

DERECHO A LA INTIMIDAD Y AL MANEJO DE LA PROPIA IMAGEN-Apropiación y publicación de fotografías íntimas en redes sociales, sin el consentimiento del titular

El exhibir fotografías íntimas de otra persona, de las cuales alguien se ha apropiado indebidamente, es una conducta que tiene la capacidad de afectar, de manera evidente y manifiesta, varios derechos fundamentales de la persona que aparece en las fotografías. La imagen, al contener los rasgos y características externas que conforman la fisionomía de una persona, es un dato que la identifica, más que otros signos externos, en su concreta individualidad. Esta identificación es mayor cuando se trata de imágenes íntimas, en las cuales la persona aparece sin ropa o con ropa interior. Por ello, el exhibir a terceros este tipo de imágenes, sin consentimiento de la persona y como resultado de una apropiación indebida de ellas, puede llegar no sólo a tener consecuencias jurídicas, como la de vulnerar los antedichos derechos fundamentales, sino que también puede afectar la salud mental de la persona a la que se exhibe.

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD FRENTE AL BUEN NOMBRE Y HONRA EN INTERNET Y REDES SOCIALES-Personas naturales

(...) cuando el titular de los derechos fundamentales que se consideran trasgredidos es una persona natural, la acción de amparo procede únicamente si, previo a acudir a ella, el actor: 1) solicitó el retiro o la corrección ante el particular que efectuó la publicación; 2) reclamó ante la red social en la que está la publicación, siempre que la plataforma así lo permita, es decir, que tenga habilitadas herramientas para efectuar este tipo de reclamos.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-Deberes del juez de tutela

(...) la Corporación estableció una serie de reglas a aplicar por el juez de tutela, en los siguientes términos: “De conformidad con lo expuesto, la Corte ha extraído algunas reglas jurisprudenciales, que asignan la función al juez constitucional de aplicarlas en sus providencias cuando se configura la carencia de objeto por daño consumado: i) decidir de fondo en la parte resolutive de la sentencia sobre la configuración del daño consumado lo que supone un análisis y determinación sobre la ocurrencia o no de una vulneración de derechos fundamentales; ii) realizar una advertencia “a la autoridad pública [o particular]

para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela (...)” de acuerdo con el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991; iii) si lo considera necesario dependiendo del caso concreto, ordenar compulsar copias del expediente de tutela a las autoridades correspondientes con el fin de que investiguen y sancionen la conducta que produjo el daño; iv) informar al demandante y/o a sus familiares de las acciones jurídicas existentes en el ordenamiento jurídico que pueden utilizar para obtener la reparación del daño.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-No es posible deshacer los efectos producidos por la exhibición de fotografías

USO DE REDES SOCIALES Y VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES-Jurisprudencia constitucional

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

Referencia: Expediente T- 8.136.815

Asunto: Acción de tutela instaurada por la señora RBGF en contra de la señora EAQC

Magistrado Ponente:

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Jorge Enrique Ibáñez Najar, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, y 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos de tutela dictados los días 13 de enero y 16 de febrero de 2021, por el Juzgado Segundo Civil Municipal y el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito

de Leticia, Amazonas, respectivamente, dentro del trámite constitucional promovido por RBGF en contra de EAQC.

I. ANTECEDENTES

A. Aclaración previa: reserva de la identidad de las partes

1. De conformidad con el artículo 62 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional, las Salas de Revisión pueden disponer que en la publicación de la sentencia se omitan nombres o circunstancias que permitan identificar a las partes del proceso.¹ Esta regla se ha aplicado en casos que involucran aspectos íntimos de las personas, o cuyo contenido puede generar el deterioro innecesario de la imagen de las personas frente sí mismas o a la sociedad, esto es, cuando la providencia conlleva un impacto en los derechos fundamentales a la intimidad, la honra y el buen nombre de una persona.²

1. En el caso sub examine se estudia si el manejo y la exhibición, de diversos modos, de las fotografías de la actora vulnera sus derechos fundamentales. Estas fotografías contienen información sensible, por cuanto en ellas aquella aparece en ropa interior o sin ropa. Por ello, la Sala considera que en este caso es necesario mantener la reserva sobre el nombre de las personas relacionadas con el caso y sobre el lugar de trabajo de la actora, para evitar su identificación. En consecuencia, se dispondrá que la Secretaría General de la Corte Constitucional omita incluir esta información en la publicación del fallo, salvo en la copia que debe hacer parte del expediente de tutela.

B. Hechos probados

1. Ese mismo día, la señora EAQC procedió a enviarse a su cuenta de whatsapp las susodichas fotografías. Acto seguido, desde su cuenta personal se las mandó a la señora

RBGF, por la misma aplicación, indicándole que las haría públicas en todo Leticia.⁴

1. El 17 de noviembre de 2020, la señora EAQC publicó en su cuenta personal de la red social Facebook dos fotografías de mujeres en ropa íntima, sin dejar ver su rostro. La primera fotografía se acompañaba de la leyenda: “otra de muchas y de la otra también tengo un video”. La segunda fotografía venía con la leyenda: “hasta que la encontré”.⁵

1. El mismo 17 de noviembre de 2020, la señora EAQC acudió al lugar de trabajo de la señora RBGF, que es la (...), y expuso a quienes se encontraban en el lugar, las fotografías íntimas de esta última.⁶

1. Indicó la actora que esta situación afectó su salud mental, lo cual la llevó a acudir a una consulta de psicología, en la que RBGF presentaba un cuadro depresivo y se encontraba afectada por su autovaloración física, a “consecuencia de fotos íntimas de la misma, divulgadas por redes sociales y grupos de WhatsApp, causada por pareja de la persona con la que llevaba una relación extramarital”. Se indica en informe de valoración psicológica del 20 de noviembre de 2020, que esa situación además de generar una ruptura familiar, conllevó al aislamiento social de la actora, debido al impacto que esta situación generó en su vida.⁷

1. La publicación en la red social Facebook tuvo una breve permanencia, pues poco tiempo después de hacerse, la señora EAQC decidió retirarla. Esta señora argumenta que hizo la publicación movida por la ira y el intenso dolor, pero que apenas se dio cuenta de que no debía hacerlo, procedió a retirarla.⁸

C. Solicitud de amparo constitucional

1. Con fundamento en los anteriores hechos, la señora RBGF interpuso acción de tutela en

contra de la señora EAQC, por la violación de los derechos a la intimidad, a la honra, al buen nombre y a la dignidad humana. Como fundamento de la acción, relató los anteriores hechos.

1. La actora solicitó al juez de tutela que ordenara a la accionada: 1) retirar la publicación hecha en Facebook y en WhatsApp y 2) pedir disculpas públicas, en una radiodifusora, a ella y a su familia. Solicitó, además, 3) dar traslado del asunto al Colegio Colombiano de Psicólogos, para que se inicie un proceso disciplinario contra la accionada y 4) que se remitan las diligencias a la Fiscalía General de la Nación, ya que a su juicio se estaría ante una conducta con implicaciones penales.

