear su información privada en una red social, dándole un carácter de pública a información que antes era privada.

Excepciones o límites al derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad como cualquier otro derecho sigue el principio general del derecho que establece que los derechos terminan cuando se chocan con el derecho de un tercera persona, es decir, el derecho a la intimidad es garantizado siempre y cuando no choque con otro derecho del mismo rango que sea bajo un juicio de proporcionalidad de mayor relevancia de protección, un ejemplo de esto es, cuando el derecho a la intimidad va en contraposición del interés general, puesto que éste prima sobre el interés particular del sujeto de mantener un ámbito de su vida privado.

Por lo que es claro que, como todos los derechos, la intimidad tiene límites admisibles o legítimos, en los cuales el Estado se puede entrometer, con el fin de proteger situaciones que se vean comprometiendo el ordenamiento jurídico y que por lo tanto sean de interés general o público, la Corte Constitucional expresó en la Sentencia C-640 de 2010 que

ese espacio personal y ontológico, sólo puede ser objeto de limitaciones o de interferencias en guarda de un según los mandatos de la ley o de la Constitución, puede ser obtenida y ofrecida sin reserva alguna y sin importar si la misma sea información general, privada o personal. La información semiprivada, será aquella que por versar sobre información personal o impersonal, presenta para su acceso y conocimiento un grado mínimo de limitación. La información privada, será aquella que por versar sobre información personal o no, y que por encontrarse en un ámbito privado, sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Finalmente, encontramos la información reservada, que por versar igualmente sobre información personal y sobre todo por su estrecha relación con los derechos fundamentales del titular –dignidad, intimidad y libertad– se encuentra reservada a su órbita verdadero interés general que responda a los presupuestos establecidos por el artículo 1 de la Constitución.

El citado artículo 1 de la Constitución Política de Colombia establece que “Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”. Por lo que siendo la dignidad humana, y el interés general los

principios fundadores y rectores del Estado colombiano, los mismos prevalecen sobre el derecho a la intimidad, ya que bajo esta premisa serían injerencias legítimas.

La Corte ha hecho énfasis en los límites admisibles al derecho a la intimidad, que son aquellos que emanan del interés público constitucionalmente legítimo, por lo que bajo este supuesto, el ordenamiento jurídico, permite graduar los niveles válidos de intromisión en la intimidad, según la naturaleza de la información. En la Sentencia T-729 de 2002, se estableció que la información se puede clasificar de manera cualitativa, y que según su clasificación admite o no una intromisión por parte del Estado, todo en circunscripción del carácter de publicidad que tenga la información comprometida, esto es:

[...] La información pública o de dominio público, la información semi-privada, la información privada y la información reservada o secreta. Así, la información pública, calificada como tal exclusiva y no puede siquiera ser obtenida ni ofrecida por autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones.

Es por esto que para hablar del alcance al derecho a la intimidad es clave entender que sobre el mismo operan ciertas excepciones o límites donde el Estado podrá intervenir. Para esto, adicional a todo lo anterior, es necesario estudiar los cinco principios de creación jurisprudencial mencionados en Sentencias como T-729 de 2002, T-787 de 2004., y C-640 de 2010; entre otras, que son la base del derecho a la intimidad en estricto sentido, como son, i. El principio de la libertad; ii. El principio de finalidad; iii. El principio de necesidad; iv. El principio de veracidad y; vi. El principio de integridad.

En primer lugar, el principio de libertad acarrea la facultad de decisión que tiene una persona de que los datos suyos sean conocidos por una tercera persona, dicha decisión es inalienable, lo que quiere decir que solo será revelada la información bajo el consentimiento de su propietario, el cual puede ser tácito o expreso. En segundo lugar, la Corte habla del principio de finalidad que consagra que la única forma válida de obligar a una persona a revelar información íntima suya, es que exista un mandato de rango constitucional que a su vez sea legítimo, es decir, que justifique la revelación de dicha información, asimilando esto con el principio de primacía del interés general sobre el particular.

El principio de necesidad es un principio auxiliar o complementario al de finalidad ya que busca que la información que se deba revelar por un fin constitucionalmente legítimo no exceda el

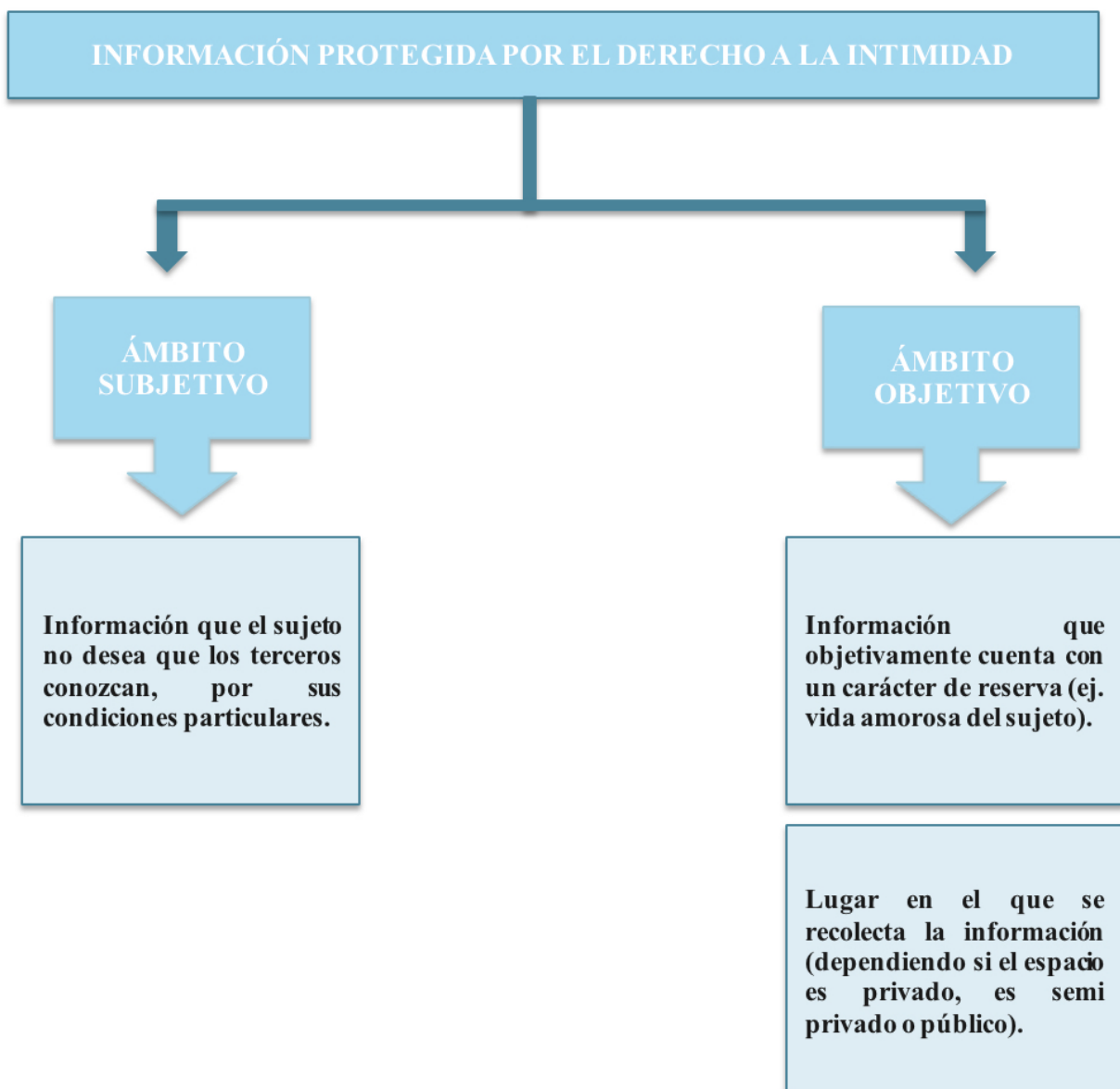
objetivo de revelación, es decir que si se debe revelar algo sobre un asunto íntimo de un sujeto, solo se revele lo que sea estrictamente necesario, y no más. Como consecuencia directa de esto, surge el principio de veracidad, que establece que la información que se deba revelar debe ser veraz, por lo que no se podrá revelar información errónea, equívoca, o falsa. En último lugar el principio de integridad que se puede explicar como la imposibilidad de que la revelación sea fraccionada, esto es, se debe revelar la información completa impidiendo con esto que se revelen datos, parciales incompletos o fraccionados.

Los principios jurisprudenciales que se mencionaron buscan garantizar el cumplimiento del derecho a la intimidad, y así mismo delimitar los supuestos que se deben presentar para que el derecho a la intimidad se pueda ver limitado, un ejemplo de esto, y tomando como referencia el principio de necesidad, es que las personas son libres de renunciar parcialmente a su derecho, cuando deciden hacer de conocimiento público a través de las redes sociales, información o datos que otra persona no publicaría. Por lo que en palabras de la Corte Constitucional en Sentencias T-552 de 1997 y T-044 de 2013 “Puede decirse que el derecho a la intimidad es un derecho disponible. Ciertas personas, según su criterio, pueden hacer públicas conductas que otros optarían por mantener reservadas.” Lo que demuestra aún más la libertad de actuar de las personas frente a su intimidad.

