



CONCEPTO 128 DE 2015

(Octubre 13)

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF

10400/1760195045

Bogotá,

Señora:

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

ASUNTO: Radicado ICBF Derecho de Petición No 1760495045 del 02/09/2015

De manera atenta, en relación con el asunto de la referencia, en los términos previstos en los artículos 26 del Código Civil, la Ley 1755 de 2015, numeral 4, del Decreto 987 de 2012, se responde el presente derecho de petición en los siguientes términos:

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Se puede utilizar comercialmente la imagen de un menor de edad, sin contar con el consentimiento previo del niño, niña o adolescentes y/o sus Representantes Legales?

2. ANALISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Se abordara el tema analizando: 2.1. Marco general de protección a favor de la Infancia y la adolescencia e interés superior. 2.2. Obligaciones especiales de los medios de comunicación. 2.3. Quienes deben autorizar la publicación de imágenes de niños, Niñas y adolescentes.

2.1 MARCO GENERAL DE PROTECCIÓN A FAVOR DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA E INTERES SUPERIOR

El ordenamiento jurídico colombiano acoge y desarrolla el principio de la protección integral en virtud del cual se establece un conjunto de derechos y garantías a favor de los niños, niñas y adolescentes, en tanto son sujetos de protección especial con el fin de garantizar el ejercicio pleno de sus derechos.

Es así como el artículo 44 de la Constitución Política establece que son derechos fundamentales de los niños, los derechos a la vida, integridad física, salud, seguridad social, alimentación, entre otros, también, que sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás, y que es deber de la familia, la sociedad y el estado protegerlos contra toda forma de abandono, de violencia y de maltrato, entre las que se encuentran aquellas que afectan sus derechos a la intimidad y al buen nombre.

En este mismo sentido, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada en nuestro país a través de la Ley 12 de 1991, 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, "El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques".

Por su parte, la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, adopta el principio de la protección integral como eje fundamental en función del cual se desarrolla el esquema de obligaciones a cargo de la familia, de la sociedad y del Estado, así como las garantías a favor de los niños, niñas y adolescentes, entre las que se encuentran aquellas

encaminadas a garantizar el goce efectivo del derecho a la intimidad y el respeto de su dignidad humana.

Sobre el principio de la protección integral y derecho a la intimidad, los artículos 7 y 33 señalan:

“Artículo 7. Protección Integral. Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.

La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos.

Artículo 33. Derecho a la Intimidad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la intimidad personal, mediante la protección contra toda injerencia arbitraria o ilegal en su vida privada, la de su familia, domicilio y correspondencia. Así mismo, serán protegidos contra toda conducta, acción o circunstancia que afecte su dignidad"

Como se puede ver, el derecho a la intimidad en el Código de la Infancia y la Adolescencia concuerda con lo dispuesto en el artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y, por otra parte, se puede advertir que el principio de la protección integral se encuentra íntimamente ligado al concepto del interés superior del niño, conforme al cual, sus derechos están llamados a prevalecer sobre los derechos de los demás, esta noción del interés superior del niño ha sido explicada por la Corte Constitucional[1] de la siguiente manera:

"La más especializada doctrina coincide en señalar que el interés superior del menor se caracteriza por ser: (i) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas, (ii) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (iii) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado para protección de los derechos del menor, (iv) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor".

Como lo indica la Corte Constitucional, el derecho a la intimidad se relaciona directamente con el concepto de la dignidad humana y conlleva necesariamente el derecho a que cierta información no se haga pública, ni sea suministrada a terceros. En la sentencia T-251 de 1995, el Tribunal Constitucional manifestó:

