



INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF

CONCEPTO 58 DE 2019

(octubre 17)

Bogotá, D.C.

XXXXXXXXXXXXXXXXXX

ASUNTO: Solicitud de concepto jurídico respecto al uso de imágenes de niños, niñas y adolescentes en campañas políticas.

De manera atenta, en relación con el asunto de la referencia, en los términos previstos en los artículos 26 del Código Civil, Ley 1755 de 2015, y el artículo 6. numeral 4. del Decreto 987 de 2012, se responde la consulta presentada por el sobre el caso en cuestión, en los términos que siguen:

I. PROBLEMA JURÍDICO

¿Es legal la utilización de fotografías de niños, niñas y adolescentes como publicidad en campañas políticas?

II. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Para dar respuesta al problema jurídico se abordará el asunto analizando los siguientes temas:

2.1. Normatividad legal y jurisprudencial de los partidos y movimientos políticos respecto a la propaganda electoral. 2.2. Interés Superior del menor y protección del derecho a la intimidad personal, su buen nombre e imagen. 2.3. Responsabilidad parental.

2.1. Normatividad legal y jurisprudencial de los partidos y movimientos políticos respecto a la propaganda electoral.

Para abordar este asunto es necesario definir la propaganda electoral como la forma de publicidad realizada con el fin de obtener el voto de los ciudadanos a favor de partidos o movimientos políticos, listas o candidatos a cargos o corporaciones públicas de elección popular, el voto en blanco, o de una opción de los mecanismos de participación ciudadana⁽⁴⁾.

Para el Consejo Nacional Electoral en el Concepto 1253- 53 de 2011 y la Resolución 857 de 2018 se considera que existe Propaganda Electoral cuando se reúnen los siguientes requisitos:

- Que se realice y/o despliegue cualquier tipo de publicidad, pauta, slogan, documento, aviso, volante, dibujo, consigna, lema, almanaque, etc, alusivo a una campaña electoral cuya difusión se efectúe a través de los medios de comunicación o en el espacio público mediante mecanismos o elementos que permitan su circulación o exposición masiva y, que tal conducta se lleve a cabo por una persona natural o jurídica, es decir, por un partido, movimiento político, candidato a un cargo o corporación pública de elección popular, un tercero y/o por quien los apoye.
- Que el objetivo o fin de tal despliegue tenga como objetivo lograr el voto de los ciudadanos: en favor propio o de un tercero, de los partidos o movimientos políticos, de las listas o candidatos a cargos o corporaciones públicas de elección popular, del voto en blanco o de una opción en los mecanismos de participación ciudadana.
- La temporalidad en el despliegue para la mencionada propaganda política, que teniendo como referencias la fecha de las elecciones, se circunscribe a los sesenta (60) días anteriores si se realiza a través de los medios de comunicación social o dentro de los tres (3) meses si se utiliza en espacio público.

Por su parte, la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-490 de 2011 con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, conceptuó sobre la propaganda electoral señalando: "... *La campaña electoral constituye el marco general en el que se inscribe toda una serie de actividades ordenadas y orientadas a convocar a los ciudadanos a votar en un determinado sentido o a abstenerse de hacerlo. La propaganda electoral se inscribe en ese marco, como una de las actividades principales de la campaña, cuyo propósito es el de promover masivamente los proyectos electorales sometidos a consideración de los ciudadanos o una determinada forma de participación en la votación de que se trate...*"

Establecido el marco y propósito de la propaganda electoral en las campañas políticas se concluye que ante la necesidad de llamar la atención y lograr preferencia de voto, los candidatos suelen moverse a convocar a toda la población realizando diferentes actividades tendientes a materializar su plan de Gobierno.

2.1. Interés Superior del menor y protección del derecho a la intimidad personal, su buen nombre e Imagen.

En materia de derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes es pertinente indicar que gozan de una especial protección tanto en el ámbito internacional como en nuestro Estado Social de Derecho. Ello, dada la situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad de esta población y la necesidad de garantizar un desarrollo armónico e integral de la misma. Los menores de edad, en virtud de su falta de madurez física y mental -que les hace especialmente frágiles e indefensos frente a todo tipo de riesgos-, necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad. Atendiendo esta norma básica contenida en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, exige la obligación de prodigar una especial protección a aquellos grupos sociales cuya debilidad sea manifiesta, destacándose entre estos grupos la especial protección de los niños, la cual es prevalente inclusive en relación con los demás grupos sociales.

Por otra parte, y respecto al derecho de intimidad, buen nombre y honra, el artículo 15 de la Constitución Política lo desarrolla señalando: *"Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas"*., entendiendo que este derecho se hace extensible a la población infantil por ser un grupo como se dijo en líneas anteriores vulnerable y de primordial protección.

También es importante resaltar el criterio jurisprudencial respecto al tema que realiza la Honorable Corte Constitucional cuando establece que el derecho a la intimidad constituye un área restringida que *"solamente puede ser penetrada por extraños con el consentimiento de su titular o mediando orden dictada por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones y de conformidad con la Constitución y la ley"*¹².