Como conclusión de este acápite, es posible expresar que el derecho a la intimidad tiene un rango de fundamental y constitucional, que busca proteger aquella información del sujeto que tiene un carácter de reservada. Dicho carácter se puede ver comprendido de dos formas, desde la subjetividad, entendida como aquella información que por su carácter de personal, un sujeto en particular no quiere que sea conocida, ya que en su caso particular afectaría su imagen y desarrollo integral dentro de su círculo social. Y un carácter de objetividad, que comprende a su vez dos supuestos fácticos, como son, el carácter de privacidad que tenga la información, esto es, si la información como objeto, es de acceso público (datos compartidos en redes sociales) o semiprivada (datos personales compartidos con sujetos limitados, es decir, no accesible a todas las personas) o la información estrictamente privada, que no se comparte o de la que terceras personas no tienen conocimiento (como las conductas que realiza un sujeto cuando está sin compañía, dentro su fuero personalísimo). Y por último dentro del ámbito objetivo de la intimidad, podemos encontrar el lugar del cual es extraída la información, por lo cual hay que analizar el lugar en donde

fue recogida la información, o en el caso en particular, fotografiado el sujeto, ya que esto tendrá relevancia a la hora de analizar si el derecho a la intimidad fue vulnerado, esto en atención a los ámbitos de protección del derecho en lugares públicos, semiprivados y privados como es el ejemplo del domicilio, o aquellos lugares en los que un sujeto decida desarrollar íntegramente su vida sin injerencias de terceros.

Lo anterior se puede detallar en el siguiente gráfico, que busca especificar los criterios utilizados para definir que la información quede protegida por el derecho a la intimidad.



Derecho a la prueba

En este acápite se comprenderá la definición del derecho a la prueba, así mismo su fundamentación y regulación normativa, para pasar a delimitar la esfera de acción del derecho, esto es, determinar cuales son sus límites. Analizando con esto el carácter de fundamental y sobre todo llegando a concluir que no es un derecho absoluto a pesar de su rango constitucional.

El derecho a la prueba se puede definir como el derecho que tienen todas las personas por el hecho de serlo, a tener la posibilidad de probar la existencia de un hecho ante un juez, esto es, un derecho con el que cuentan las personas intervinientes o futuros intervinientes de un proceso judicial que buscan soportar los supuestos de hecho que fundamentan la pretensión o la oposición a esta, para lograr una convicción del juez, y así alcanzar sus intereses jurídicos perseguidos, en el conflicto intersubjetivo de intereses .

Para traer a colación una definición conceptual del derecho a probar, la RAE define la prueba como “la razón, argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo” bajo este entendido es posible definir el derecho a la prueba como, la facultad que tienen los sujetos dentro de un proceso judicial, de intentar generar un convencimiento al juez de la ocurrencia de un hecho mediante un instrumento o material probatorio.

Tal y como lo expresa Devis Echandía en su libro *Teoría general de la prueba judicial* (1970) las pruebas son actos jurídicos que sirven como instrumento que se utiliza “para obtener el convencimiento del juzgador sobre la existencia o inexistencia de las características de los hechos sobre los cuales debe proferir su decisión” (p. 19). Sin embargo, es necesario hacer una aclaración y es que, por sí mismo, el derecho a la prueba no es el derecho que como correlativo le impone al juez el deber de estar convencido o dar por probado los hechos soportados en el material probatorio aportado al proceso. sino por el contrario, el derecho a la prueba es el derecho que tienen las personas a aportar o solicitar el decreto de pruebas en el proceso judicial, y que como correlativo le asigna el deber al juez de analizarlas y en caso de ser admisibles tenerlas en cuenta en su proceso de fallo.

Es decir, el derecho a probar es la facultad que según Devis, (2002) tienen las personas de “aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el

convencimiento o la certeza sobre los hechos respecto de los cuales debe proferir su decisión, obtenidos por los medios, procedimientos y sistemas de valoración que la ley autoriza. (p. 34).

Fundamento del derecho a la prueba

El derecho a la prueba se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, que lo define como el derecho que tienen todas las personas de presentar pruebas dentro de un proceso judicial. A su vez la jurisprudencia de la Corte Constitucional desde 1994 ha reconocido el derecho a la prueba como fundamental constitucional, un claro ejemplo de esto es la Sentencia T-442 de 1994, donde se establece que si un juez no valora debidamente las pruebas que se aportan y son admisibles dentro del proceso, incurrirá en un vía de hecho por contrariar el derecho a la prueba consagrado en la Constitución Política.

Ahora bien, el derecho a la prueba nace “como una de las barreras más potentes ante la arbitrariedad y autoritarismo del Estado. Se plantea que esta figura del derecho a probar, se estableció en ese contexto como una respuesta a diversos problemas políticos vividos en la época que afectaban derechos y garantías procesales de los ciudadanos” (Restrepo, 2015, p. 3). En otras palabras, el nacimiento del derecho a la prueba de las personas se da con la Constitución Política de 1991, con el fin de finalizar la arbitrariedad de decisión del Estado, buscando que mediante instrumentos probatorios autorizados en la Ley, se llevara al juez director del proceso a un convencimiento para que este fallara conforme al material probatorio o evidencia, configurando con esto un medio para la consecución o materialización de los derechos subjetivos comprendidos dentro del proceso judicial. Por lo que es posible expresar que el poder constituyente pensó en el derecho a la prueba como una manifestación directa a la dignidad humana, materializando con esto el debido proceso y así también el derecho de defensa de los intervinientes en un proceso.

Bien sostiene la Corte Constitucional en la Sentencia T-555 de 1999 que el juez cuenta con un deber derivado del derecho a la prueba que se puede entender como la obligación de “practicar la integridad de las pruebas que hayan sido solicitadas por el procesado y decretadas por el juez” expresando que esto “hace parte del debido proceso y que el derecho fundamental resulta vulnerado cuando la autoridad judicial obra en sentido diferente”. Siendo esto así y buscando garantizar el derecho fundamental de defensa, la Corte en la sentencia citada, establece que hay una doble protección, en el entendido que garantizando el derecho de defensa también se garantiza

el derecho a la prueba, dando la posibilidad a la contraparte de “controvertir las pruebas que se alleguen en su contra y a presentar y solicitar aquellas que se opongan a las pretensiones”.

Adicional a lo anterior y como fundamento de la relación habida entre el derecho a la prueba, el debido proceso y el derecho de defensa como consecuencia directa de garantizar la dignidad humana, la Sentencia T-171 de 2006 señala que “el derecho a la prueba constituye uno de los principales ingredientes del debido proceso, así como del derecho al acceso a la administración de justicia y el más importante vehículo para alcanzar la verdad en una investigación judicial”.

Siendo esto así, es necesario expresar que lo que busca el derecho a la prueba en estricto sentido como derecho instrumental para materializar derechos o intereses subjetivos, es servir a los individuos que se encuentren en un proceso judicial, generándoles las posibilidad de convencer al juez que fallará el conflicto intersubjetivo de intereses, quedando como consecuencia última la posibilidad de materializar los demás derechos subjetivos en el marco de un proceso judicial, generando con esto garantías para el cumplimiento del debido proceso y desarrollando la dignidad humana como fin último de un Estado Social de Derecho como es Colombia, permitiendo a los jueces fallar con base al material probatorio y no a decisiones carentes de un criterio jurídico.

Regulación del derecho a la prueba

Como se mencionó en el apartado anterior el derecho a la prueba tiene rango de constitucional y por esto, cuenta con una regulación en el cuerpo de la Constitución Política de Colombia, además de ser ampliamente regulado por los ordenamientos o códigos procesales y delimitado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de la CSJ, y del Consejo de Estado (esta última no será analizada en el presente trabajo ya que no se circunscribe al objeto de estudio) así también por la doctrina nacional.

En este apartado se analizarán algunas sentencias de la Corte Constitucional quien es por excelencia la encargada de dilucidar y proteger la Constitución Política de Colombia, y así también sentencias de la Sala Civil de la CSJ ya que la misma relaciona el derecho a la suprema en el ámbito civil que es el que nos compete en el presente trabajo de investigación. Lo que se pretende es, en estricto sentido, dilucidar el derecho a la prueba y fijar un alcance de su contenido.

Uno de los tópicos relevantes que se desprende del derecho a la prueba, es el cuestionarte de si el mismo es un derecho autónomo, o si por el contrario, como se mencionó anteriormente es un

derecho que se desprende del debido proceso como un fin de este. La jurisprudencia de la Corte Constitucional en Sentencias como la C-038 de 1996, C-880 de 2005; entre otras, establecían el derecho a la prueba como fin del debido proceso, es decir, lo reconocían como un derecho fundamental instrumental, para materializar el debido proceso. Dichas sentencias expresan que

El derecho a la prueba se define como “una pretensión pública subjetiva que integra el derecho al debido proceso es la de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra” (C-038 de 1996).

Adicional a esto señalan que los principios del derecho a la prueba hacen parte integra del debido proceso, estableciendo que

[...] El alcance de los principios de publicidad y contradicción de la prueba hacen parte integrante del debido proceso civil. [...] Ninguna duda ofrece el hecho de que las garantías que integran el debido proceso, tales como publicidad de las actuaciones y la contradicción de la prueba, son de inexcusable observancia en todas las actuaciones sean ellas de naturaleza judicial (C- 880 de 2005).

Sin embargo la posición actual de la Corte Constitucional es que el derecho a la prueba es un derecho fundamental constitucional autónomo, posición que se deriva de Sentencias C-034 de 2014, C- 496 de 2015 en las que se expresa que “la Corte Constitucional ha reconocido que el derecho a presentar pruebas tiene un carácter fundamental autónomo, a la vez que una de las garantías del más amplio derecho al debido proceso”.