"(...) este derecho, que se deduce de la dignidad humana y de la natural tendencia de toda persona a la libertad, a la autonomía y a la auto conservación, protege el ámbito privado del individuo y de su familia como el núcleo humano más próximo. Uno y otra están en posición de reclamar una mínima consideración particular y pública a su interioridad, actitud que se traduce en abstención de conocimiento o injerencia en la esfera reservada que les corresponde y que está compuesta por asuntos, problemas, situaciones y circunstancias de su exclusivo interés. Esta no hace parte del dominio público y, por tanto, no debe ser materia de información suministrada a terceros, ni de la intervención o análisis de grupos humanos ajenos, ni de divulgaciones o publicaciones (...). Este terreno privado no puede ser invadido por los demás miembros de la comunidad a la que se integran la persona o familia, ni por el Estado. Aún dentro de la familia, cada uno de sus componentes tiene derecho a demandar de los demás el respecto a su identidad y privacidad persona".(sic)

De manera más precisa, la jurisprudencia constitucional[2] ha definido cinco principios conforme a los cuales se sustenta la protección del derecho a la intimidad, en lo que tiene que ver con el tratamiento de la información personal de la que es titular cualquier ciudadano. Son los siguientes:

1. Principio de libertad: Los datos personales solo pueden ser registrados o divulgados con el consentimiento libre, previo, expreso o tácito del titular, a menos que el ordenamiento jurídico le imponga la obligación de relevar dicha información, en aras de cumplir un objetivo constitucionalmente legítimo.
2. Principio de finalidad; Consiste en someter la recopilación y divulgación de datos, a la realización de una finalidad constitucionalmente legítima, lo que impide obligar a los ciudadanos a revelar datos íntimos de su vida personal, sin un soporte que, por ejemplo, legitime la cesión de parte de su información personal en beneficio de la comunidad.
3. Principio de necesidad: La información personal que deba ser objeto de divulgación, se limita estrechamente a aquella que guarda relación de conexión con la finalidad pretendida mediante su revelación.

4. Principio de veracidad: Exige que los datos personales que se puedan divulgar correspondan a situaciones reales y, por lo mismo, se encuentra prohibida la divulgación de (sic) datos falsos o erróneos.

5. Principio de Integridad: La información que sea objeto de divulgación debe suministrarse de manera completa, impidiendo que se registre y divulgue datos parciales, incompletos o fraccionados.

Cuando se difunde información de carácter privado sin el consentimiento del titular, o cuando se hace sin que se encuentre justificado por un fin constitucionalmente válido, se incurre en una violación del derecho a la intimidad; eventualmente, si dicha información además contiene imputaciones deshonrosas, que tienen capacidad de desmejorar la estima social de la cual goza, se vulnera también el derecho al buen nombre.[3]

Ahora bien, la legalidad o ilegalidad de esta injerencia debe ser calificada en cada caso concreto de acuerdo con las reglas que define el propio ordenamiento jurídico, para el caso de los niños, niñas y adolescentes son aplicables las contenidas en el artículo 47 del Código de la Infancia y la Adolescencia en donde se imponen algunas restricciones al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, con el fin de proteger el derecho a la intimidad de los niños.

Sin embargo, y de acuerdo con el principio de la protección integral, la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes contra toda injerencia ilegal en su intimidad que pueda afectar su honra y reputación, y por ende, su derecho al buen nombre, relacionado directamente con el respeto de su dignidad humana, y, en ese sentido, en caso de que haya conflicto con otros derechos que se encuentren en cabeza de terceros, como el derecho a la libertad de expresión, debe darse aplicación al principio que consagra la prevalencia del interés superior del niño.

En segundo lugar, la prevalencia del interés superior del niño, frente al ejercicio del derecho a la información y libertad de expresión, puede evaluarse de conformidad con dos criterios que se complementan; por una parte, los principios de la libertad, finalidad, necesidad, veracidad e integridad, que delimitan el alcance del derecho a la intimidad, y por otra, los límites concretos impuestos a la libertad de expresión en el artículo 47 de la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y la Adolescencia.