En este mismo sentido, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada en nuestro país a través de la Ley 5 de 1992, dispone en su artículo 16 que *"Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia su domicilio o su correspondencia ni de ataques a su honra y a su reputación"* y, en consecuencia, *"Ei niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques."*

Ahora bien, en relación a la protección de la imagen de los menores de edad, la Corte Constitucional ha realizado numerables pronunciamientos dentro de los cuales se destaca, la sentencia T-471 de 1999 al definir la imagen como: *"un conjunto de elementos relacionados con las peculiaridades del sujeto, que no pueden quedar expuestos, sin requisito alguno, a la libre explotación, ni en el campo audiovisual ni en el impreso..."*

Concepto que fue desarrollado con mayor precisión en la sentencia T-439 de 2009 cuando señaló: *"...el derecho a la imagen es inherente a la persona en cuanto constituye una expresión directa de su individualidad e identidad, y se encuentra estrechamente vinculado a su dignidad y libertad "bajo el amparo del artículo 14 de la Carta Política". Además, que "la relativa disponibilidad de la propia imagen, en cuanto se realice, traduce una forma de*

autodeterminación del sujeto, e igualmente podría entrar en la órbita del derecho al libre desarrollo de la personalidad". Adicionalmente, si la imagen reproduce actos o sucesos propios de la intimidad de una persona, su difusión, en contra de su voluntad, vulnera el derecho fundamental a la intimidad.

En desarrollo de lo anterior la Corte Constitucional en sentencia T-102 de 2019 expresó: *"¿a propia imagen es un derecho autónomo y personalísimo, que fija límites a la actuación de los demás, y cuya vulneración puede comprender también los derechos a la honra, al buen nombre y a la intimidad".*

De igual manera realizó un estudio de la protección de la imagen de los niños, niñas y adolescentes sustentando que: *"el mandato de protección a la imagen de los menores de edad, dada la garantía preferente que tienen los derechos del sector más joven de la población, requiere que en cada caso concreto se incorpore el interés superior del menor como criterio insoslayable para ponderar y resolver tensiones entre derechos fundamentales.*

En esa línea, la preservación de la imagen de los menores de edad frente a exposiciones ilegítimas ha sido prioridad en múltiples pronunciamientos de la Corte, el constatarse -por lo demás- que la utilización inadecuada o ilícita de dicha imagen repercute negativamente en otros derechos fundamentales. Tal ha sido la postura reiterada por la jurisprudencia al examinar controversias que envuelven el uso irregular de la imagen de los niños, por ejemplo: al difundirse en prensa de amplia circulación fotografías de las menores hijas de un artista junto con detalles de la intimidad familiar, al exponerse en diarios de manera morbosa y truculenta la fotografía de un niño fallecido en un desastre natural, al divulgarse en una obra literaria pormenores de conflictos familiares y judiciales con la exhibición en portada de las menores de edad implicadas, al explotarse económicamente con fines publicitarios la imagen de una niña sin la debida autorización previa, al presentarse de forma sensacionalista una noticia relacionada con presuntos actos sexuales abusivos contra una menor con fotografías de ella y de su abuela que permitían su identificación, al crearse una cuenta en Facebook a nombre de una niña por parte de uno de sus progenitores en la cual se compartían contenidos personales sin su consentimiento, al publicarse en periódicos notas periodísticas sobre presuntas agresiones sexuales sobre menores sin omitir los datos que conducían a la identificación de las víctimas, y al difundirse en un noticiero material audiovisual con imágenes que facilitaban la identificación de! menor hijo de una funcionaría pública implicada en una querrela policiva...

... Con fundamento en lo anterior, ha de colegirse que la cláusula de protección prevalente prevista en la Constitución a favor de los menores de edad es clara y concluyente en determinar que los derechos de este sector de la población tienen un rango superior frente a los de los demás. En esa medida, el principio de interés superior del menor exige un análisis riguroso en torno a las controversias donde están involucrados niños, niñas y/o adolescentes, dedicando una especial consideración respecto de la protección prevalente que merecen los menores de edad, inclusive cuando se enfrentan a un derecho de encumbrada posición en nuestro ordenamiento y con primacía prima facie, como es el derecho a la libertad de expresión..."

Finalmente, frente al manejo de imágenes de niños, niñas y adolescentes en los medios de publicidad, UNICEF recomienda tener un cuidado especial en su uso con el fin de evitar una posible revictimización de los niños o que su publicación conduzca a discriminaciones futuras⁽³⁾.

Así las cosas, se logra demostrar que en tratándose de protección de derechos de los menores de edad, amparados en nuestro ordenamiento constitucional debe prestarse especial atención y siempre buscando el respeto por su dignidad, honra e imagen.

2.1. Responsabilidad parental

Nuestra legislación civil en su artículo 288, enseña que; *“La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone. Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro. Los hijos no emancipados son hijos de familia, y el padre o madre con relación a ellos, padre o madre de familia”*.