Ahora bien, tras entender el carácter de constitucional fundamental del derecho a la prueba, y de expresar que es un derecho autónomo es necesario comprender el alcance de dicho derecho, siendo esto así, se trae a colación la Sentencia C-1270 de 2000 que sintetiza las principales garantías que se desprenden del derecho a la prueba, como son:

[...] i) el derecho para presentarlas y solicitarlas; ii) el derecho para controvertir las pruebas que se presenten en su contra; iii) el derecho a la publicidad de la prueba, pues de esta manera se asegura el derecho de contradicción; iv) el derecho a la regularidad de la prueba, esto es, observando las reglas del debido proceso, siendo nula de pleno derecho la obtenida con violación de éste; v) el derecho a que de oficio se practiquen las pruebas que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos; y vi) el derecho a que se evalúen por el juzgador las pruebas incorporadas al proceso.

Por lo que es posible definir dicho conjunto de garantías como un procedimiento probatorio sucesivo y coordinado que busca en última instancia proteger el derecho constitucional fundamental de la prueba de los intervinientes del proceso judicial.

De manera breve se pasará a analizar los derechos o garantías derivadas del derecho de la prueba, para lograr un entendimiento de su alcance. En primera instancia las partes que intervienen en el proceso judicial, como se ha mencionado a lo largo de este capítulo, tienen el derecho de aportar material probatorio al proceso solicitándole al juez, que decrete e incorpore las pruebas al proceso judicial, tras su respectivo estudio de admisibilidad. En segundo lugar y como manifestación directa del derecho de defensa y del principio de publicidad, cuando el juez admite pruebas, se da traslado a la contraparte para que conozca las pruebas admitidas y pueda de igual manera aportar pruebas que controviertan los hechos afirmados. En tercera instancia, las partes tienen conocimiento sobre cuáles son los parámetros claros sobre los cuales se estudiará la admisibilidad y la posibilidad de incorporar la prueba al proceso, esto es, la pertinencia, utilidad, conducencia, legalidad, y licitud. En cuarto lugar surge la garantía de que el juez de oficio puede practicar las pruebas que no hayan sido pedido por las partes, con el fin de que se materialicen los derechos perseguidos. En último lugar y no menos importante surge la garantía, que materializa el derecho a la prueba, esto es, que el juez debe valorar las pruebas que fueron debidamente incorporadas en el proceso, para fallar conforme a ellas.

Adicional a lo anterior la Corte Constitucional en la Sentencia precitada C-1270 de 2000 expresa que “resulta razonable que el legislador haya determinado unas oportunidades dentro del proceso en donde las partes puedan presentar y solicitar pruebas, y el juez, pronunciarse sobre su admisibilidad y procedencia, e incluso para ordenarlas oficiosamente y, además, valorarlas”. Por lo que al momento de analizar el derecho a la prueba es necesario comprender que el mismo se ve materializado en todas las etapas independientes e interconectadas del procedimiento probatorio.

Relación del derecho a la prueba y a la tutela judicial efectiva

En este apartado se hará una breve relación de concordancia entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la prueba, denotando con esto la importancia del último dentro del proceso judicial. El artículo 229 de la Constitución Política de Colombia, contempla de el derecho fundamental constitucional del acceso a la justicia que a su vez garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva, el cual comprende la posibilidad de los individuos de acudir ante la administración de justicia y presentar un conflicto intersubjetivo de intereses para sea resuelto por el juez con base en derecho.

A su vez la Corte Constitucional en Sentencia C-279 de 2013, relaciona el derecho de acceso a la justicia con el derecho a la tutela judicial efectiva, disponiendo que

[...] El derecho a la administración de justicia también llamado derecho a la tutela judicial efectiva se ha definido como la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces, para propugnar por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes. Este derecho constituye un pilar fundamental del Estado Social de Derecho.

Ahora bien respecto a la materialización del derecho de acceso a la administración de justicia y por ende a la tutela judicial efectiva, dicha Corporación ha recalcado que “el derecho a la administración de justicia no es una garantía abstracta, sino que tiene efectos y condiciones concretas en los procesos” una de las condiciones necesarias señaladas para la concreción de los derechos es que las personas puedan “contar con la posibilidad de obtener la prueba necesaria a la fundamentación de las peticiones que se eleven ante el juez”. Dicha posición fue establecida en la Sentencia T-240 de 2002 y recalcada en la Sentencia C-279 de 2013.

Analizando las posiciones de la Corte Constitucional, es posible concluir que existe una relación tajante entre el derecho de tutela judicial efectiva y el derecho a la prueba, en el entendido que este último permite materializar el primero, ya que los intervinientes en el proceso deben contar con la posibilidad de fundamentar la ocurrencia de los hechos que alegan mediante las pruebas, pues si no fuera así el juez fallaría según su creencia y no conforme a la verdad allegada al proceso mediante el soporte probatorio, volviendo así a la arbitrariedad de fallos del pasado y desmaterializando el Estado Social de Derecho y el avance de garantías creadas por el poder constituyente en 1991.

Siendo esto así y para cerrar el apartado es necesario entonces relacionar que el derecho a la prueba permite cumplir con la materialización de demás derechos fundamentales, como son la tutela judicial efectiva, el derecho de defensa el debido proceso, y sobre todo la dignidad humana, siendo entonces un derecho de primera importancia en el marco procesal de Colombia.

Posibilidad de usar una foto de Facebook como prueba

Al respecto es menester iniciar el acápite mencionando que las fotos están comprendidas dentro de lo que la Ley 1564 de 2011 más conocida como el CGP contempla como documentos, más específicamente en su artículo 243 expresa que

[...] Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.

Siendo esto así, es posible expresar que la fotografía es un objeto mueble que permite representar a las personas fotografiadas sin duda alguna de que son quienes se retratan, y que según el CGP son documentos.

Asimismo el artículo 245 consagra la posibilidad de que al proceso judicial se aporten como pruebas, estableciendo que “los documentos se aportarán al proceso en original o en copia”. Por lo que una primera conclusión sería que las fotografías efectivamente se pueden aportar como prueba a un proceso, en su original o en copia, ya que tendrán el mismo valor probatorio, pues así lo consagra el artículo 246.

La Ley 527 de 1999 es emitida con el fin de regular el uso de los mensajes de datos, esto es, de toda aquella información que esté almacenada, comunicada, compartida o reproducida en medios electrónicos, el artículo 10 de la Ley citada establece que “ los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba, [...] no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos”.

Ahora bien, respecto de la posibilidad de usar una foto publicada en facebook como red social hay que precisar, que la misma se aportaría al proceso mediante una captura de pantalla, es decir, la reproducción física o virtual de la foto, tomada mediante un dispositivo electrónico, que pretende fundamentar que un hecho sucedió, así mismo relacionar el contenido con una ubicación espacio/temporal. La reciente Sentencia T-043 de 2020 emitida por la Corte Constitucional, establece entre otras cosas, que los pantallazos son documentos que efectivamente se pueden aportar a un proceso judicial y se deben valorar por el juez, la sentencia es controversial sobre el valor probatorio de los mismos, puesto que la sentencia le da un valor a los pantallazos, de prueba indiciaria, esto es, le resta valor probatorio a dichos documentos, fundamentándolo en la alta posibilidad de que su contenido sea alterado. Sin embargo de manera muy acertada, el magistrado Alberto Rojas Ríos aclara el contenido de su voto, expresando que no está de acuerdo con la premisa argüida por la Corte Constitucional ya que “los mensajes de datos deben ser valorados, como se indicó anteriormente, conforme a las reglas generales de los documentos, cabe señalar

que, si bien los pantallazos [...] no son un documento original, los mismos se presumen auténticos, según lo dispone el artículo 246 del Código General del Proceso”. Siendo esto así, y con toda la normatividad mencionada a lo largo del acápite, me permito concluir que los documentos electrónicos, o más específicamente los pantallazos sí pueden ser incorporados como prueba al proceso judicial y deberán tener igual valor probatorio, puesto que siguen las reglas generales de los documentos.

Analizado todo lo anterior y para cerrar este apartado, se concluye que la captura de pantalla de una publicación fotográfica extraída de Facebook efectivamente puede ser aportada a un proceso judicial como prueba de un supuesto fáctico y la misma deberá ser valorada por el juez, so pena de incurrir en vía de hecho.

Excepciones o límites al derecho a la prueba

El derecho a la prueba como cualquier otro derecho sigue el principio general del derecho que establece que los derechos terminan cuando se chocan con el derecho de un tercera persona, es decir, el derecho a la prueba es garantizado en su totalidad siempre y cuando no choque con otro derecho del mismo rango que sea bajo un juicio de proporcional de mayor relevancia de protección, un ejemplo de esto es, cuando el derecho a la prueba va en contraposición del derecho a la intimidad, la prueba que se pretende incorporar al proceso, no podrá ser valorada ya que violenta el derecho fundamental a la intimidad u otro derecho fundamental, por lo que se deberá excluir y no ser valorada por el juez, salvo algunas excepciones que se estudiarán más adelante.

En este acápite se hará un recuento de los límites o restricciones al derecho a la prueba, esto en concordancia con la ley y con la jurisprudencia de la Sala Civil de la CSJ, también se hará una corta referencia de la ilicitud de la prueba como límite al derecho fundamental, ya que este tema se comprenderá a fondo en apartados siguientes.

Tal y como lo propone Joan Picó en su libro “El derecho a la prueba en el proceso civil”, los medios de prueba cuentan con límites intrínsecos que se concretan en aquellos que debe cumplir toda prueba y los límites extrínsecos que hacen referencia a las formalidades de todos los actos procesales en sí mismos.