2.2 OBLIGACIONES ESPECIALES DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Es importante indicar que los medios de comunicación desarrollan un servicio público sujeto a reserva, control y regulación del Estado,[4] que propende por la difusión de los valores humanos, la promoción y respecto de las garantías, deberes y derechos fundamentales,[5] con base en los principios de respeto a la honra, el buen nombre, la intimidad de las personas y los derechos y libertades reconocidos en la Constitución,[6] la protección de la juventud, la infancia y la familia.[7]

Ahora bien como se indicó, el artículo 47 del Código de la Infancia y la Adolescencia impone obligaciones especiales a los medios de comunicación con el fin de que contribuyan, a través del ejercicio de las actividades que les son propias, a promover la protección y garantía efectiva de los derechos de los niños. No obstante, es importante resaltar previamente que estas obligaciones especiales no deben valorarse o interpretarse de manera aislada, sino de forma armónica con el principio de corresponsabilidad y con las demás obligaciones que están a cargo de la sociedad en su conjunto para contribuir a los fines propios de la protección integral.

En cuanto a lo primero, el artículo 10 define el principio de corresponsabilidad de la siguiente manera:

Artículo 10. Corresponsabilidad. Para los efectos de este Código, se entiende por corresponsabilidad, a concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. La familia, la sociedad y el Estado son corresponsales en su atención, cuidado y protección.

La corresponsabilidad y la concurrencia aplican en la relación que se establece entre todos los sectores a instituciones del estado".

(...)

En segundo lugar, el artículo 40 ibídem, señala las obligaciones de la sociedad de la siguiente forma:

“Artículo 40. Obligaciones de la sociedad. En cumplimiento de los principios de corresponsabilidad y solidaridad, las organizaciones de la sociedad civil, las asociaciones, las empresas, el comercio organizado, los gremios económicos y demás personas jurídicas, así como las personas naturales, tienen la obligación y la responsabilidad de tomar parte activa en el logro de la vigencia efectiva de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes. En este sentido deberán:

1. Conocer, respetar y promover estos derechos y su carácter prevalente.
2. Responder con acciones que procuran la protección inmediata ante situaciones que amenacen o menoscaben estos derechos.
3. Participar activamente en la formulación, gestión, evaluación seguimiento y control de las políticas públicas relacionadas con la infancia y la adolescencia.
4. Dar aviso o denunciar por cualquier medio, los delitos o las acciones que los vulneren o amenacen.
5. Colaborar con las autoridades en la aplicación de las disposiciones de la presente ley.
6. Las demás acciones que sean necesarias para asegurar el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y los adolescentes"

Así las cosas, si bien los medios de comunicación gozan del derecho fundamental a la libertad de expresión consagrado en el artículo 20 de la Constitución Política, no es menos cierto que en su calidad de empresa y de personas jurídicas, hacen parte de ese grupo de actores que deben concurrir con la familia y el Estado para garantizar, respetar y promover los derechos de los niños, colaborando con las autoridades en la aplicación de la Ley de Infancia y Adolescencia.

En desarrollo de ello, y dada la importancia de la labor que cumple, el artículo 47 ha señalado algunas obligaciones especiales a su cargo, de la siguiente manera:

“Artículo 47. Responsabilidades especiales de los medios de comunicación. Los medios de comunicación, en el ejercicio de su autonomía y demás derechos deberán:

1. Promover, mediante la difusión de información, los derechos y libertades de los niños, las niñas y los adolescentes, así como su bienestar social y su salud física y mental.
2. El respeto por la libertad de expresión y el derecho a la información de los niños, las niñas y los adolescentes.
3. Adoptar políticas para la difusión de información sobre niños, niñas y adolescentes en las cuales se tenga presente el carácter prevalente de sus derechos.
4. Promover la divulgación de información que permita la localización de los padres o personas responsables de niños, niñas o adolescentes cuando por cualquier causa se encuentren separados de ellos, se hayan extraviado o sean solicitados por las autoridades competentes.
5. Abstenerse de transmitir mensajes discriminados contra la infancia y la adolescencia.
6. Abstenerse de realizar transmisiones o publicaciones que atenten contra la integridad (moral, psíquica o física de los menores, que inciten a la violencia, que hagan apología de hechos delictivos o contravenciones, o que contengan descripciones morbosas o pornográficas.
7. Abstenerse de transmitir por televisión publicidad de cigarrillos y alcohol en horarios catalogados como franja infantil por el organismo competente.
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 esta fuere desconocida. En cualquier otra circunstancia, será necesaria la autorización de los padres o, en su defecto, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Parágrafo. Los medios de comunicación serán responsables por la violación de las disposiciones previstas en este artículo. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar podrá hacerse parte en los procesos que por tales violaciones se adelanten contra los medios”.