D. Trámite procesal

a) Admisión de la tutela y contestación de las entidades relacionadas con el caso

1. Por medio de Auto del 11 de diciembre de 2020, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Leticia, Amazonas, admitió la acción de tutela y dio trámite a la misma.⁹

1. Contestación de la accionada. La señora EAQC contestó oportunamente la tutela y solicitó que se declarara improcedente, por considerar que ella carecía de sustento jurídico, de veracidad y de seriedad, pues se limita a exponer situaciones de índole personal que existen entre ella y la actora.¹⁰

1. Contestación de Facebook Colombia S.A.S. Esta sociedad, que fue vinculada por el juzgado al proceso, solicitó en su debida oportunidad ser desvinculada del mismo, alegando su falta de legitimación en la causa por pasiva. Esto lo funda en dos razones: 1) es totalmente ajena a los hechos narrados en la tutela y 2) está impedida legalmente para atender cualquier requerimiento al respecto, pues ello correspondería a Facebook Inc., y no es mandataria,

agente o representante de esta sociedad.

b) La sentencia de primera instancia, la impugnación y la sentencia de segunda instancia, objeto de revisión

1. La sentencia de primera instancia. El Juzgado Segundo Civil Municipal de Leticia, por medio de Sentencia del 13 de enero de 2021, concedió el amparo solicitado por la actora, por considerar que con la publicación hecha en la red social Facebook se había vulnerado “el derecho a la intimidad y el derecho a la imagen de la señora RBGF (...) ya que aquella no autorizó la divulgación o publicación de asuntos que trataban única y exclusivamente de su esfera privada.” En consecuencia, ordenó a la accionada que, en un término de 24 horas, retirara la publicación de la referida red social y realizara una nueva publicación “en la que informe a sus contactos que hizo uso de dichas imágenes sin autorización” y que con su actuar vulneró los derechos fundamentales de la señora RBGF. Asimismo, ordenó la desvinculación de Facebook Colombia S.A.S. del trámite de tutela. En cuanto a la conducta de enviar las fotografías por whastapp, el juzgado consideró que en ello lo que se aprecia es una conversación entre la actora y la demandada, por lo cual no puede inferirse que dichas imágenes hayan sido difundidas, más allá de dicha conversación. Por tanto, respecto de esta conducta no otorgó ningún amparo.¹¹

1. Impugnación. En su debida oportunidad, la señora EAQC impugnó la anterior decisión, con el argumento de que no hubo ninguna vulneración a los derechos fundamentales de la actora, pues fue ella misma la que envió sus fotografías, exponiéndose así a que se hicieran públicas. También refirió que ya había retirado la publicación de las fotografías realizada a través de su cuenta personal de Facebook, por lo que solicitó se revocara la decisión del a quo.

1. Sentencia de segunda instancia (objeto de revisión). El Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Leticia, por medio de Sentencia del 16 de febrero de 2021, revocó la decisión

impugnada, por considerar que en este caso se había configurado el fenómeno de “carencia actual de objeto por hecho superado.” El ad quem llegó a esta conclusión al constatar que la publicación en la red social Facebook ya había sido reiterada. De otra parte, el juzgado consideró que lo divulgado a través de whatsapp no había logrado menoscabar las garantías fundamentales de la actora, pues obedecía exclusivamente a conversaciones sostenidas entre aquella y la accionada, sin que existiere evidencia de que por ese medio la señora EAQC hubiere difundido las imágenes íntimas a terceros.¹²

c) Selección del caso por la Corte Constitucional y actuaciones en sede de revisión

1. Remitido el expediente de tutela de la referencia a esta Corte para su eventual revisión, la Sala de Selección de Tutelas Número Cuatro, por Auto del 30 de abril de 2021, notificado mediante estado el 14 de mayo de 2021, decidió seleccionarlo,¹³ conforme a los criterios objetivos de asunto novedoso y de necesidad de pronunciarse sobre determinada línea jurisprudencial, exigencia de aclarar el contenido y alcance de un derecho fundamental, y a los criterios subjetivos de urgencia de proteger un derecho fundamental y de necesidad de materializar un enfoque diferencial.

1. En dicho auto se repartió en asunto sub examine a la Sala Segunda de Revisión, integrada por los magistrados Jorge Enrique Ibáñez Najar, Alejandro Linares Cantillo y Antonio José Lizarazo Ocampo.

II. CONSIDERACIONES

A. Competencia

1. Esta Sala es competente para revisar las decisiones proferidas en la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política.

B. Análisis sobre la procedencia de la acción de tutela

1. Conviene advertir que en este caso existen tres conductas a las cuales se les atribuye la vulneración de los derechos fundamentales de la promotora de la acción de tutela. La primera conducta de la accionada es la de haberle enviado por WhatsApp a la actora las fotografías íntimas de esta última, luego de habérselas apropiado de forma indebida. La segunda conducta de la accionada es la de haber publicado dos fotografías íntimas, aunque sin dejar ver el rostro de las personas, con determinadas leyendas en la red social Facebook. Y la tercera conducta de la accionada es la de haber acudido al lugar de trabajo de la accionante y exhibido en él, a las personas que quisieran verlas, dichas fotografías.

1. Antes de desarrollar el análisis sobre la procedencia, la Sala debe destacar que ninguno de los jueces de tutela de instancia analizó las tres conductas indicadas. En efecto, ambos jueces se limitaron a analizar las dos primeras conductas, valga decir, el envío de las fotografías por whastapp y la publicación hecha en la red social Facebook.

1. El análisis del a quo lo llevó a amparar los derechos de la actora, frente a la publicación hecha en Facebook, ordenando a la accionada retirar dicha publicación e informar a sus contactos que se hizo uso de esas imágenes sin autorización. Respecto del envío de las fotografías por whastapp, el análisis del juzgado de primera instancia le permitió concluir que se trataba de una conversación privada que no tenía la capacidad de vulnerar los derechos fundamentales de la actora.

1. El ad quem, por su parte, al estudiar lo relativo a la publicación en la red social Facebook, encontró que había una carencia actual de objeto por hecho superado, ya que la publicación ya se había retirado. En cuanto al envío de las fotografías por whatsapp, concluyó que con esta conducta no se había afectado los derechos fundamentales de la actora.

1. Como se advirtió, ninguno de los juzgados analizó la tercera conducta, esto es, el haber acudido al lugar de trabajo de la actora y exhibir allí sus fotografías íntimas.

1. Como lo prevé el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela es un instrumento de defensa judicial al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de las autoridades y, excepcionalmente, de los particulares, en aquellos casos previstos en la ley.¹⁴

a) La legitimación por activa

1. En desarrollo del citado mandato superior, el Decreto 2591 de 1991,¹⁵ en su artículo 10, definió los titulares de dicha acción,¹⁶ valga decir, quienes podrán impetrar el amparo constitucional, 1) bien sea en forma directa (el interesado por sí mismo); 2) por intermedio de un representante legal (caso de los menores de edad, incapaces absolutos, interdictos y personas jurídicas); 3) mediante apoderado judicial (abogado titulado con poder judicial o mandato expreso); 4) a través de agente oficioso (cuando el titular del derecho no esté en condiciones de promover su propia defensa); o, 5) por conducto tanto del Defensor del Pueblo como de los personeros municipales (facultados para intervenir en representación de terceras personas, siempre que el titular de los derechos haya autorizado su mediación o se adviertan situaciones de desamparo e indefensión).

1. En este caso se satisface el requisito de la legitimación por activa, porque la señora RBGF es la titular de los derechos fundamentales que se consideran violados, y ella interpuso directamente la tutela para lograr la efectiva protección y garantía de estos ante las autoridades judiciales.

b) La legitimación por pasiva

1. En el mismo artículo 86 constitucional se establece que la acción de tutela tiene por objeto la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades o por el actuar de los particulares, en aquellos casos previstos en la Constitución y en la ley. En este contexto, conforme lo ha reiterado la Corte, este requisito de procedencia exige acreditar dos requisitos: 1) que se trate de uno de los sujetos respecto de los cuales procede el amparo y; 2) que la conducta que genera la vulneración o amenaza del derecho se pueda vincular, directa o indirectamente, con su acción u omisión.¹⁷

1. Cuando esta acción constitucional se promueve contra particulares, debe acreditarse que ellos: 1) están a cargo de la prestación de un servicio público; 2) que su conducta afecta directa y gravemente el interés colectivo; o, 3) que entre ellos y el actor existe una relación en la que este último se encuentra en situación de subordinación o indefensión. Respecto de esta circunstancia, esta Corporación ha señalado que el estado de indefensión se configura cuando la persona afectada en sus derechos por la acción u omisión del particular no cuenta con los medios físicos o jurídicos de defensa, o cuando aun teniéndolos, los mismos resultan insuficientes para repeler o resistir la vulneración o amenaza de su derecho fundamental, razón por la cual se encuentra desamparada.¹⁸

1. Bajo ese entendido, en el presente caso se encuentra acreditado el aludido requisito de legitimidad en la causa por pasiva. Esto, por cuanto la actora no tenía forma de controlar o repeler los actos desplegados por la accionada, quien luego de haberse enviado a su teléfono móvil las fotografías íntimas a las cuales accedió de manera indebida, procedió a divulgarlas por diversos medios, sobre los cuales la actora no tiene control, en desmedro de las garantías fundamentales de esta última.¹⁹ El hecho de que la señora EAQC hubiere eliminado la publicación de su cuenta personal de Facebook, no hace que desaparezca el estado de indefensión en que se encuentra la actora respecto de aquella, pues la demandada cuenta con las fotografías en su teléfono móvil, esto es, en un medio que se encuentra exclusivamente dentro de su esfera de control, al punto de que fue desde aquel que las envió a la accionante.

c) La inmediatez

1. Como requisito de procedibilidad de la acción de tutela también se exige que su interposición se haga dentro de un plazo razonable, pues de ello depende su eficacia y el logro de su objetivo primordial que no es más que obtener una protección actual, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales.