Siendo entonces los límites intrínsecos del derecho a la prueba la i. Conducencia; ii. Pertinencia; iii. Utilidad; iv. Ausencia de ilicitud, consagrados en el artículo 168 del CGP. La conducencia se

relaciona con la aptitud que tiene un medio de prueba para acreditar un hecho, es decir que el medio de prueba sea efectivamente el necesario, en el entendido de las solemnidades probatorias para acreditar un hecho. La pertinencia a su vez se relaciona con el requisito de que el medio de prueba pretenda probar un hecho que efectivamente esté dentro del debate procesal, esto es, afirmaciones o negaciones realizadas en el supuesto fáctico de la pretensión o de las excepciones de mérito, o enunciándolo de una manera más amplia que el hecho haga parte del tema de prueba. La utilidad permite que el medio de prueba lleve al juez a un convencimiento de la verdad procesal, adicional al que ya tiene, esto es, que el medio de prueba no busque acreditar algo que ya se probó.

Y por último la ausencia de ilicitud se puede explicar como la necesidad de que el medio de prueba se haya conseguido de manera permitida, en palabras de la Sala Civil de la CSJ en Sentencia STC4577-2021 y de la Corte Constitucional en Sentencia SU-159 de 2002 es que la prueba sea conseguida sin violentar derechos fundamentales. Por lo que la prueba será ilícita cuando “pretermite o conculca específicas garantías o derechos de estirpe fundamental [...] es aquella cuya fuente probatoria está contaminada por la vulneración de un derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción de un derecho fundamental”.

Ahora bien respecto a los límites extrínsecos se puede establecer que los mismos obedecen a los requisitos legales procesales exigidos a los medios de prueba, para poder ser incorporados al proceso. Esto es i. Oportunidad procesal; ii. Formalidades procesales; iii. Legitimación de las partes; iv. Competencia del funcionario; v. Capacidad. La oportunidad procesal está regulada por el artículo 173 de CGP que establece que “para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello” por lo que siendo el proceso un procedimiento de etapas preclusivas, agotada la oportunidad probatoria, las partes no podrán presentar pruebas sobre los hechos que fundamentan la pretensión. Las formalidades procesales, se refieren a que los medios de prueba se aporten bajo el cumplimiento de la forma establecida para ello, es decir, en palabras de Peláez Hernández (2016) “corresponde al cabal cumplimiento de cada uno de los requisitos que el legislador ha previsto para la práctica de los medios de prueba en particular, en los respectivos ordenamientos procesales” (p. 51). La legitimación de las partes, hace referencia a que sean los intervinientes del proceso quienes aporten las pruebas, también consagrado en el artículo 173 de CGP cuando

establece que el juez deberá pronunciarse sobre las solicitudes de pruebas formuladas por las partes. Siendo esto así, no puede un tercero ajeno al proceso aportar medios de prueba.

La competencia del funcionario se relaciona directamente con la competencia que tiene el juez de conocer el caso, esto es, que el juez que sea competente para procesar la pretensión sea el que valore las pruebas, o el juez que se comisione para tal efecto. Y por último la capacidad está relacionada con la idoneidad de los órganos de prueba, que en última instancia aplica para testimonios, peritos o las partes cuando confiesan.

Para concluir el acápite es necesario expresar que si la prueba no cumple con los requisitos señalados se inadmitirá o será rechazada del proceso por el juez, adicional a esto si la prueba es ilícita o ilegal, es decir, que se consiguió en detrimento de los derechos fundamentales o del debido proceso será excluida del proceso judicial, en palabras de la Sentencia STC4577-2021 emitida por la Sala Civil de la CSJ: “[...] la prueba es ilegal o irregular, cuando pretermite un concepto de índole legal, en sentido amplio” y en consecuencia será nula tal y como lo expresan los artículos 168 del CGP y el 29 de la Constitución Política. Siendo estos los límites o excepciones en los cuales el derecho a la prueba se ve restringido de alguna u otra manera.

SEGUNDA PARTE

Contraposición de los derechos fundamentales

CAPÍTULO 1

Prueba ilícita, exclusión y excepciones a la exclusión

Prueba ilícita

Como bien se mencionó en el acápite anterior, la figura consagrada en el derecho como es la ilicitud de la prueba, se puede considerar como uno de los límites del derecho fundamental a la prueba, puesto que, cuando el material probatorio incurre en una causal de ilicitud, el mismo deberá ser excluido del proceso, limitando con esto el derecho a la prueba, que como se expresó no es absoluto. En este apartado se estudiará lo que significa que una prueba sea ilícita y el procedimiento que se debe seguir cuando en un proceso judicial se allegan pruebas ilícitas, pasando a analizar las reglas de exclusión y excepción a la exclusión de la prueba ilícita, tanto en el ámbito penal, en el cual se establecen los lineamientos de excepción a la exclusión, para pasar a analizar si estas reglas excepcionales también se pueden aplicar al proceso civil.

¿Qué es la prueba ilícita?

La figura de la prueba ilícita cuenta con una amplia regulación normativa, ya que se encuentra consagrada en la Constitución Política de Colombia en el artículo 29, adicional a esto en el CGP en los artículos 14, 164, y 168 y adicional a esto, el CPP la menciona en sus artículos 23, 360, 455, y 457. Todos estableciendo en última instancia que la prueba ilícita son las pruebas obtenidas en detrimento a otros derechos fundamentales. La Sala Civil de la CSJ establece en la Sentencia STC4577-2021 que la prueba ilícita “es aquella cuya fuente probatoria está contaminada por la vulneración de un derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción de un derecho fundamental” recalcando lo que estableció la Corte Constitucional en Sentencia SU-159 de 2002.

Así también el autor Joan Picó en su libro el derecho a la prueba en el proceso civil, trata la figura jurídica de la ilicitud de la prueba en el proceso civil, estableciendo que es necesario “limitar el alcance de la prueba ilícita a la obtenida o practicada con la infracción de derechos fundamentales” (p. 286). Siendo esto así , podría concluirse que la prueba ilícita es entonces un

claro ejemplo o derivación del principio general del derecho que establece que los derechos de una persona van hasta la órbita de los derechos de un tercero, puesto que las pruebas serán rechazadas por el juez si se consiguen en detrimento de los derechos esenciales de otra persona, es decir, en últimos términos la prueba no podrá ser fundamento de decisión cuando violente los derechos fundamentales de otro sujeto.

Exclusión a la prueba ilícita

La exclusión a la prueba ilícita parte de la premisa de que el juez deberá rechazar de plano las pruebas que se aporten al proceso, que hayan sido obtenidas o que pretendan practicarse en desmejora de algún derecho fundamental de la contraparte. La regulación mencionada en el apartado anterior, establece que las pruebas ilícitas deberán ser rechazadas de plano por el juez, esto es, el juez no debe admitirlas ni incorporarlas al proceso, y de hacerlo, la prueba será nula de pleno derecho y no podrá ser practicada o si se práctica, no podrá ser fundamento de decisión en atención a que la prueba es nula.

Al respecto, en materia penal los artículos 357 y 359 de la Ley 906 de 2004 establecen que es deber del juez mediante providencia motivada rechazar o inadmitir las pruebas que no cumplan con los requisitos legales necesarios, o que se hayan conseguido en detrimento de derechos fundamentales o del debido proceso en el proceso, estudio que a su vez deberá realizar al momento de valorar la prueba, examinando si se cumplieron o no con los requisitos propios del acto de prueba, determinado así la probidad de los medios de prueba para acreditar los hechos que hacen parte del tema de prueba. Por lo que será el juez quien debe realizar el examen de legalidad para rechazar la prueba y removerla del proceso, so pena de incurrir en una vía de hecho, por ir en contra de disposiciones normativas dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

En la Sentencia SU-159 de 2002 emitida por la Corte Constitucional se fijan múltiples pautas para analizar en qué supuestos es necesaria y conveniente la aplicación de la regla de exclusión, esto es, delimitar el análisis que deben hacer los jueces colombianos al momento en el que se allegue al proceso judicial una prueba ilícita, esto con el fin, de determinar si es o no estrictamente necesario excluir la prueba ilícita del proceso y delimitar con esto el derecho a la prueba con el que cuentan los intervinientes en el proceso judicial, en palabras de la Corte, “en primer lugar, es importante examinar si se trata de una irregularidad menor que no afecta el debido proceso. En ese evento la prueba no tiene que ser obligatoriamente excluida”.

Lo que se busca con esto es analizar cuáles son las garantías tanto procesales como sustanciales que están siendo o que serán lesionadas en el caso de incorporar la prueba al proceso y fallar conforme a ella. Según la Corte es necesario:

[...] considerar el alcance del concepto de debido proceso al cual alude la norma constitucional, esto es, si se refiere exclusivamente a las reglas procesales o si también incluye las que regulan la limitación de cualquier derecho fundamental, como la intimidad [...]. En Colombia, se ha dicho que el concepto de debido proceso es sustancial, esto es, comprende las formalidades y etapas que garantizan la efectividad de los derechos de las personas y las protegen de la arbitrariedad de las autoridades, tanto en el desarrollo de un proceso judicial o administrativo como, además, frente a cualquier actuación que implique la afectación de derechos constitucionales fundamentales.

Siendo esto así, en primer lugar, es posible concluir que, a pesar de que la prueba ilícita sea nula de pleno derecho, es necesario hacer un análisis profundo respecto del medio probatorio sobre el que reposa la ilicitud, así como del derecho fundamental conculcado (que en el caso de este trabajo de investigación será el derecho a la intimidad), y hacer una debida contraposición lógica con el principio del debido proceso y los demás derechos que este acarrea consigo. Es por esto que acertadamente la Corte en la Sentencia SU-159 de 2002 expresa que

[...] La decisión de excluir una prueba incide no sólo en el respeto a las garantías de imparcialidad, debido proceso y derecho de defensa, sino, además, en el goce efectivo de otros derechos constitucionales tales como la vida, la integridad y la libertad, protegidos por el legislador. [...] El mandato constitucional de exclusión de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso exige que el *funcionario judicial de manera expresa determine que la prueba viciada no puede continuar formando parte del expediente.* (Sin énfasis en original).