Quiere decir lo anterior, que la potestad parental corresponde en forma privativa y conjunta a los padres, lo cual significa que la misma no rebasa el ámbito de la familia, ejerciéndose además respecto de todos los hijos, incluyendo los adoptivos. Es por ello que la propia ley prevé que, a falta de uno de los padres, la patria potestad será ejercida por el otro, existiendo también la posibilidad de que, en algunos aspectos sea delegada entre ellos mismos del uno al otro.

De igual manera el artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia regula la responsabilidad parental como *“el complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto Incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos*.

En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que Impidan el ejercicio de sus derechos”.

Visto lo anterior, se establece que son los padres al ejercer la patria potestad sobre sus hijos, los encargados de determinar los actos relativos a su cuidado y protección, lo que incluye los tendientes a la representación legal en garantía de sus derechos fundamentales.

Por otra parte, y respecto al caso en concreto es pertinente traer a colación, el numeral 8° del artículo 47 del Código de la Infancia y la Adolescencia cuando expresa: *“Los medios de comunicación, en el ejercicio de su autonomía y demás derechos, deberán:...8. Abstenerse de entrevistar, dar el nombre, divulgar datos que Identifiquen o que puedan conducir a la identificación de niños, niñas y adolescentes que hayan sido víctimas, autores o testigos de hechos delictivos, salvo cuando sea necesario para garantizar el derecho a establecer la identidad del niño o adolescente víctima del delito, o la de su familia si ésta fuere desconocida.*

En cualquier otra circunstancia, será necesaria la autorización de los padres o, en su defecto, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar".

En efecto, ha expresado la Corte Constitucional⁽⁴⁾: "...el Código de la Infancia y la Adolescencia en su artículo 47, habla de la responsabilidad especial de los medios de comunicación e indicó que, en el ejercicio de su autonomía y demás derechos deberán "abstenerse de entrevistar...", y serán responsables por la violación de tales preceptos.

Por lo anterior, en caso de conflicto entre el derecho a la Información o a la libertad de expresión, y el derecho a la intimidad u otro derecho fundamental de los menores, estos últimos tienen primacía. Ello no supone prohibir el desarrollo de la libertad de expresión, sino que estrictamente regula su ejercicio para que no se acceda a la Intimidad de los menores sin control.

En reiterada jurisprudencia, la Corte se ha pronunciado sobre la necesidad de garantizar de manera efectiva y prevalente, el ejercicio de los derechos a quienes por su infancia son sujetos de especial protección. Así se ha estimado que los menores cuentan con un amparo reforzado también cuando se encuentran involucrados en un episodio que podría afectar su derecho a la intimidad, su integridad moral y su formación..."

En consonancia con lo anterior, y de conformidad a lo establecido en el citado artículo 16 de la Convención de los Derechos del Niño, la jurisprudencia constitucional y el Código de la Infancia y la Adolescencia, en aras de garantizar el respeto por la intimidad y dignidad de los niños, niñas y adolescentes, se precisa que los medios de publicidad deben abstenerse de entrevistar, dar el nombre, divulgar datos que identifiquen o que puedan conducir a la identificación de niños que hayan sido víctimas, autores o testigos de hechos punibles, salvo cuando sea necesario para garantizar el derecho a establecer la Identidad del niño o adolescente víctima del delito o la de su familia si esta fuere desconocida.

No obstante, cuando se trate de otra circunstancia especial y atendiendo el principio de la responsabilidad parental, son los progenitores y/o representantes legales los llamados a autorizar la publicación de imágenes de los niños, niñas y adolescentes siempre evitando la vulneración de sus derechos fundamentales.

III. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta las consideraciones de orden legal analizadas, podemos concluir:

Primera: Es legal publicar en las vallas de campañas políticas imágenes de niños, niñas y adolescentes, siempre mediando autorización respectiva de los padres, o de su representante legal.

Segunda: Las imágenes de niños, niñas y adolescentes que se publiquen en campañas políticas deben respetar la dignidad, honor, intimidad e imagen, de tal manera que no se ponga en riesgo la integridad de los niños, niñas y adolescentes.

El presente concepto no es de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos, de conformidad con lo establecido en la Ley 1755 de 2015. No obstante lo anterior, tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren en la prestación del servicio público o en el desarrollo de la función administrativa de competencia del ICBF, en virtud de la función asignada a la Oficina Asesora Jurídica de mantener la unidad doctrinaria e impartir las directrices jurídicas necesarias para el desarrollo de las funciones del Instituto, de conformidad con el artículo 6 numerales 4, 8 y 20 del Decreto 987 de 2012.

Atentamente,

EDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

NOTAS AL FINAL:

1. Ley 1475 de 2011, artículo 35

2. Sentencia T-696 de 1996. MP. Fabio Morón Díaz.

3. Para informar acerca de la infancia,

http://www.unicef.org/republicadominicana/pautas_tratamiento_prensa_final.pdf

4. Sentencia T-496 de 2009

Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.