1. Con respecto a la oportunidad para la presentación de la acción de tutela, la Corte ha sido enfática en señalar que, aunque dicha acción no está sometida a un término de caducidad, ello no significa que pueda promoverse en cualquier tiempo.²⁰ Para efectos de la inmediatez, el término debe contabilizarse a partir del momento en el que se generó la vulneración o amenaza iusfundamental alegada, de manera que el amparo responda a la exigencia constitucional de ser un instrumento judicial de aplicación inmediata y urgente (CP art. 86), con miras a asegurar la efectividad concreta y actual del derecho constitucional que se invoca como comprometido.²¹

1. Sobre esa base, será el juez constitucional el encargado de establecer, a la luz de las circunstancias fácticas y jurídicas de cada caso concreto,²² y con fundamento en los principios de razonabilidad y proporcionalidad, si el amparo se promovió dentro de un lapso prudencial, de suerte que, de un lado, se garantice la eficacia de la decisión a proferir y, de otro, se evite satisfacer las pretensiones de aquellos que, por su desidia e inactividad, acudieron tardíamente en defensa de sus intereses.²³

1. En el caso sub examine, la Sala observa que la tutela fue interpuesta en un tiempo razonable, pues entre la fecha de las conductas vulneradoras, ocurridas a mediados del mes de noviembre de 2020 y la interposición de la acción de tutela transcurrió menos de un mes. Si bien en el escrito de tutela no hay una fecha ni un sello que precise la fecha de su presentación, lo antes dicho puede inferirse de la circunstancia de que el juez de primera instancia la admitió por medio de Auto del 11 de diciembre de 2020.

d) La subsidiariedad

1. De conformidad con el artículo 86 de la Carta y el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, la procedencia de la acción de tutela también se sujeta al principio de subsidiariedad, el cual, tal y como lo ha expresado la Corte, autoriza su uso en alguna de las siguientes hipótesis: 1) cuando no exista otro medio de defensa judicial que permita resolver el conflicto relacionado con la supuesta vulneración de un derecho fundamental; o cuando, aun existiendo, 2) dicho mecanismo no resulte eficaz e idóneo para la protección del derecho; o cuando, a pesar de brindar un remedio integral, 3) resulte necesaria la intervención transitoria del juez de tutela para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

1. En el asunto bajo estudio, el cumplimiento de este requisito y de los demás elementos diferentes, habrá de evaluarse de cara a cada una de las conductas de la accionada, a las que se considera vulneradoras de los derechos fundamentales de la actora.

1. Debe destacarse que en la Sentencia SU-420 de 2019, la Sala Plena de esta Corporación unificó su jurisprudencia respecto de la procedibilidad de la acción de tutela frente a publicaciones en las redes sociales y, específicamente, en la red social Facebook. En dicha sentencia se estableció que, cuando el titular de los derechos fundamentales que se consideran trasgredidos es una persona natural, la acción de amparo procede únicamente si, previo a acudir a ella, el actor: 1) solicitó el retiro o la corrección ante el particular que efectuó la publicación; 2) reclamó ante la red social en la que está la publicación, siempre que la plataforma así lo permita, es decir, que tenga habilitadas herramientas para efectuar este tipo de reclamos.

1. En el caso sub examine está probado que la accionada publicó el 17 de noviembre de 2020 en la red social Facebook dos fotografías íntimas, en las que aparece el cuerpo de mujeres en ropa íntima, con el rostro cubierto con sendos emoticones, acompañadas de las

leyendas: “otra de muchas y de la otra también tengo un video” y “hasta que la encontré”. La actora manifiesta que esas fotografías son suyas.

1. Frente a lo anterior, en el expediente no hay manifestación alguna y, menos aún, prueba que permita constatar que la actora hubiera solicitado el retiro de dicha publicación a la accionada, que fue quien hizo la publicación, o que hubiese hecho algún reclamo ante la red social Facebook, en tal sentido.

1. Como esta Sala de Revisión lo puso de presente en una reciente sentencia, la T-246 de 2021, la red social Facebook dispone de unos protocolos y unos procedimientos para que las personas que consideren estar afectadas por una publicación de otro miembro de la red social, puedan hacer el correspondiente reclamo.

1. En vista de las anteriores circunstancias, la Sala encuentra que la acción de tutela, en lo que concierne a la conducta bajo análisis, no cumple el requisito de subsidiariedad, en la medida en que la actora no hizo las solicitudes o reclamos previos que, conforme a lo ya establecido en la Sentencia SU-420 de 2019, son necesarios para poder acudir ante el juez de tutela. Esto implica que, contrario a lo que hicieron los jueces de instancia, respecto de esta conducta no era viable estudiar y decidir el asunto de fondo.

1. Por sustracción de materia, dado que no se satisfacía el requisito de la subsidiariedad en este caso, no es posible estudiar, como lo hizo el ad quem, si al momento de pronunciarse sobre la posible vulneración de los derechos fundamentales de la actora, la publicación en la red social Facebook ya había sido retirada por la accionada, valga decir, si se estaba o no ante una carencia actual de objeto por hecho superado. También resulta inviable estudiar, como lo hizo el a quo, si la publicación de las fotografías con el rostro cubierto por emoticones, lo que no permite identificar de qué persona o personas se trata, pudiere o no haber vulnerado los derechos fundamentales de la actora.

1. Con fundamento en lo expuesto, la Sala revocará la sentencia objeto de revisión y, en lo que atañe a esta conducta, declarará la improcedencia de la acción de tutela.

1. Para concluir el presente análisis de procedibilidad de la acción de tutela, la Sala considera necesario destacar que en las conductas sub examine la actora está en una situación marcada por su indefensión respecto de la accionada. En efecto, la accionante no puede controlar ni impedir que la señora EAQC le envíe unos mensajes que contienen imágenes y, menos aún, puede restringirle el acceso a la sede de un edificio público, como el de la (...), para exhibir, sin que ella lo supiera de antemano, sus fotografías. De otra parte, el ordenamiento jurídico, si bien brinda algunos medios para hacer efectiva la eventual responsabilidad en que habría incurrido quien causa el daño, no tiene medios ordinarios que sean idóneos para evitar la vulneración de los derechos fundamentales.²⁴ Por tanto, se cumple el requisito de la subsidiariedad.

C. La carencia actual de objeto por daño consumado

1. Antes de proseguir con el análisis, la Sala considera necesario ocuparse del fenómeno de la carencia actual de objeto por daño consumado. En la Sentencia SU-274 de 2019, la Sala Plena de esta Corporación unificó su jurisprudencia respecto de la procedibilidad de la acción de tutela frente a una carencia actual de objeto por daño consumado. En dicha sentencia se estudió la vulneración de derechos fundamentales causada por la conducta de filtrar informaciones reservadas y se pudo establecer que, frente a este tipo de conducta, no había lugar a rectificación alguna, ni a retrotraer las cosas al estado anterior.²⁵

1. En el presente caso, la conducta de enviar las fotografías por whastapp a la actora y la conducta de haberlas exhibido en el lugar de trabajo de esta, no dan lugar a ningún tipo de rectificación, pues se trata de imágenes. Tampoco es posible retrotraer las cosas al estado anterior, porque el envío ya se hizo y no puede deshacerse, y porque la exhibición es un

hecho cumplido y ya no es posible lograr que quien haya visto las fotografías en su oportunidad, obre como si no las hubiere visto o las borre de su memoria.