Esto con el fin, de que mediante un auto promovido por el juez quede una certeza y se genere mayor seguridad jurídica frente a los intervinientes en el proceso de que la prueba no será utilizada como fundamento por ninguna manera en el fallo de la sentencia. Tanto es así que la Corte indica que se “infiere que los derechos y principios constitucionales son efectivamente garantizados cuando hay una decisión explícita de exclusión que ofrezca certeza sobre las pruebas que no podrán usarse en el proceso y que no pueden ser fundamento de la sentencia”.

Excepciones a la exclusión de la prueba ilícita

La figura de excepción a la exclusión de la prueba ilícita se consagra en el ámbito del proceso penal, la misma se encuentra regulada en el artículo 455 del CPP y la Sentencia SU-159 de 2002 emitida por la Corte Constitucional, la misma establece que dentro del proceso judicial se encuentran dos tipos de pruebas, la principal o directa, que se puede explicar como el medio de

prueba en sí mismo, allegado al proceso judicial para acreditar uno de los hechos que fundamenta la demanda o la oposición a esta, es decir, el documento, que en el caso particular de este trabajo se traduce en una foto publicada en la plataforma de Facebook. Y el segundo tipo de prueba es la derivada, que se puede definir como la inferencia lógica que surge de la prueba directa, esto es, la prueba que surge de la prueba directa, que en sí misma es un medio de prueba diferente, pero que se deriva del documento. Este es el caso en el que se cita a declarar como testigo a la persona que aparece retratada en la foto, para probar el objeto del litigio.

Si bien la foto se consigue en detrimento a un derecho fundamental, como es el derecho a la intimidad, y el derecho al uso de la imagen propia, la prueba será considerada como ilícita, y bajo una regla lógica, si la foto se consiguió en detrimento de un derecho fundamental, y el testimonio se logró al identificar a persona que se llama como testigo por la foto en la que aparece, el testimonio por se está violentando el derecho a la intimidad, y siendo esto así la prueba derivada (testimonio) también será ilícita. Esto no es más que una aplicación lógica de la doctrina adoptada en Estados Unidos, del árbol envenenado, que pone de presente que todos los frutos de un árbol envenenado también lo serán, expresando que sucede lo mismo con los medios de prueba directos y derivados.

Sin embargo en el ámbito del derecho penal se ha expresado que no necesariamente la prueba derivada debe ser excluida del proceso, esto cuando la misma se encuadre dentro de tres supuestos que se encuentran consagrados en el artículo 455 del CPP, y que están además comprendidos y explicados por las Sentencia SU-159 de 2002, C-1154 de 2005, y la Sentencia C-591 de 2005 emitidas por la Corte Constitucional. Dichos supuestos son, el *vínculo atenuado* que se ha entendido como el supuesto en el que el nexo existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, o débil, y en atención al principio de la buena fe, la prueba derivada es admisible, ya que no se puede concluir que se conecta directamente con la prueba principal. Adicional a esta existe además la *fuentes independiente*, según el cual si determinado material probatorio tiene un origen diferente de la prueba ilegalmente obtenida, será admisible; y por último el *descubrimiento inevitable*, consistente en que la prueba derivada será admisible si se puede demostrar que este medio de prueba se podría haber conseguido de manera lícita.

Por lo que se puede concluir que en últimas el criterio para excepcionar la exclusión de una prueba ilícita es de gradualidad, es decir un criterio de materialidad y objetividad. En tanto si la

prueba directa y derivada tienen un grado tenue o lejano, podrá ser admitida en un proceso judicial y consiguientemente analizada por el juez en el proceso de fallo. Por lo que solo serán “pruebas derivadas ilícitas las que provienen de manera exclusiva, directa, inmediata y próxima de la fuente ilícita. En cambio, no lo son las que provienen de una fuente separada, independiente y autónoma o cuyo vínculo con la prueba primaria se encuentra muy atenuado” (SU-159 de 2002).

La Corte Constitucional, en las sentencias de constitucionalidad citadas, declara la exequibilidad del artículo 455 de la Ley 906 de 2004 estableciendo que para efectos de aplicar la regla de exclusión, la misma se ajusta a la Constitución por cuanto:

[...] Lejos de autorizar la admisión de pruebas derivadas ilegales o inconstitucionales, apuntan todos ellos a considerar como admisibles únicamente determinadas pruebas derivadas que provengan de una fuente separada, independiente y autónoma, o cuyo vínculo con la prueba primaria inconstitucional o ilegal sea tan tenue que puede considerarse que ya se ha roto [...]. Y por lo tanto, considera la Corte que [...] El legislador, actuando dentro de su margen de configuración normativa, reguló un conjunto de criterios que le servirán al juez para realizar una ponderación cuando deba proceder a excluir de la actuación procesal pruebas derivadas, es decir, las que son consecuencia de las pruebas excluidas o que solo puedan explicarse en razón de su existencia.

Siendo esto así será el juez quien deberá para tales efectos, analizar detenidamente y bajo las reglas de la experiencia y de la sana crítica, si la prueba derivada puede ser tenida en cuenta en un proceso judicial, es decir, si existe un nexo de causalidad directo entre ambas pruebas. De igual manera el juez deberá “*entrar a ponderar entre diversos factores, tales como los derechos fundamentales del procesado, aquellos de las víctimas y terceros*” (sin énfasis en original) con el fin de determinar la admisibilidad de una prueba en el proceso judicial.

Posibilidad de aplicar las excepciones a la exclusión de la prueba ilícita dentro del proceso civil

La figura de excepción a la exclusión de una prueba ilícita como se mencionó en el apartado anterior, se crea y regula en el derecho procesal penal, tanto legal como jurisprudencialmente. Sin embargo dicha figura no tiene mención en el derecho procesal civil, y es allí donde surge la pregunta de si, en el derecho procesal civil puede haber lugar a aplicar dicha figura, a pesar de que no exista una norma que así lo consagre.

En este apartado se intentará dar respuesta al interrogante, dejando claro de antemano que la doctrina y jurisprudencia colombiana no es clara a la hora de definir reglas generales que apliquen

a todos los casos, por lo que, en últimas, termina siendo una figura que se puede aplicar, según lo requiera cada caso particular, bajo el análisis y la interpretación que se haga por el operador jurídico. Todo en atención a que el legislador no ha dispuesto una norma clara que permita crear una base, que como regla general sirva para regular esta situación de ilicitud probatoria sobre las pruebas derivadas, en los procesos judiciales civiles.

Este es un tema de primera importancia en atención a que, cuando se pretende incorporar una prueba a un proceso judicial, se hace amparado en el derecho fundamental de la prueba que a su vez está respaldado por el derecho de defensa, debido proceso, administración de justicia y tutela judicial efectiva, por lo que no es tan fácil, ni tan claro decir que todas las pruebas sin excepción alguna que violenten un derecho fundamental como en este caso, la intimidad, deberán ser excluidas sin siquiera hacer un análisis de lo que se pretende probar, puesto que en juego hay muchos derechos, que están revestidos de mucho peso, en atención a que son los pilares de un estado social de derecho como lo es el colombiano.

Es preciso iniciar expresando que en el artículo 12 del CGP se consagra una remisión o llamamiento normativo que establece que “cualquier vacío en las disposiciones del presente código se llenará con las normas que regulen casos análogos”. En palabras de Beatriz Quintero y Eugenio Prieto (2008), estaríamos en este caso ante una laguna legislativa, donde podría hablarse de la necesidad de analogía, “la analogía, en cambio, se presenta cuando el caso no está previsto en la ley, aun cuando se extendiese su interpretación hasta el límite máximo de su amplitud posible” (p. 84).

Siendo esto así podría pensarse que bajo la analogía legis, es decir, aquella analogía que en términos de Beatriz Quintero y Eugenio Prieto (2008):

[...] Consiste en determinar los principios contenidos en la regulación de un caso dado, y luego en despojar las hipótesis legal de sus elementos secundarios, y así, buscando la identidad de esencias, aplicar ese precepto, analógicamente al caso fáctico no regulado expresamente por la Ley (p. 84).

Por lo que presentándose en el derecho procesal civil el supuesto de una prueba documental ilícita, sobre la que se deriva una prueba testimonial, no tendría sentido alguno violentar el derecho fundamental de la prueba del interviniente en el proceso, cuando el nexo causal entre la prueba ilícita y la derivada es tenue.

Cabe recalcar que la doctrina no es unánime respecto de la posibilidad de aplicar analógicamente la figura de excepción a la exclusión del proceso penal dentro del proceso civil, un ejemplo de esto es el autor Ramón Antonio Peláez Hernández (2017) establece que “en la medida en que no existe una norma que se refiera de manera expresa a la posibilidad de usar los criterios atemperadores en el ámbito del proceso civil, no sería viable su aplicación por vía analógica dentro de este ámbito procesal a partir de los referentes contenidos en el ordenamiento procesal penal” (p. 384) expresando además que existe un parámetro general que proscribe la analogía en materia de nulidades en atención a que las mismas son taxativas en el ordenamiento procesal colombiano.

Si bien es cierto que en materia de nulidades procesales el artículo 133 del CGP establece una regla de taxatividad a incluir la palabra “*solamente*”, lo cual es confirmado por la Corte Constitucional en Sentencias C-491 de 1995 (para el artículo 145 del anterior Código de Procedimiento Civil) y C-537 de 2016, donde se establece que el legislador buscando una mayor seguridad jurídica decidió convertir las nulidades en un asunto de mención expresa en la ley, y que siendo esto así no podría aplicarse una causal análoga por laguna legal. Sin embargo la postura acogida por Peláez Hernández no se acoge, en atención a que la figura de excepción a la exclusión lo que busca, no es declarar la nulidad del medio de prueba, sino por el contrario que el mismo prospere y pueda ser incorporado en el proceso. Y en consecuencia tomando en consideración las razones planteadas a lo largo de este apartado, no se puede alegar la taxatividad como fundamento para no aplicar las excepciones a la exclusión en el proceso civil, por lo que es claro que no habiendo un impedimento legal para hacerlo, puede ser válida la analogía de dicha figura dentro de un proceso civil.