Aunque podría suponerse que una prohibición de este tipo puede configurar una restricción a la libertad de expresión, esto no sucede. Como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-442 de 2009, por medio de la cual se declaró la exequibilidad del artículo 47 referido, aunque se reconoce una presunción de constitucionalidad a favor del derecho a la libertad de expresión y de primera sobre otros derechos, en todo caso no se trata de un derecho absoluto en ninguna de sus manifestaciones, como libertad de expresión, libertad de información o libertad de prensa, de manera que puede estar sujeto a limitaciones en virtud del principio de legalidad, esto es, estando establecidas en la ley de manera clara, expresa, taxativa, previa y precisa.

Bajo esta óptica, las limitaciones contenidas en el artículo 47 del Código de la Infancia y Adolescencia, en los numerales 5, 6, 7 y 8, atienden a criterios constitucionales con el propósito de garantizar los intereses de los niños, niñas y adolescentes, estando señalados con claridad, precisión y de manera previa a una norma. Así, no se configura una vulneración del derecho fundamental a la libertad de expresión, sino que se regula un punto específico, esto es, la forma de ejercer adecuadamente dicho derecho respecto de contenidos concretos que se consideran contrarios a los intereses y derechos de los niños, niñas y adolescentes, para proteger su identidad e intimidad.

2.3. ¿QUIÉNES AUTORIZAN LA PUBLICACIÓN DE IMÁGENES DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES?

Como lo ha dicho la Corte Constitucional, “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”. [8] En ese sentido, “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”. [9]

Por lo tanto, cada persona tiene derecho a disponer de su propia imagen para lo cual se necesita su consentimiento para cualquier situación en que se vaya a hacer uso de su imagen. Cuando se trate de niños, niñas o adolescentes, es importante resaltar que el

derecho tiene una especial protección y también se necesita el consentimiento del menor de edad cuando este sea capaz de expresar su propia opinión.

La Corte Constitucional ha resaltado la importancia de la protección al derecho a la imagen del niño, así como el derecho del niño ha expresado su consentimiento,[10] cuando se trate de contratos publicitarios. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aprobada por el Congreso de Colombia mediante Ley 12 de 1991, señala en el numeral 1o, del artículo 12:

"Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio del derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez..."..

El derecho a participar implica la libertad de manifestar opiniones y ser tenidos en cuenta en cualquier proceso o decisión que les afecte. Sobre esta prerrogativa el Código de la Infancia y la Adolescencia en su artículo 26, reconoce el derecho al debido proceso en los siguientes términos:

"En toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta".

Así mismo, debe tenerse en cuenta las disposiciones del Código Civil Colombiano sobre la capacidad para contratar[11] y las disposiciones del Código de la Infancia y la adolescencia, de acuerdo a las cuales para poder contratar o disponer de la imagen del niño, niña y adolescente es necesario tener la autorización de los padres o de su representante legal.[12]

La representación legal surge como figura jurídica ante la imposibilidad de que todos puedan ejercer directamente derechos o deberes y que requieren de un representante que realice actos jurídicos en su nombre como si hubieran sido realizados directamente.

Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores de edad no emancipados siendo esta el conjunto de derechos que la ley reconoce a

los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad de padres les impone.

Por su parte el artículo 307 del Código Civil, modificado por el Decreto 2820 de 1974 artículo 40, establece el ejercicio de la delegación de la patria potestad entre los padres, así:

"Los derechos de administración de los bienes, el usufructo legal y la representación extrajudicial del hijo de familia serán ejercidos conjuntamente por el padre y la madre. Lo anterior no obsta para que uno de los padres delegue por escrito al otro, total o parcialmente, dicha administración o representación.