1. Las conductas en comento, a las que se atribuye la vulneración de los derechos fundamentales de la actora, como se acaba de decir, no pueden retrotraerse. En caso de haber habido un daño, lo que deberá establecerse en un análisis de fondo del asunto, sería un daño consumado. A juicio de la Sala, respecto de las conductas sub examine se está ante una carencia actual de objeto, por haber un daño consumado.

1. Si bien las personas acuden a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos fundamentales, durante el trámite del proceso puede suceder que se alteren o desaparezcan las circunstancias que dieron origen a la presunta vulneración de tales derechos.²⁶ Esto puede acaecer, bien porque la vulneración de los derechos fundamentales cesó, bien porque se haya consumado la afectación que pretendía evitarse, o bien porque se presentaron circunstancias a partir de las cuales se pierde el interés en la prosperidad del amparo,²⁷ lo que ocasiona que la acción pierda su razón de ser y la decisión resulte ineficaz y carente de sustento.²⁸

1. En los eventos que acaba de señalarse se configura lo que la jurisprudencia constitucional denomina el fenómeno de la carencia actual de objeto. Al profundizar en este fenómeno, la Corte ha identificado tres modalidades, a saber: 1) el hecho superado, que se presenta cuando entre la interposición de la acción de tutela y el momento en que el juez profiere el fallo, se eliminó la vulneración de los derechos fundamentales del actor;²⁹ 2) el daño consumado, que ocurre cuando se ha concretado la afectación iusfundamental, la cual pretendía evitarse con la acción de tutela, de tal manera que frente a la imposibilidad de impedir que se concrete el daño o de cesar sus efectos, no es viable que el juez de tutela imparta una orden para retrotraer la situación;³⁰ y, 3) el hecho sobreviniente, que se presenta en aquellos eventos que no encajan en las dos categorías anteriores, “y se remite a cualquier otra circunstancia que determine que, igualmente, la orden del juez relativa a lo

solicitado en la demanda de amparo no surta ningún efecto y por lo tanto caiga en el vacío”.³¹

1. A juicio de la Sala, en el presente caso se está ante una carencia actual de objeto por daño consumado. En efecto, no puede decirse que la vulneración a los derechos fundamentales se haya eliminado, sino que, en todo caso, dicha vulneración ya no puede retrotraerse o deshacerse. Ante esta modalidad del fenómeno de la carencia actual de objeto, en la Sentencia SU-274 de 2019, la Corporación unificó su jurisprudencia en el sentido de advertir que, en principio, no es factible dar órdenes.³²

1. Cuando se está ante un daño consumado, la acción de tutela pierde su función principal, pues cualquier decisión que llegue a adoptarse por el juez no logrará restablecer el goce de los derechos fundamentales vulnerados.³³ Sin embargo, como se precisó, entre otras, en la Sentencia T-170 de 2009, en este evento el juez, tanto en las instancias como en la revisión, tiene los siguientes deberes: 1) debe pronunciarse sobre la vulneración de los derechos señalados en la tutela; 2) debe pronunciarse sobre el alcance de tales derechos; 3) debe informar al actor o a sus familiares sobre las acciones a las que puede acudir para la reparación del daño; y 4) debe compulsar copias del expediente a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta de los accionados, a los cuales sea posible atribuir el daño.

1. Más recientemente, en la unificación de jurisprudencia hecha en la Sentencia SU-274 de 2019, la Corporación estableció una serie de reglas a aplicar por el juez de tutela, en los siguientes términos:

“De conformidad con lo expuesto, la Corte ha extraído algunas reglas jurisprudenciales, que asignan la función al juez constitucional de aplicarlas en sus providencias cuando se configura la carencia de objeto por daño consumado³⁴: i) decidir de fondo en la parte resolutive de la sentencia sobre la configuración del daño consumado lo que supone un

análisis y determinación sobre la ocurrencia o no de una vulneración de derechos fundamentales³⁵; ii) realizar una advertencia “a la autoridad pública [o particular] para que en ningún caso vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que dieron mérito para conceder la tutela (...)” de acuerdo con el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991³⁶; iii) si lo considera necesario dependiendo del caso concreto, ordenar compulsar copias del expediente de tutela a las autoridades correspondientes con el fin de que investiguen y sancionen la conducta que produjo el daño³⁷; iv) informar al demandante y/o a sus familiares de las acciones jurídicas existentes en el ordenamiento jurídico que pueden utilizar para obtener la reparación del daño³⁸.

1. En vista de las anteriores circunstancias, el que pueda estarse ante una carencia actual de objeto por un eventual daño consumado, no implica un obstáculo para adelantar el análisis de fondo del caso, sino que es, por el contrario, una razón de peso, conforme a las reglas antedichas, para hacer dicho análisis en lo relativo a las conductas de enviar las fotografías por WhatsApp y de exhibir las fotografías en el lugar de trabajo de la actora.

1. Con base en la situación reseñada en los acápites precedentes, se tiene que los días 16 y 17 de noviembre de 2020, la señora EAQC accedió de forma indebida a varias fotografías íntimas de la actora RBGF y las utilizó. Este uso se concretó en tres conductas: 1) enviar las fotografías a la cuenta de WhatsApp de la actora; 2) publicar dos fotografías en el perfil de la accionada en la red social Facebook, con los rostros cubiertos, acompañadas de unas leyendas; 3) exhibir las fotografías en el recinto de la (...), lugar donde labora la actora.

1. En vista de tales conductas, la actora acudió al juez de tutela para solicitar la protección de sus derechos fundamentales a la intimidad, honra, buen nombre y dignidad humana. El Juzgado Segundo Civil Municipal de Leticia, que obró como juez de primera instancia, amparó dichos derechos por considerar que ellos habían sido vulnerados con la publicación hecha en la red social Facebook, por lo que ordenó el retiro de dicha publicación. En cuanto a la conducta de enviar las fotografías a la cuenta de WhatsApp consideró que ella no vulneraba

los derechos fundamentales de la actora. Respecto a la conducta de exhibir las fotografías, no hizo ningún análisis. El Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Leticia revocó el amparo otorgado, por considerar que, al haberse retirado la publicación en la red social Facebook, se estaba ante una carencia actual de objeto por hecho superado. En cuanto a la conducta de enviar las fotografías a la cuenta de WhatsApp compartió las reflexiones del a quo. Por último, tampoco analizó lo relativo a la conducta de exhibir las fotografías.

1. Al hacer el análisis de procedencia de la acción de tutela en este caso, se pudo establecer, de una parte, que la acción, respecto de la conducta de haber publicado dos fotografías de la actora en Facebook, es improcedente, dado que la actora no solicitó el retiro o la corrección ante el particular que efectuó la publicación, ni reclamó ante la red social Facebook, en la que está la publicación, pese a que esta plataforma así lo permite. Respecto de las conductas restantes, se encontró que, si bien ellas se enmarcan en una carencia actual de objeto por daño consumado, esta circunstancia no impide proseguir con el análisis de fondo, sino que, por el contrario, lo requiere conforme a las reglas unificadas en la Sentencia SU-274 de 2019. Además, se verificó que no existen medios ordinarios idóneos para la protección de los derechos fundamentales, por lo cual la acción de tutela sí es procedente.

1. Por lo tanto, corresponde a esta Sala determinar si la accionada, 1) al haber enviado a la actora las fotografías de esta última por WhatsApp y 2) al haber exhibido dichas fotografías en el recinto de la (...), que es el lugar de trabajo de la actora, vulneró o no sus derechos fundamentales a la intimidad, honra, buen nombre, dignidad humana y a la propia imagen.