CAPÍTULO 2

Juicio de proporcionalidad y conclusiones

Principio de proporcionalidad

En este acápite se comprenderá la definición del principio de proporcionalidad, así mismo su fundamentación y regulación normativa, para pasar a delimitar su estructura y aplicación, esto es, determinar cuál es su funcionamiento en el ordenamiento jurídico, estableciendo en qué ocasiones se puede hacer uso de esta figura por el operador jurídico.

El principio de proporcionalidad es una herramienta argumentativa para los operadores jurídicos que genera tras su aplicación lógica, un mayor peso en las sentencias o fallos emitidos, en atención a que dicha herramienta busca como fin último, limitar los derechos fundamentales de una u otra manera, pues para esto fue creada. Como bien se expresó en los acápites anteriores, si bien es cierto que los derechos fundamentales no son, per se absolutos, ya que los mismos deben respetar la esfera de la acción de los otros derechos, legislativamente no se fijan parámetros objetivos que sean claros, para definir qué derecho debe ceder cuando se presenta un choque, o en otras palabras, qué derecho debe ser limitado, cuándo debe serlo, y en qué medida.

Una definición del principio de proporcionalidad puede ser entonces la expresada por el autor Carlos Bernal Pulido (2005) que establece que la proporcionalidad “contribuye de manera determinante a dar fundamento a las sentencias de constitucionalidad relativas a los actos de los poderes públicos que afectan los derechos fundamentales” (p. 66), como la administración de justicia es un acto de un poder público, se puede determinar que para un juez emitir una sentencia que afecte un derecho fundamental de manera legítima, deberá primero ejecutar un juicio de proporcionalidad, esto para que su fallo limitativo del derecho se ajuste a la Constitución y ordenamiento jurídico colombiano.

Para analizar el principio de proporcionalidad, hay que tener en cuenta otro principio del derecho que es el principio de igualdad, que consagra que todos los derechos tienen un rango de igualdad siempre y cuando se encuentren en la misma categoría, esto es, tendrán el mismo peso dos derechos catalogados como fundamentales, ya que los mismos hacen parte de la misma categoría. Siendo esto así el principio de proporcionalidad se puede ver también como una herramienta para justificar el trato desigual a dos derechos, esto es, darle más peso a un derecho

de la misma categoría sobre otro, al respecto la Sentencia C-022 de 1996 emitida por la Corte Constitucional, establece que

[...] El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado.

Más recientemente la Corte Constitucional en la Sentencia C-835 de 2013 estableció que el juicio de proporcionalidad tiene como finalidad última asegurar que la posible limitación a los derechos fundamentales se haga en el menor grado posible, de la siguiente manera: “el juicio de proporcionalidad se orienta a verificar la adecuación de los medios en qué consisten las medidas adoptadas, con los fines propuestos”, expresando además que “la medida de la proporcionalidad está dada por la mínima repercusión negativa que las medidas adoptadas para alcanzar el fin o los fines propuestos, tengan sobre otros principios igualmente fundamentales; y también por la conducencia e idoneidad de los medios”. La sentencia también trae una definición del principio de proporcionalidad que establece que “el test de proporcionalidad es un instrumento hermenéutico que permite establecer si determinada medida resulta adecuada y necesaria para la finalidad perseguida, sin que se sacrifiquen valores, principios o derechos de mayor entidad constitucional”.

Todo lo anterior nos puede conducir a determinar que el principio, juicio o test de proporcionalidad es una herramienta argumentativa que utilizan los jueces para emitir una sentencia, en los casos en los que entran en colisión dos (2) o más derechos de rango fundamental constitucional y como consecuencia de esto, uno debe verse limitado por los otros, lo anterior se explica por el autor Robert Alexy (1993) quien expresa que la colisión o choque de dos derechos fundamentales se puede entender como “dos normas, tomadas en sí mismas, conducen a resultados recíprocamente contradictorios” (p. 112) y siendo esto así una se debe ver limitada por la otra.

Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad

Los conceptos de racionalidad y razonabilidad al igual que la proporcionalidad, son herramientas de la argumentación que sirven como criterio para que el juez falle en un caso, conforme a la Ley, lo que buscan es fijar unos estándares de “calidad” sobre las sentencias, esto es, buscan unificar los criterios clave que debe tener una sentencia, por lo que su relación entre sí es una relación de lógica, puesto que se usan para dar unos parámetros claros al juez de acción en situaciones jurídicas específicas. En otras palabras, tal y como lo define Bernal Pulido (2005):

[...] la racionalidad, la razonabilidad, y el principio de proporcionalidad son criterios para la valoración correcta de los argumentos interpretativos de las disposiciones legislativas y constitucionales, y en ese. Sentido son criterios para la fundamentación correcta de las decisiones adoptadas [...] de otro lado son criterios valorativos mediante los cuales la comunidad política y jurídica examina las decisiones (p. 61).

La racionalidad se puede explicar o comprender desde la objetividad, esto es, que las sentencias se basen en argumentos y justificaciones objetivas, o como lo expresa Bernal Pulido (2005), en “criterios de racionalidad.” Que deben respetarse en todas las sentencias judiciales, sentando con esto unos criterios mínimos que deben cumplir las sentencias para obedecer a la racionalidad, dichos criterios se pueden resumir en:

i. La claridad y consistencia conceptual, que busca que las sentencias “se construyan sobre argumentos sólidos y claros desde el punto de vista conceptual y lingüístico” (Bernal Pulido (2005, p. 62), es decir, que las sentencias puedan ser comprendidas por los sujetos receptores y por cualquier persona que la lea, siendo esto así, también aquí entra la no contradicción argumentativa.

ii. Consistencia normativa, que trata de que las sentencias serán más racionales si se fundamentan en argumentos generales, es decir, que puedan ser aplicados a casos similares bajo la analogía.

iii. Cargas de la argumentación, que consisten en que el operador jurídico debe, al momento de emitir un fallo cumplir con las cargas argumentativas necesarias que den un mayor peso jurídico a la decisión. Esto no es más que expresar que las sentencias deben ser coherentes, obedecer a los principios generales del derecho, y no tener contradicciones con el fin de ser claras y comprensibles para los receptores y para los terceros pertenecientes a la comunidad.

La proporcionalidad como se dijo en el acápite anterior es una estructura lógica que se utiliza por los operadores jurídicos para analizar los casos en los que se debe limitar un derecho fundamental, por lo que ayuda a saber, que alcance a darle a los derechos y de ser necesaria su limitación como y en qué cantidad hacerla.

La razonabilidad por último es un concepto que, según Carlos Bernal Pulido (2005), es ambiguo ya que no tiene un significado unívoco, y es por esto que la doctrina y jurisprudencia le dan dos alcances que son, razonabilidad como la “estricta racionalidad” y la razonabilidad como la “interdicción de la arbitrariedad”. La primera definición obedece al cumplimiento de las reglas de

la racionalidad, esto es, “una decisión es razonable si representa el punto de equilibrio entre las exigencias contrapuestas que necesariamente deben tenerse en cuenta en cada caso en concreto, y si ella es admisible por la comunidad” (2005, p. 69) el ser admisible por la comunidad se debe entender desde un punto de un escenario ideal es decir, desde un punto de vista objetivo y general.

El otro punto de vista de la razonabilidad se puede desarrollar como la ausencia de arbitrariedad en una decisión judicial, esto es, que la decisión sea imparcial y esto se denota con la argumentación jurídica que la respalde y fundamente, es decir “fundada en una razón jurídica legítima”(Bernal, 2005, p. 69).

Para cerrar este acápite es posible entonces expresar que las figuras de racionalidad, proporcionalidad, y razonabilidad tienen una relación de complementariedad, lo que significa que deben ser usadas por el juez en su conjunto, con el fin de emitir decisiones jurídicas válidas, y siendo esto así, es claro que se complementan entre ellas, ya que unas desarrollan a la otra o simplemente las complementan.

Estructura del principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad está compuesto a su vez por 3 subprincipios, que se aplican de manera sucesiva y escalonada, esto se desprende a su vez de la aplicación de una regla de argumentación jurídica, es decir, para aplicar el principio de proporcionalidad hay que hacer un análisis de los subprincipios, que se pueden entender como escalones, en los que si no se sube el primero, pues no se podrá subir al segundo, y así sucesivamente con el tercero. Siendo esto así se podría afirmar que tienen una relación de necesidad, puesto que si no se supera uno, no se deberá siquiera hacer el análisis de los otros.

El subprincipio de idoneidad establece que toda intervención o limitación que se haga sobre un derecho fundamental debe buscar un fin que sea constitucionalmente legítimo, es decir, que busque alcanzar un propósito que no vaya además en contra del ordenamiento jurídico, y que bajo un análisis de constitucionalidad sea aceptable. Siendo esto así del subprincipio de necesidad se desprenden dos (2) requisitos, tal y como los expresa el autor Bernal Pulido (2003) “el subprincipio de idoneidad impone dos exigencias a toda medida de intervención en los derechos fundamentales: en primer lugar, que tenga un fin constitucionalmente y, en segundo término, que sea idónea para favorecer su obtención” (p. 689).