Si uno de los padres falta, corresponderán los mencionados derechos al otro.

En los casos en que no hubiere acuerdo de los titulares de la patria potestad sobre el ejercicio de los derechos de que trata el inciso primero de este artículo o en el caso de que uno de ellos no estuviere de acuerdo en la forma como el otro lleve la representación judicial del hijo, se acudirá al juez o funcionario que la ley designe para que dirima la controversia de acuerdo con las normas procesales pertinentes”.

Por su parte, el artículo 32 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño dispone:

“Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica...”

Por lo anterior se concluye, que para la publicación de imágenes de menores de edad debe mediar:

- El consentimiento del menor de edad (teniendo en cuenta su nivel de comprensión en función de su edad y madurez)
- La autorización de los padres o

- La autorización del representante legal.

Esto, siempre y cuando se tenga en cuenta en todo momento que la utilización de la imagen del niño, niña o adolescente no vulnerará sus derechos consagrados en el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, en la Ley 1098 de 2006 y en los instrumentos internacionales. Así mismo, que prevalecerá en cada acto su interés superior.

3. CONCLUSIONES

PRIMERO: El artículo 47 de la Ley 1098 de 2006 establece responsabilidades para los medios de comunicación respecto de publicaciones relacionadas con los niños, niñas y adolescentes, independiente de su condición social o es legal o estado.

SEGUNDO: Sin desconocer la importancia de garantizar el derecho a la libertad de expresión, así como el derecho a la información y a expresar cualquier opinión, es importante tener claro que el ejercicio de estas libertades no es absoluto y cuenta con límites evidentes frente a otros derechos de mayor relevancia y prevalencia constitucional como son los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que deben ser garantizados por la familia, la sociedad y el estado, en virtud del principio de la protección integral.

TERCERO: Cualquier publicación que pretenda realizar un medio de comunicación de un niño, niña o adolescente debe siempre estar autorizado por los padres de éste, su representante legal o en su defecto por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Finalmente, es preciso indicar que el presente concepto no es de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos, de conformidad con lo establecido en el 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 los numerales 8 y 15 del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

LUZ KARIME FERNANDEZ CASTILLO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

* * *

1. Sentencia T-408 de 1995 M P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

2. Corte Constitucional. Sentencia C-640 de 2010 M.P. Mauricio González Cuervo

3. El buen nombre ha sido comprendido en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional como la reputación o fama de una persona, esto es, como el concepto que el conglomerado social se forma de ella. El buen nombre se erige en derecho fundamental de las personas y constituye uno de los elementos más valiosos dentro del patrimonio moral y social, a la vez que es un factor intrínseco de la dignidad humana. En efecto, esta Corporación ha precisado que el derecho al buen nombre se encuentra ligado a los actos que realice una persona, de manera que a través de estos, el conglomerado social se forma un juicio de valor sobre la real dimensión de bondades, virtudes y defectos del individuo (subrayado fuera de texto). Corte Constitucional sentencia T-129 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

4. Art. 1 Ley 182 de 1995.

5. Art. 2 Ley 182 de 1995

6. Art. 15 Constitución Política

7. Art. 2 literal e), Ley 182 de 1995

8. Corte Constitucional. Sentencia T-090 del 6 de marzo de 1996. M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

9. Ibídem.

10. Sentencia T-844 de 2011 M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub "El principio de interés superior de los menores de dieciocho años se encuentra íntimamente relacionado con su derecho a ser escuchados (...)

11. Código Civil Colombiano, artículo 1504. -INCAPACIDAD ADSOLUTA Y RELATIVA-. Son absolutamente incapaces las personas con discapacidad mental, los impúberes y sordomudos, que no pueden darse a entender actos que no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad” y los disipadores que se hallen bajo interdicción. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en qué consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.

12. Artículo 47 numeral 8 de la Ley 1098 de 2006.

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