1. Para resolver los anteriores problemas jurídicos, la Sala 1) dará cuenta de su jurisprudencia en torno a las comunicaciones por WhatsApp y la afectación de derechos fundamentales; 2) reiterará su jurisprudencia sobre el sentido y el alcance de los derechos fundamentales a la intimidad, honra, buen nombre, dignidad humana y a la propia imagen, en relación con el envío, publicación o exhibición de fotografías; y 3) con fundamento en lo

anterior resolverá el caso concreto.

E. Las comunicaciones por WhatsApp y la afectación de derechos fundamentales

1. En la Sentencia T-574 de 2017 se estudió un caso en el cual se impuso una sanción disciplinaria a un trabajador, por una conducta relacionada con mensajes transmitidos como archivos de audio, por medio de la aplicación de WhatsApp, a un grupo de personas denominado “Distribuciones Cúcuta”. En esta sentencia la Sala de Revisión precisó el alcance del derecho a la intimidad frente a nuevos medios tecnológicos y, en especial, frente al servicio de mensajería instantánea denominado WhatsApp.

1. Al caracterizar dicha aplicación, la sentencia destacó que por medio de ella puede enviarse archivos de texto, de voz, imágenes, videos, enlaces de sitios web e incluso realizar llamadas. Esta aplicación, en cuanto se refiere a la mensajería instantánea, permite crear grupos en los que pueden participar varios miembros, hasta un número máximo de 256 integrantes. Cada miembro puede retirarse del grupo, silenciarlo, personalizar avisos o notificaciones, etc. Las referidas comunicaciones están protegidas por un cifrado de extremo a extremo, que impide el acceder a la información a personas distintas a aquellas a las que se remite el mensaje y ajenas al respectivo grupo.

1. Dado que no es posible definir con exactitud el alcance del derecho a la intimidad respecto de la información que circula por WhatsApp, la sentencia empleó una noción más amplia, denominada expectativa de privacidad.³⁹ Esta noción se considera en la sentencia como un elemento útil para juzgar si divulgar o revelar mensajes contenidos en una conversación virtual vulnera o no el derecho a la intimidad. En consecuencia, advierte que:

“En particular, la existencia de una expectativa de privacidad así como su alcance, debe definirse tomando en consideración, entre otros factores, (i) el carácter más o menos abierto

del sistema de mensajería bajo el cual se desarrolla la conversación; (ii) los integrantes y fines del grupo virtual; (iii) la clase de información de la que se trate⁴⁰ y si se encuentra o no protegida por regímenes especiales como aquel previsto, por ejemplo, en la Ley 1581 de 2012; (iv) la existencia de reglas o pautas que hayan fijado límites a la circulación de las expresiones o informaciones contenidas en el espacio virtual; y (v) la vigencia de obligaciones legales o contractuales de confidencialidad como las que pueden establecerse en contratos de trabajo o en los reglamentos internos de trabajo. // Así por ejemplo, la posibilidad de oponerse a la circulación de las informaciones o mensajes será mayor cuando (i) se produce en un espacio virtual con medidas especiales de protección frente a la injerencia o conocimiento de terceros; (ii) se remiten a un grupo conformado por un número reducido de personas vinculadas por un propósito relevante solo para ellas; y (iii) pueden calificarse como privadas o reservadas. La expectativa de privacidad se incrementa además, si (iv) los participantes han previsto una advertencia específica para impedir la divulgación de los contenidos de la conversación virtual.”

1. En la Sentencia T-240 de 2018 se analizó el caso de la expulsión de un adolescente de 13 años de un colegio, como resultado de una investigación sobre uso malicioso de las redes sociales, para difundir fotos de algunas compañeras del colegio. El estudiante expulsado había solicitado fotos a niñas de su edad por la red social snapchat, con el torso desnudo, las guardaba en su teléfono y las compartía posteriormente por la red WhatsApp.

1. Luego de constatar que las fotografías habían sido compartidas por el adolescente al menos con uno de sus compañeros, sin tener autorización para ello, la Sala de Revisión advierte que “el escenario de las redes sociales expone a quienes lo usan a situaciones que en un principio pudieron no ser presupuestadas y que pueden llegar a implicar afectaciones a la dignidad de las personas cuando superan el ámbito de lo privado. Una fotografía íntima compartida en un chat, por ejemplo, puede llegar a tener impactos inesperadamente sobredimensionados, mucho más allá de lo que pudieron inicialmente querer o pretender los involucrados.” La conducta del adolescente se califica en la sentencia como una agresión escolar a través de medios electrónicos, con fundamento en lo previsto en el artículo 39.3 del

Decreto 1965 de 2013.

1. En la Sentencia SU-141 de 2020 también se examina un caso sobre el ejercicio de libertad de expresión, en relación con determinada información conocida en las audiencias preliminares de un proceso penal, a la que calificó como reservada y, por tanto, se prohibió el ingreso del público y de la prensa a dichas audiencias. Si bien en este caso la sentencia no analiza lo relativo a la red WhatsApp, en las intervenciones hechas por expertos en la audiencia pública convocada en este proceso, según se registra en la propia sentencia, se plantea la cuestión de difundir la información de lo que ocurre en una audiencia por medio de esta aplicación, incluso en tiempo real y permanente.

1. En la Sentencia T-324 de 2020 se revisó el caso de un miembro de un partido político que, en el grupo de WhatsApp de los militantes de dicho partido, hizo unas manifestaciones descalificando a otro de los miembros. El análisis de la Sala de Revisión se centró en el sentido y alcance de la libertad de expresión, especialmente en internet. En este análisis un factor relevante fue el de que el grupo de WhatsApp que fue el escenario para difundir el mensaje, estaba integrado por miembros de un partido político. Este factor conduce a la sentencia a reflexionar sobre la libertad de expresión política.

1. Los derechos fundamentales a la intimidad, honra y buen nombre gozan de una amplia protección, derivada de la Constitución Política, así como de diversos tratados internacionales⁴¹.

1. El artículo 15 superior, reconoce a todas las personas, su derecho a la intimidad personal y familiar, así como a su buen nombre y, consagra de manera expresa que el Estado tiene el deber de respetar y hacer respetar esos derechos.

1. La garantía a tener un buen nombre ha sido entendida como “la reputación, o el concepto que de una persona tienen los demás y que se configura como derecho frente al detrimento que pueda sufrir como producto de expresiones ofensivas o injuriosas o informaciones falsas o tendenciosas” 42. Bajo este entendido, constituye “uno de los más valiosos elementos del patrimonio moral y social, y un factor intrínseco de la dignidad humana que a cada persona debe ser reconocida tanto por el Estado, como por la sociedad” 43, y su lesión se produce por la difusión infundada de informaciones falsas o erróneas, que distorsionan el concepto público que se tiene de la persona.⁴⁴

1. De otra parte, ha dicho la Corte que el derecho a la intimidad “está instituido para garantizar a las personas una esfera de privacidad en su vida personal y familiar, al margen de las intervenciones arbitrarias que provengan del Estado o de terceros”⁴⁵, por lo que hace parte de esta garantía, “la protección frente a la divulgación no autorizada de los asuntos que conciernen a ese ámbito de privacidad”⁴⁶.

1. Por su parte, el derecho a la honra está consagrado en el artículo 21 constitucional y, si bien es asimilable al concepto de buen nombre, la doctrina de esta Corte la ha definido “como la estimación o deferencia con la que, en razón a su dignidad humana, cada persona debe ser tenida por los demás miembros de la colectividad que le conocen y le tratan”.⁴⁷ Por consiguiente, se trata de “un derecho que debe ser protegido con el fin de no menoscabar el valor intrínseco de los individuos frente a la sociedad y frente a sí mismos, y garantizar la adecuada consideración y valoración de las personas dentro de la colectividad”⁴⁸.