El subprincipio de necesidad establece que la medida de restricción que se imponga al derecho sea la menos lesiva, entre todas las demás posibilidades habidas. Esto es, que dentro de todas las limitaciones posibles, la que se escoja sea la que deje al derecho fundamental con mayor libertad; según Bernal Pulido (2003), “toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto” (p. 736). Lo que supone que el operador jurídico debe hacer un balance entre todas las posibilidades que hay de afectar un derecho fundamental para poder analizar si la opción escogida si es la menos lesiva, y de igual manera sigue siendo idónea.

Por último el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto que a su vez establece que las ventajas que se conseguirán con la intervención al derecho fundamental van a compensar las lesiones que sean impuestas al derecho fundamental, lo que se puede explicar como una relación de costo beneficio, en la que el beneficio sea superior o al menos amortice las intromisiones al derecho Carlos Bernal Pulido (2003) establece que “la importancia de la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido” (p. 759). Por lo que en estricto sentido podría llegar a asimilarse a la ponderación, ya que se deben sopesar los efectos y los beneficios de la intercesión para declarar la constitucionalidad o no de la intervención. Al respecto Robert Alexy (1993) expresa que “la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el mandato de ponderación, se sigue de la relativización con respecto de las posibilidades jurídicas [...] Para llegar a una decisión, es necesaria una ponderación en el sentido de la ley de colisión” (p. 112) .

Asimismo, lo ha expresado la Corte Constitucional en Sentencia C-144 de 2015 estipuló sobre la estructura del principio de proporcionalidad que

[...] Los elementos fundamentales o esenciales que deben ser considerados por el juez constitucional a la hora de realizar un test de proporcionalidad: a. La idoneidad o adecuación de la medida, la cual hace relación a que la intervención o la injerencia que el Estado pueda generar en la efectividad de un derecho fundamental resulte lo suficientemente apta o adecuada para lograr el fin que se pretende conseguir. Finalidad que debe propender por un objetivo constitucionalmente legítimo o deseable y el cual debe evidenciarse como de imperiosa consecución. b. La necesidad hace referencia a que la limitación a un derecho fundamental debe ser indispensable para la obtención del objetivo previamente descrito como legítimo y, que de todos los medios existentes para su consecución, debe ser el que, en forma menos lesiva, ingiera en la efectividad del derecho intervenido. c. El test de proporcionalidad en sentido estricto, el cual permite entrar a evaluar o ponderar si la restricción a los

derechos fundamentales que genera la medida cuestionada, resulta equivalente a los beneficios que reporta, o si, por el contrario, ésta resulta desproporcionada al generar una afectación mucho mayor a estos intereses jurídicos de orden superior.³

Expresado todo lo anterior, se puede determinar que el principio de proporcionalidad tiene una estructura lógica que presupone de manera ordenada y sistemática un esfuerzo de análisis jurídico en donde el juez sea quien analice en cada caso que lo requiera, si la intervención o limitación a un derecho es legítima, esto es si en últimas la intervención puede o no hacerse.

Ponderación de los derechos a la intimidad y el derecho a la prueba

Como se mencionó en los acápites anteriores, ambos derechos están revestidos de un rango de constitucionalidad y por ende son amparados por la Corte Constitucional, en atención a su carácter de fundamentalidad, sin embargo los mismos derechos pueden colisionar y verse limitados el uno por el otro, un claro ejemplo de colisión es el caso práctico que se utilizó como punto de partida en el presente trabajo. Por lo que si nos situamos en la premisa de que un sujeto fotografía al otro y sin su autorización pública dicha fotografía en una red social como Facebook, y una tercera persona, allega la fotografía a un proceso judicial, es claro que se presenta una colisión entre el derecho a la intimidad y al uso de la imagen por un lado y del otro el derecho a la prueba y todos los derechos que este garantiza a su vez. Siendo esto así, es claro que ambos derechos se encuentran en un plano de igualdad, es decir los mismos tienen un mismo grado de protección por el ordenamiento jurídico, por lo que será el operador jurídico, quien en cada caso según las circunstancias particulares del supuesto de hecho, será quien decida qué derecho prima sobre el otro, esto para llegar a saber si la prueba se puede incorporar al proceso y valorarse según las reglas de la sana crítica, o si por el contrario prima el derecho a la intimidad y la prueba debe ser excluida.

Dicho análisis debe tener en cuenta muchas premisas como ya se ha explicado a lo largo del presente trabajo, estas son, analizar el lugar en el que se fotografió a la persona, puesto que no se dará el mismo tratamiento y protección a la persona retratada en un lugar público, a la persona que fue retratada en un lugar privado. Adicional a lo anterior es importante desde un punto de partida objetivo, analizar el carácter de privada con el que cuente la información, es decir si la fotografía

³ Al respecto también se pueden encontrar la sentencia C-022 de 1996 emitida por la Corte Constitucional y la sentencia SC4027-2021 emitida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

revela información que por su carácter es privada o no; de igual manera se debe analizar si la fotografía aportada al proceso es la única prueba sobre la cual se puede justificar el sentido del fallo, o si hay material probatorio adicional que permita llegar al mismo sentido del fallo.

Mal se haría si este trabajado estableciera una regla universal en la que se exprese que el operador jurídico siempre tendrá una misma respuesta para todos los casos, ya que, como todo en el derecho, dependerá de las particularidades del caso objeto de estudio. Es por esto que es el juez el encargado de seguir los parámetros básicos expuestos para la aplicación de las figuras jurídicas citadas a lo largo del presente trabajo de investigación. De acuerdo a lo expresado por la sentencia SC4027-2021 emitida por la Sala Civil de la CSJ con magistrado ponente Luis Armando Tolosa Villabona, “en cualquier caso, es deber del juez “ponderar” los argumentos normativos incompatibles y atribuir pesos concretos a las hipótesis alternativas en un conflicto para establecer la regla de prevalencia condicionada que definirá el pelito” lo que confirma lo expresado en este acápite.

Propuesta de solución

Aunque bien es cierto que las reglas propias del proceso penal de excepción a la exclusión de las pruebas ilícitas, se pueden aplicar bajo analogía legis al proceso civil, bajo su propia definición esta figura solo aplica para las pruebas derivadas y no para las pruebas directas o principales, es por esto por lo que cada caso particular se deberá analizar por el juez. Por lo que, bajo el supuesto planteado en la introducción del presente trabajo, que se usó como base de la investigación, no podría aplicar directamente la excepción a la exclusión de la prueba ilícita, ya que la fotografía utilizada como prueba sería una prueba principal, sin embargo en el caso en el que se citará a declarar como testigo a la persona retratada, ya estaríamos ante una prueba derivada, y en este entendido, si podrían aplicar las excepciones a la exclusión de la prueba ilícita.

Ahora bien, queda el interrogante de ¿y qué pasa con la fotografía como prueba documental? La respuesta dependerá como se dijo antes, de varias premisas, como por ejemplo que tanto violenta o lesiona la fotografía el derecho a la intimidad del retratado, o si es el único medio probatorio con el que se puede probar un supuesto de hecho, ya que en mi concepto la respuesta no puede ser tan sencilla, como decir que, por no haber una norma que permita excepcionar la exclusión de las pruebas ilícitas principales se deba excluir automáticamente del proceso, puesto que el derecho a la prueba es de primera importancia, y es por esto que se requiere un análisis más

profundo al respecto, según el caso a caso. Esto es, sopesar mediante la ponderación y la proporcionalidad que derecho debería ser limitado en el caso en particular, si el derecho a la prueba debe ser limitado y la prueba deberá ser excluida del proceso o si el derecho a la intimidad es el que debe ceder y se incorporará y valorará la prueba documental dentro del proceso judicial.

Siendo esto así, para mí es claro que existe la posibilidad de que el operador jurídico pretermita excluir una prueba ilícita del proceso sin incurrir en una violación del ordenamiento jurídico, ya que lo haría encausado en la protección de otro derecho fundamental como es el derecho a la prueba, que además tiene el mismo rango de importancia y que en si mismo fundamenta la figura de estado social de derecho que adoptó Colombia. Por lo que siendo esto así, es necesario expresar que será el juez quien delimite los derechos mediante la aplicación de la excepción a la exclusión de la prueba ilícita, o en caso de no ser posible mediante el juicio de proporcionalidad y la ponderación.

Para terminar este acápite y con el fin de ejemplificar la teoría analizada en los apartados anteriores se pretende bajo la proposición de un supuesto fáctico realizar una ponderación de los derechos, con el fin de recalcar los matices con los que se debe enfrentar un operador jurídico a la hora de ponderar dos derechos tan importantes como son, el derecho a la prueba y el derecho a la intimidad.

Piénsese en el caso en el que un sujeto se encuentra en su oficina privada con un acompañante donde están acordando que realizarán un negocio jurídico con el fin de defraudar a un tercero (negociación que contiene información sensible y que no pretenden hacer pública), y en ese momento son retratados, por una tercera persona, quien sin su autorización sube dicha reproducción a Facebook, y la misma es descargada por el sujeto que se ve afectado de aquella reunión, y como consecuencia aporta la prueba a un proceso judicial civil en contra del retratado. Aquí el juez debe entrar a valorar si admite la prueba, permitiendo que se incorpore al proceso, se utilice como material probatorio, y por ende se use como un instrumento para tomar la decisión.

Adicional a esto es necesario analizar también el carácter de privada o no de la información que se prueba con el documento, determinando además, si la información le incumbe a las partes del proceso obedeciendo al interés general, o si la misma por su entidad no debe ser conocida por las demás partes del proceso. Ahora bien también se debe analizar si la conducta retratada es reprochable desde el derecho al sujeto retratada, esto es, que no se puede pretender el amparo del

derecho a la intimidad a toda cabida y menos si se estaba realizando una acción que con mala fe iba en detrimento de una tercera persona.

Siendo esto así y bajo el entendido de que en ambos supuestos se llega a la conclusión de que a pesar de ser información sensible era de interés general a las partes del proceso, y el actuar figuraba dentro de la mala fe, la prueba debe ser conocida, y por esto se puede establecer la legitimidad de limitar el derecho a la intimidad, consiguientemente se puede deducir que la intromisión al derecho a la intimidad de la persona retratada, si es idónea.

Adicional a esto, siendo el caso en el que el documento sea la única prueba suficiente para que el juez llegue al convencimiento, esto en el caso de que los sujetos retratados fallecieron y no hay ningún acto procesal que pueda servir como medio para probar el supuesto de hecho, considero que también se cumple con el subprincipio de necesidad de la intromisión, ya que a pesar de estar los sujetos en un lugar privado, estaban actuando de mala fe, por lo que, el no limitar el derecho a la intimidad resultaría en conculcar no solo uno, sino múltiples derechos del demandante, empero cuando no hay posibilidad de probar el supuesto de hecho de otra manera, por lo que limitar el derecho a la intimidad mediante la incorporación y valoración de la prueba al proceso es la medida que es menos lesiva para ambos derechos y que sigue siendo. Idónea para proteger el derecho a la prueba y conexos del demandante.

Después de hacer todo el análisis, es claro que el beneficio de incorporar la prueba al proceso es mayor al costo de la limitación, puesto que si se pone en una balanza el derecho a la prueba que a su vez garantiza, el derecho de defensa, de tutela judicial efectiva, y de administración de justicia, se empieza a denotar que si sería precisa la intervención o limitación al derecho fundamental de la intimidad, cuando es claro que sin ese documento el juez fallaría de otra manera en la que se vea aún más perjudicada la parte demandante quien no ha actuado de mala fe. Expresado todo lo anterior es claro, en mi concepción que en un caso como este, el derecho a la intimidad debe ceder ante el derecho a la prueba, y por ende la prueba si debería ser tomada en cuenta dentro del proceso.

CONCLUSIONES

- I. El derecho a la intimidad a pesar de ser un derecho fundamental constitucional, tiene límites y dentro de estos límites el Estado colombiano no puede protegerlo de manera absoluta, esto

es, hay una información que no será cubierta por el derecho a la intimidad desde un ámbito subjetivo y objetivo.

- II.** Es necesario diferenciar sobre el derecho a la intimidad y la imagen, cuando una persona decide voluntariamente subir su retrato a redes sociales, dándole publicidad al mismo, es decir renunciando a su intimidad, y cuando una persona la fuerzan de manera arbitraria a publicitar su imagen o se hace sin su consentimiento, violentando con esto de manera tajante su derecho.
- III.** Los documentos electrónicos, como pantallazos se pueden válidamente aportar e incorporar al proceso, y aunque la jurisprudencia y la doctrina no son claras del valor probatorio de los mismos, siguen las reglas generales, que suponen que tendrán la misma fuerza que un documento físico.
- IV.** Las causales de excepción a la exclusión de la prueba ilícita derivada reguladas en Colombia por el Código de Procedimiento Penal, sí pueden aplicarse al proceso civil bajo la figura de la analogía legis por consagración legal expresa que lo permite.
- V.** La posibilidad de usar una fotografía tomada de Facebook como prueba en un proceso judicial, cuando la misma lesiona el derecho a la intimidad de la persona retratada, dependerá de la aplicación por parte del juez de un juicio de proporcionalidad y de ponderación donde el resultado final, será determinar qué derecho prevalece sobre el otro, de una manera casuística.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Bernal Pulido, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Universidad Externado de Colombia
- Congreso de la República de Colombia. (1982, enero 28). *Ley 23 de 1982. Sobre derechos de autor*. Diario Oficial N.º 35949 <https://bit.ly/39OGDnM>
- Congreso de la República de Colombia. (2012, octubre 17). *Ley 1581 de 2012: Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales*. Diario Oficial N.º 48587. <https://bit.ly/3mbsmaH>
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (1992). Sentencia T-530. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. <https://bit.ly/3F4tiWZ>
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (1994). Sentencia T-442 M. P. Antonio Barrera Carbonell. <https://bit.ly/3oo7OhO>
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (1995). Sentencia C-491 M. P. Antonio Barrera Carbonell. <https://bit.ly/3CZLq2r>
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (1995). Sentencia T-553. M. P. Carlos Gaviria Díaz. <https://bit.ly/3kT5zkB>
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (1995). Sentencia SU-089. M. P. Jorge Arango Mejía. <https://bit.ly/3D1mSWR>
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (1995). Sentencia SU-056. M. P. Antonio Barrera Carbonell. <https://bit.ly/2Y0Cn22>
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (1996). Sentencia C-038 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. <https://bit.ly/3kXehhR>
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (1996). Sentencia C-022 M. P. Carlos Gaviria Díaz. <https://bit.ly/39RzQdl>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (1997). Sentencia T-552 M. P. Vladimiro Naranjo mesa. <https://bit.ly/3uv9Yxq>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (1999). Sentencia T-555 M. P. José Gregorio Hernández Galindo. <https://bit.ly/3mgR6ye>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (1999). Sentencia C-505. M. P. Alejandro Martínez Caballero. <https://bit.ly/3F3qxp3>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2000). Sentencia C-1270 M. P. Antonio Barrera Carbonell. <https://bit.ly/39UoZPC>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2002). Sentencia T-792 M. P. Eduardo Montealegre Lynett. <https://bit.ly/2WxpJHw>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2002). Sentencia T-240 M. P. José Gregorio Hernández Galindo. <https://bit.ly/3in8U9R>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2002). Sentencia SU-159 M. P. Manuel José Cepeda Espinoza. <https://bit.ly/39UHq6U>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2002). Sentencia T-406. M. P. Clara Inés Vargas Hernández. <https://bit.ly/2YftQIV>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2002). Sentencia T-1051. M. P. Clara Inés Vargas Hernández. <https://bit.ly/3zShpQ6>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2004). Sentencia T-787 M. P. Rodrigo Escobar Gil. <https://bit.ly/3mgPHaW>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2005). Sentencia C-880 M. P. Jaime Cordoba Triviño. <https://bit.ly/3D4w6Bt>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2005). Sentencia C-1154 M. P. Manuel José Cepeda Espinoza. <https://bit.ly/3mhhA2y>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2005). Sentencia C-591 M. P. Clara Ines Vargas Hernandez. <https://bit.ly/3iiT0gE>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2006). Sentencia T-171 M. P. Clara Ines Vargas Hernández. <https://bit.ly/3omCVud>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2010). Sentencia C-640. M. P. Mauricio González Cuervo. <https://bit.ly/3zSgFuk>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2013). Sentencia T-044 M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. <https://bit.ly/3mdhTeL>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2013). Sentencia C-279 M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. <https://bit.ly/3B2JV2T>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2013). Sentencia C-835 M. P. Nilson Pinilla Pinilla. <https://bit.ly/3CZPWOH>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2013). Sentencia T-283. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. <https://bit.ly/3F7AySa>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2014). Sentencia C-034 M. P. María Victoria Calle Correa. <https://bit.ly/2Y79dPn>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2015). Sentencia T-276. M. P. María Victoria Calle Correa. <https://bit.ly/3Bd8OsZ>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2015). Sentencia C-496 M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub <https://bit.ly/39VWwsW>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2015). Sentencia C-144 M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez. <https://bit.ly/2WsJ64m>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2016). Sentencia C-537 M. P. Alejandro Linares Castillo. <https://bit.ly/3zYUFy2>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2020). Sentencia T-043 M. P. José Fernando Reyes Cuartas. <https://bit.ly/3md6iwq>

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2020). Sentencia C-094. M. P. Alejandro Linares Cantillo. <https://bit.ly/3zS70nG>

Departamento Administrativo de la Función Pública. (2020, febrero 20). *Concepto 121121 de 2020. Reserva de la información*. <https://bit.ly/3ijFysK>

Devis Echandía, H. (2002). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Temis. https://www.corteidh.or.cr/tablas/13421_ti.pdf

Facebook. (2020, octubre 22). *Condiciones del servicio, políticas de datos*. <https://www.facebook.com/legal/terms>.

Ferrajoli, L. (2006, noviembre). *Sobre los derechos fundamentales*. Cuestiones Constitucionales.

Ministerio de Tecnologías de la información y de las comunicaciones. (2020, septiembre 07). Colombia es uno de los países con más usuarios en redes sociales en la región. *MinTic*. <https://bit.ly/2Y4uYzi>

Parra Quijano, J. (2006). *Manual de derecho probatorio*. Librería Ediciones del Profesional.

Peláez Hernández, R. (2016). *La prueba ilícita desde la perspectiva de la regla de exclusión y su aplicación en el proceso civil [Tesis doctoral]*. Universidad Externado de Colombia.

Pérez Restrepo, J. (2015). *Derecho constitucional a la prueba: Una aproximación*. Universidad de Medellín. <https://bit.ly/3zYLM7J>

Presidencia de la República de Colombia. (2013, junio 27). *Decreto 1377 de 2013: Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1581 de 2012*. Diario Oficial N.º 48834. <https://bit.ly/3m8qAqR>

Quintero, B. y Prieto, E. (2008). *Teoría general del derecho procesal*. Temis.

Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. (2021). Sentencia STC 4577 M. P. Hilda González Neira. <https://bit.ly/3oofZLk>

Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. (2021). Sentencia SC 4027 M. P. Luis Armando Tolosa Villabona. <https://bit.ly/3kWzzMo>

Whitehead, M. (2020, enero 25). Por qué la gente deja Facebook (y qué nos dice esto de las redes sociales). *BBC Noticias*. <https://bbc.in/39PE30Z>