1. De igual forma, esta Corporación ha reconocido que toda persona tiene derecho al manejo de su propia imagen y que se trata de un derecho fundamental autónomo que además se deriva de la dignidad humana y está íntimamente ligado con el derecho al libre desarrollo de la personalidad⁴⁹. En ese entendido, ha exaltado la necesidad de que medie consentimiento para su utilización por parte de terceros, ya que “la imagen o representación externa del sujeto tiene su asiento necesario en la persona de la cual emana y, por tanto, su injusta

apropiación, publicación, exposición, reproducción y comercialización, afecta lo que en estricto rigor constituye un derecho o bien personalísimo”⁵⁰ y, porque, la imagen contiene las características externas que conforman la fisonomía de la persona y la identifican más que cualquiera otro signo externo en su concreta individualidad⁵¹.

1. En varias oportunidades esta Corporación ha estudiado casos en los que se consideraba que la violación a la intimidad, honra, buen nombre, dignidad humana y a la propia imagen, se debía al envío, la publicación o la exhibición de fotografías. En este sentido, en la Sentencia T-408 de 1998 se analizó la afectación que tuvo en el trabajo de una persona, el envío y la circulación de unas fotografías comprometedoras en las que aparece con una persona del mismo sexo que fue su pareja.

1. Al estudiar si el actor se encontraba en indefensión, la sentencia destaca que la circulación de ese tipo de fotografías “puede afectar sensiblemente el derecho a la propia imagen de su titular”. A esto se agrega que difundir este tipo de imágenes, que pueden generar un reproche o juicio negativo por la comunidad a la que pertenece el actor, sin su consentimiento y sin una justificación constitucional o legal, “afecta de manera irreversible los derechos fundamentales mencionados.” Al resolver el caso concreto, la Sala de Revisión constató que no hay evidencia de que la accionada hubiese hecho públicas las fotografías, las cuales fueron entregadas por ella a las autoridades para que formaran parte de una investigación por la eventual comisión de delitos de abuso o corrupción de menores. Por ello, consideró que no se había vulnerado el derecho a la propia imagen, ya que las fotografías estaban en poder de una autoridad que, de una parte, no podía difundirlas o publicarlas y, de otra, hacían parte de los documentos que soportaban la noticia criminal.

1. En la Sentencia T-405 de 2007 se revisó otro caso relativo a fotografías, en este caso íntimas. Una trabajadora, que tenía asignado por su empresa un computador portátil, lo usó para abrir una carpeta personal en la cual guardaba las fotografías que tomaba, para pasarlas a un disco compacto y luego llevarlas a impresión. Según refiere la actora, estando

dormida, su hija le tomó varias fotos en las que aparece desnuda. Estas fotos fueron descargadas en el computador. En su trabajo una persona le pidió el computador para redactar un documento y, de forma arbitraria, esta persona accedió a la carpeta personal, revisó las fotos y comunicó su existencia a la accionada, quien las mandó a imprimir. Con estas fotografías, continúa el relato de la actora, fue citada a una reunión por la compañera de trabajo que las imprimió, quien le dijo que si no renunciaba a su cargo divulgaría las fotos. Al no renunciar, las fotos fueron enviadas a varias personas en la empresa y, al padre de la tutelante, con el aviso de que si no se presentaba la renuncia las fotografías se seguirían mostrando “a todo el mundo.”

1. La accionada, por su parte, adujo que las fotografías eran escabrosas, dado que había unas posturas en las que deliberadamente la actora exhibía el cuerpo, de modo que no pudieron ser tomadas por su hija, sino que obedecen a actos contrarios a la moral y a las buenas costumbres. Agregó que la renuncia de la actora fue libre y voluntaria, ya que en ningún momento se hizo la exigencia a la que aquella hace referencia.

1. La Sala de Revisión consideró relevante analizar, en el contexto de este caso, el derecho a la propia imagen, para destacar que “la imagen o representación externa del sujeto tiene su asiento necesario en la persona de la cual emana y, por tanto, su injusta apropiación, publicación, exposición, reproducción y comercialización, afecta lo que en estricto rigor constituye un derecho o bien personalísimo.”⁵² De otra parte, la sentencia aclara que el derecho a la propia imagen es un derecho autónomo, que puede afectarse de manera independiente o de manera concurrente con los derechos a la intimidad, a la honra y al buen nombre de su titular.

1. En la Sentencia T-054 de 2018 se estudió el caso de un contratista con una empresa vinculada a un proyecto público, de quien se publicó por una tercera persona, en la red social Twitter, varias imágenes íntimas en las que aparecen el contratista y su esposa. El actor manifiesta que no sabe cómo se obtuvieron dichas fotografías y que, a su juicio, la única

posibilidad que vislumbra es la de que dichas imágenes fueron tomadas de un portal web privado, en el cual las compartió como parte de una práctica sexual prescrita por un psicólogo, para fortalecer la relación de pareja. La difusión de las fotografías generó un escándalo, el cual llevó a que se solicitara al contratante que, con respeto del debido proceso, suspendiera las actividades del actor y, a la postre, la solicitud fue de retirarlo de manera definitiva del programa en el que se encontraba, lo cual efectivamente se hizo.

1. La Sala de Revisión, al estudiar el derecho fundamental a la intimidad, destacó que ni el Estado ni terceras personas pueden intervenir de manera injustificada y arbitraria en dicho ámbito,⁵³ dentro del cual están las prácticas sexuales.⁵⁴ Por tanto, lo que haga una persona en su vida íntima no puede ser examinado o sometido a escrutinio por el empleador o contratante y, en consecuencia, no puede afectar la relación laboral o contractual.

G. El caso concreto

1. La conducta de enviar las fotografías íntimas de la actora a su cuenta personal del WhatsApp y la conducta de exhibirlas en su lugar de trabajo, tienen un fundamento común. En efecto, la Sala destaca que estas dos conductas fueron posibles merced a la obtención de las fotografías por la accionada. Esta conducta, si bien no se señala en este caso como vulneradora de los derechos fundamentales, es muy importante para comprender el contexto de las conductas posteriores.

1. Las fotografías fueron enviadas por la actora a una persona distinta a la accionada, por medio de la aplicación WhatsApp. Este envío se hizo en el marco de una comunicación privada y no tenía, en ningún caso, el propósito de que las fotografías fueran vistas por personas diferentes a su destinatario. Para la Sala es evidente que la accionante no dio su consentimiento para que un tercero, ajeno a su conversación privada con el destinatario de su mensaje, se apropiara, publicara, expusiera o reprodujera dichas imágenes.

1. Aunque no está claro en el proceso de qué modo la accionada accedió al teléfono móvil de su pareja sentimental, valga decir, si este acceso fue consentido o no consentido, lo cierto es que al reenviar a su propia cuenta de WhatsApp las fotografías íntimas de la actora, que no estaban destinadas a ella, irrumpió en la esfera íntima de aquella. Este reenvío es, en realidad, una apropiación indebida de las fotografías íntimas de la promotora de esta acción tutelar, que afecta sus derechos a la intimidad y a la propia imagen. Aunque en la acción de tutela no se cuestiona esta apropiación, la Sala considera que ella implica un desconocimiento de los referidos derechos fundamentales, pues se trata de fotografías íntimas de una persona, relacionadas con sus actividades y prácticas sexuales, de las cuales se apropia un tercero, sin que hubiera consentimiento para ello.

1. El enojo o la contrariedad que puede generar en una persona que tiene una relación de pareja con otra encontrar fotografías íntimas de una tercera persona en un teléfono móvil, comprensible en términos emotivos y humanos, no autoriza a esa persona para proceder, por sí y ante sí, a apropiarse de dichas fotografías, ni mucho menos a publicarlas o exponerlas.

1. En vista de que en el proceso no hay evidencia alguna sobre la eventual destrucción de las fotografías de la actora, que están o estaban en poder la accionante y, dado que esta situación sí puede remediarse por medio de una orden impartida por el juez de tutela, ya que no se está ante un daño consumado, la Sala ordenará a la accionada borrar o destruir dichas fotografías dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia.

1. Ahora bien, una vez hecha la apropiación indebida de las fotografías íntimas de la actora, la accionada procedió a remitírselas por WhatsApp, por medio de un mensaje que no tuvo ningún otro destinatario. Si bien en los casos examinados por esta Corporación, la aplicación WhatsApp se había utilizado o bien para difundir mensajes a grupos de personas,⁵⁵ o bien para remitir imágenes a otras personas diferentes a las que allí aparecen⁵⁶, no se había analizado un caso en el cual las imágenes fuesen remitidas a la persona que aparece en ellas, como ocurre en el asunto sub judice.

1. Conforme a lo advertido en la Sentencia T-574 de 2017, en este caso debe emplearse la noción amplia de expectativa de privacidad. La actora, al decidir libremente enviar unas fotografías íntimas a una persona, por medio de la aplicación WhatsApp, se expuso al riesgo de que una tercera persona, como ocurrió en este caso, se apropiara indebidamente de las mismas. La Sala considera necesario reiterar que el enviar un mensaje, sea de texto, sea de imágenes o sea de video, hace que su contenido salga de la esfera de control de su emisor y pueda llegar a ser conocido por su destinatario, que es lo esperable, y por terceras personas, sea de manera justificada, como ocurriría, por ejemplo, con las autoridades, cuando hay una orden judicial que así lo permite, o sea de manera injustificada, como ha ocurrido en este caso.

1. Para analizar la conducta a la que se atribuye haber vulnerado los derechos fundamentales de la accionante, dado que se usará una noción amplia de expectativa de privacidad, esta Corporación considerará los factores señalados en la Sentencia T-574 de 2017. En el caso sub examine se tiene que: 1) el sistema de mensajería de WhatsApp tiene un carácter cerrado y los mensajes son cifrados de extremo a extremo, de tal modo que el acceso a sus contenidos es difícil para personas diferentes a sus destinatarios;⁵⁷ 2) el mensaje no fue enviado a un grupo de personas, sino a una sola persona: la señora RBGF, y no obedecía a una relación permanente o habitual entre quien lo envió y quien lo recibió, sino que, al parecer, buscaba advertir a la actora sobre la circunstancia de que la accionada estaba al tanto de los mensajes que aquella le enviaba a la pareja de esta última; 3) la información es sensible, en la medida en que guarda relación con la vida sexual de la actora;⁵⁸ 4) la aplicación WhatsApp no puede ver el contenido de los mensajes personales ni escuchar las llamadas,⁵⁹ pero sí puede colaborar con las autoridades para acceder a ciertos datos,⁶⁰ aunque no cuenta con unos protocolos o sistemas para establecer reclamos, como sí lo tienen algunas redes sociales; 5) en este caso no hay una obligación de confidencialidad establecida en un contrato de trabajo o en un reglamento interno de trabajo, porque la comunicación no se hizo en un entorno laboral, sino en uno puramente personal.

1. Si bien podría argumentarse, como lo hacen los dos jueces de instancia, que el envío de las fotografías íntimas se enmarca en una comunicación interpersonal que no traspasó la esfera privada, en la medida en que de dicha comunicación no participaron otras personas, de ello no se sigue que no haya habido una vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen. En efecto, estos derechos se habían vulnerado con la apropiación indebida de las fotografías, que son datos sensibles, y así el mensaje estuviese protegido por un cifrado de extremo a extremo y sólo hubiera sido remitido a la actora, la accionada no tenía derecho a usar dichas fotografías, para enviárselas a cualquier otra persona, incluso a aquella que aparece en ellas. El que las fotografías íntimas no llegasen al conocimiento de terceros, al menos en el contexto de la conducta que ahora se analiza, no hace que la conducta de enviarlas resulte inane de cara a la garantía de los derechos fundamentales de la actora.

1. Como se advirtió al estudiar el fenómeno de la carencia actual de objeto por daño consumado,⁶¹ no es posible retrotraer el envío del mensaje por el servicio de mensajería de WhatsApp. En esta medida, la Sala debe reconocer que se está ante una carencia actual de objeto por daño consumado, que vulneró los derechos fundamentales de la actora y que, si bien no puede ser remediada por medio de órdenes por el juez de tutela, sí amerita que en esta sentencia se haga una advertencia a la accionada para que en ningún caso vuelva a realizar la conducta en comento.

1. Por último, en cuanto atañe a la exhibición de las fotografías íntimas de la actora, que la accionante hizo en su lugar de trabajo, la Sala encuentra que esta conducta vulnera los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen, desconocidos con la apropiación indebida de las fotografías y conculcados con la exhibición de las mismas y, además, los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre, en la medida en que exponer o exhibir a terceros datos sensibles de una persona, propios de su vida sexual, la expone de manera injustificada al escrutinio de los demás y puede generar su discriminación y afectar su reputación y la imagen que los demás tienen de ella.

1. Como se acaba de decir en el análisis de la conducta anterior, debe reconocerse que se está ante una carencia actual de objeto por daño consumado, ya que no es posible revertir la exhibición ya hecha por medio de una orden judicial. Sin embargo, la Sala considera necesario, como lo hizo al analizar la conducta anterior, advertir a la accionada para que en ningún caso vuelva a realizar esta conducta.

1. Por último, en cuanto a las pretensiones de la actora, la Sala considera que sólo la tercera de ellas tiene cabida en este caso. En efecto, la pretensión de que la accionada pida disculpas públicas en una radiodifusora, en el contexto de este caso, resulta contraproducente para los derechos de la actora, pues por esta vía, buena parte de su comunidad acabará enterándose de la existencia de sus fotografías y de las conductas que afectaron sus derechos. Por tanto, se trata de una pretensión que tiene la capacidad de revictimizar a la actora. En cuanto a la pretensión de dar traslado al Colegio Colombiano de Psicólogos, para iniciar un proceso disciplinario contra la accionada, la Sala destaca que la conducta de esta última no tiene relación con su ejercicio profesional como psicóloga, sino que obedece a otras circunstancias. De modo que esta pretensión no tiene cabida. Otra es la situación respecto de la pretensión de remitir las diligencias a la Fiscalía General de la Nación, para lo de su competencia. Si bien no le compete a la Corte el calificar si la conducta de la accionada es o no delictiva, una de las alternativas que ofrece el ordenamiento jurídico ante el daño consumado, es el informar del mismo a las autoridades correspondientes, entre ellas las judiciales, para que adelanten los procesos que a ellas atañen y, de ser ello viable, establezcan las responsabilidades que sean del caso.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia de segunda instancia dictada el 16 de febrero de 2021, por el Juzgado Segundo Promiscuo del Circuito de Leticia, que a su vez revocó la decisión de amparo de los derechos fundamentales de RBGF adoptada el 13 de enero de 2021, por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Leticia, y que declaró una carencia actual de objeto por hecho superado.

SEGUNDO.- DECLARAR la improcedencia de la acción de tutela, en lo que tiene que ver con la conducta de haber publicado dos fotografías íntimas de la actora, con el rostro cubierto y acompañadas de las leyendas “otra de muchas y de la otra también tengo un video” y “hasta que la encontré”, por no haberse superado el requisito de procedencia de la subsidiariedad.

TERCERO.- AMPARAR los derechos a la intimidad y a la propia imagen de la señora RBGF, vulnerados por la apropiación indebida que de sus fotografías íntimas hizo la señora EAQC, y ORDENAR a esta última que, en el término improrrogable de 48 horas, contado a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a borrar o destruir dichas fotografías.

CUARTO.- DECLARAR que existe una carencia actual de objeto por daño consumado a los derechos a la intimidad y a la propia imagen de la señora RBGF, por el envío que de sus fotografías íntimas le hizo la señora EAQC por el servicio de mensajería WhatsApp, y ADVERTIR a esta última que en ningún caso vuelva a incurrir en esta conducta.

QUINTO.- DECLARAR que existe una carencia actual de objeto por daño consumado a los derechos a la intimidad, a la propia imagen, a la honra y al buen nombre de la señora RBGF, por la exhibición que la señora EAQC hizo de sus fotografías íntimas en el lugar de trabajo de aquella, y ADVERTIR a esta última que en ningún caso vuelva a incurrir en esta conducta.

SEXTO.- REMITIR copia del expediente de tutela a la Fiscalía General de la Nación, para lo de su competencia.

SÉPTIMO.- Por secretaría general, LÍBRENSE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase,

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con aclaración de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Acuerdo 02 de 2015.

2 Cfr. Corte Constitucional, Auto 150A de 2018, que a su vez cita los Autos 094 de 2017 y 026 de 2018.

3 Ver páginas 2 y 3 de la impugnación presentada por la accionada, la cual se encuentra identificada con el consecutivo N° 4 del expediente digital.

4 Ver página 1 de la demanda de tutela, la cual se encuentra identificada con el consecutivo N° 1 del expediente digital.

5 Ver los anexos obrantes a folios 22 y 23 de la demanda de tutela, la cual se encuentra identificada con el consecutivo N° 1 del expediente digital.

6 Ver página 1 de la demanda de tutela, la cual se encuentra identificada con el consecutivo N° 1 del expediente digital.

7 Valoración psicológica de fecha 20 de noviembre de 2020 que se adjuntó a la acción de tutela y que obra en el expediente, en la página 9 de la demanda de tutela, identificada con el consecutivo N° 1 del expediente digital.

8 Ver página 3 de la impugnación presentada por la accionada, la cual se encuentra identificada con el consecutivo N.º 4 del expediente digital.

9 Así se indica en la sentencia de primera instancia proferida el 13 de enero de 2021, p. 2.

10 El escrito de contestación no aparece en el expediente, las referencias a él se hacen con fundamento en lo que dicen los jueces de tutela de ambas instancias.

11 Sentencia del 13 de enero del 2021, p. 7.

12 Sentencia del 16 de febrero de 2021, p. 5 y 6.

13 El expediente fue seleccionado por insistencia de la Defensoría del Pueblo y de la Procuraduría General de la Nación.

14 Consultar, entre otras, las Sentencias T-819 de 2001, T-531 de 2002, T-711 de 2003, T-212 de 2009, T-778 de 2010, T-495 de 2013, T-561 de 2013, T-679 de 2013, T-470 de 2014, T-540 de 2015, T-361 de 2017, T-307 de 2018 y T-455 de 2019.

15 “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Carta Política”.

16 Debe ponerse de presente que la Corte se ha encargado de puntualizar, en relación con la figura de la acción de tutela, que si bien es cierto que la informalidad es una de sus notas características, cuyo fundamento justamente reside en la aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas procesales, ello no es óbice para que la misma se someta a unos requisitos mínimos de procedibilidad, dentro de los cuales se encuentra el concerniente a la debida acreditación de la legitimación por activa -o la titularidad- para promover el recurso de amparo constitucional. Consultar, entre otras, las Sentencias T-464A de 2006, T-493 de 2007 y C-483 de 2008.

17 Sobre el particular, en la Sentencia T-1001 de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería, se expuso que: “la legitimación en la causa como requisito de procedibilidad exige la presencia de un nexo de causalidad entre la vulneración de los derechos del demandante y la acción u omisión de la autoridad o el particular demandado, vínculo sin el cual la tutela se torna improcedente (...)”.

18 Cfr., Corte Constitucional, Sentencias T-407A de 2018, T-552 de 2008 y T-798 de 2007.

19 Ver, entre otras, las Sentencias T-634 de 2013, T-050 de 2016, T-145 de 2016, T-593 de 2017, T-117 de 2018, T-243 de 2018, T-277 de 2018, T-454 de 2018 y SU-420 de 2019.

20 Ver, entre otras, las Sentencias SU-210 de 2017, SU-217 de 2017 y T-307 de 2018.

21 Ver, entre otras, las Sentencias T-1140 de 2005, T-279 de 2010, T-832 de 2012, T-719 de 2013 y T-138 de 2017.

22 Sentencias T-604 de 2004, T-022 de 2017 y T-153 de 2017.

23 Sentencia T-501 de 2018.

24 Infra 61 y 62 y 71 a 77.

25 Esta afirmación se funda en la Sentencia T-1307 de 2005.

27 Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-412 de 2020.

28 Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-174 de 2021.

29 Cfr. Corte Constitucional, sentencias SU-274 de 2019 y T-412 de 2020. En la Sentencia SU-274 de 2019 se precisa que el hecho superado se produce cuando ha tenido lugar la conducta solicitada al accionado, sea por acción o por abstención, de modo tal que 1) se superó la afectación a los derechos fundamentales y 2) cualquier intervención del juez de tutela para proteger los derechos fundamentales se torna inocua, dado que ellos ya se han dejado de desconocer.

30 Cfr. Corte Constitucional, sentencia SU-522 de 2019.

31 Corte Constitucional, sentencia T-174 de 2021.

32 En este punto la sentencia reitera lo dicho en la Sentencia SU-225 de 2013.

33 Cfr., Corte Constitucional, sentencias T-170 de 2009, T-481 de 2011, T-449 de 2018 y SU-274 de 2019.

34 Sentencia T-963 de 2010. Reiterada en la sentencia T-721 de 2017.

35 Sentencias T-476 de 1995, T-428 de 1998, SU-667 de 1998, T-498 de 2000, T-873 de 2001, T-758 de 2003 y T-803 de 2005, entre otras.

36 Sentencias T-476 de 1995, T-428 de 1998, SU-667 de 1998 y T-803 de 2005.

37 Sentencias T-461 de 2011, T-808 de 2005, T-662 de 2005, T-980 de 2004, T-288 de 2004, T-496 de 2003 y SU-667 de 1998.

38 Sentencias T-170 de 2009 y T-576 de 2008.

39 La noción de expectativa de privacidad se toma de la Sentencia C-881 de 2014, y de sentencias de otros tribunales, como la 170/2013 del Tribunal Constitucional de España y la del caso Bărbulescu v. Romania (2017) de la Corte Europea de Derechos Humanos.

40 En esta dirección resulta relevante la clasificación de la información explicada por la Corte, entre muchas otras, en la sentencia C-602 de 2016.

41 El artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos determina que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 17.1 señala que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias e ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y reputación (...)”. En igual sentido, el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispone: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación (...)”.

42 Corte Constitucional, Sentencias C-489 de 2002, T-007 de 2020 y T-022 de 2017.

43 Corte Constitucional, Sentencias T-977 de 1999 y T-007 de 2020.

44 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-489 de 2002 y T-405 de 2007.

45 Corte Constitucional, Sentencia T-405 de 2007.

46 Ibídem.

47 Corte Constitucional, Sentencias C-489 de 2002, T-411 de 1995 y T-007 de 2020.

48 Corte Constitucional, Sentencias C-489 de 2002 y T-007 de 2020.

49 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-007 de 2020.

50 Corte Constitucional, Sentencia T-405 de 2007.

51 Cfr. Ibídem.

52 Para este propósito, alude a las Sentencias T-090 de 1996 y T-471 de 1999.

53 Para este propósito reitera lo dicho en la Sentencias T-050 de 2016 y T-413 de 2017.

54 En esto se sigue lo dicho en la Sentencia T-841 de 2011.

55 Supra 58 a 60 y 63 y 64.

56 Supra 61 y 62.

57 Ver <https://www.whatsapp.com/security>

58 Cfr., artículo 5 de la Ley 1581 de 2012.

59 Ver <https://faq.whatsapp.com/general/security-and-privacy/answering-your-questions-about-whatsapps-privacy-policy/>

60 Ver <https://faq.whatsapp.com/general/security-and-privacy/information-for-law-enforcement-authorities/>

61 Supra 44 a 52.

62 Cfr., Sentencia T-405 de 2007.

63 Así se indica en la valoración psicológica de fecha 20 de noviembre de 2020 que se adjuntó a la acción de tutela y que obra en el expediente.