



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal
Sala de Decisión de Tutelas n.º 1

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

STP9319-2020

Radicación n.º 112867

Acta 227

Bogotá D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil veinte (2020).

ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de impugnación formulado por la apoderada judicial del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, contra el fallo de tutela de 10 de septiembre de 2020 emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, mediante el cual concedió el amparo a los derechos fundamentales de habeas data y libertad de expresión y conciencia de **ELMER JOSÉ MONTAÑA GALLEGO** y ordenó a la Presidencia de la República y a la Compañía Du Brands eliminar de la lista de influenciadores los

datos consignados respecto del accionante por tratarse de *datos sensibles* y no haber contado con su autorización previa para su tratamiento y publicación.

A la presente actuación fueron vinculados como terceros con interés el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República - DAPRE, la Compañía Du Brands S.A.S., la Fundación para la Libertad de Prensa - FLIP Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio y la Procuraduría General de la Nación.

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

Corresponde a la Sala establecer si las partes accionadas vulneraron los derechos fundamentales al habeas data, libertad de expresión y conciencia del accionante **ELMER JOSÉ MONTAÑA GALLEGO**, con su inclusión, sin su consentimiento expreso, en una lista de influenciadores de la red social Twitter en la que le adjudicaban el calificativo de «*NEGATIVO*» dada su oposición a las políticas del Gobierno Nacional.

ANTECEDENTES Y

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1. Manifestó el accionante que a través de su cuenta personal «@elmermontana» en la red social *Twitter*, opina constantemente sobre temas políticos, denuncia violaciones a

derechos humanos, abusos de autoridad y actos de corrupción de funcionarios públicos.

Que la Fundación para la Libertad de Prensa - FLIP Colombia, en su cuenta de *Twitter* «@FLIP_org», publicó un mensaje advirtiendo que el Presidente Iván Duque Márquez, a través del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República -DAPRE-, había invertido cerca de «20 mil millones de pesos» en publicidad oficial en sus dos primeros años, recursos que afirmaba provenían en un 50% del Fondo de Programas Especiales para la paz (Fondo de Paz).

Que en el marco de la estrategia del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República por posicionar la imagen del presidente, se contrató a la Compañía Du Brands, fijando en dicho contrato varios objetivos, entre los cuales se destacó el de posicionar la imagen del presidente y sus logros en diferentes medios de comunicación, en especial en redes sociales.

En el mensaje de FLIP Colombia, agregó, se hizo alusión a la base de datos creada por Du Brands a solicitud de la presidencia con información de influenciadores de la red social *Twitter*, en la que fueron clasificados como *positivos*, *negativos* o *neutros*, de acuerdo con su posición respecto del gobierno.

Sobre el particular adujo el accionante:

«Más allá de su afán por figurar en medios internacionales, el principal interés del presidente fue posicionar su imagen en redes sociales, pues para eso utilizó más de 7 mil millones de pesos. Una de las cosas que más llaman la atención en su intención por posicionarse en redes fue la

de crear una base de datos con influenciadores, que fueron clasificados en positivos, negativos o neutros de acuerdo a su posición frente al gobierno, y la de contrarrestar noticias desfavorables para su gestión.

[...].

Así mismo, en los informes de ejecución del contrato se lee que se trató de “adquirir, depurar, verificar y actualizar listas de influenciadores digitales con el propósito de interactuar con estos usuarios para transmitir según los lineamientos de comunicación de la Consejería Presidencial”. También se lee que “se trabajó con influenciadores para concertar reuniones que concreten la manera en que se van a comunicar todo tipo de mensajes”.

Según la presidencia esto se hizo con el fin de fortalecer la estrategia comunicacional de la entidad. Del mismo modo, aseguraron que las reuniones nunca tuvieron lugar, que las clasificaciones se hicieron con cuentas de twitter y que la información recaudada era pública. Sin embargo, no está del todo claro que manejo se le dio a este tipo de información o qué tipo de estrategias nacieron de esta iniciativa».

Se publicaron entonces varias listas de *influenciadores* en *Twitter*, en un formato de nueve (9) columnas con la siguiente información: *nombre, influenciador* y los meses de junio a diciembre de 2019. En la columna *influenciador*, añadió, se consignó el seudónimo de cada usuario y en las columnas correspondientes a los meses, el adjetivo «*POSITIVO, NEGATIVO, NEUTRO* o *N/A*» asignado por los accionados a los influenciadores.

Que en la página once del mencionado listado aparece su nombre, su cuenta de *Twitter* «*@elmermontana*» y los calificativos «*N/A*» para el mes de junio, y «*NEGATIVO*» en los restantes meses.

Alegó que la inclusión de su nombre y su cuenta de *Twitter* se llevó a cabo sin su autorización, no fue informado sobre el listado ni la razón por la que la presidencia solicitó su número de

cédula a la Compañía Du Brands, así como también desconoce el propósito perseguido con la clasificación de «*negativo*» que se le asignó en los meses de julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2019.

Que al publicarse esa lista y la información con su nombre, asumió que estaba siendo vigilado por el Gobierno Nacional por los comentarios que publica en su cuenta de *Twitter*, relacionados con los abusos del ejecutivo y en general del *uribismo*, los actos de corrupción de los funcionarios del Estado, las violaciones de derechos humanos y la concentración de poder por parte de la Presidencia de la República.

Finalmente adujo que es abiertamente opositor al gobierno de turno y al *uribismo*, motivo por el cual su inclusión en ese listado ha generado un gran temor en su familia y sus amigos, pues todos coinciden que se trata de una lista elaborada con protervos intereses, máxime si se tiene en cuenta la actual violencia desatada en contra de líderes sociales, defensores de derechos humanos y opositores del gobierno nacional, desde la posesión del actual mandatario.

Por lo anterior solicitó al juez de tutela conceder el amparo de sus derechos fundamentales de habeas data, libertad de conciencia y de expresión.

2. Mediante auto de 28 de agosto de 2020, la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali avocó el conocimiento de la acción de tutela y ordenó correr traslado de la demanda a las partes

accionadas, a fin de garantizarles sus derechos de defensa y contradicción.

3. Con auto de 2 de septiembre siguiente dispuso vincular al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República - DAPRE, solicitando además información sobre lo siguiente:

«1) a. [...] si se han emitido oficialmente explicaciones o aclaraciones respecto de los hechos planteada (sic) por el accionante **ELMER JOSÉ MONTAÑA GALLEGO**, respecto de la publicación de los datos personales de los influenciadores de la red social Twitter, con ocasión de la solicitud presentada por la Fundación para la libertad de prensa FLIP. En caso afirmativo, se solicita comedidamente se allegue copia del mismo.

b. [...] cual fue el procedimiento adelantado para obtener los datos personales de los influenciadores de la red social Twitter requeridos para dar contestación a la solicitud elevada por la FLIP. Igualmente se informará de las actividades realizadas por la Compañía Du Brants Para tal efecto. En ese sentido se solicita allegar copia del contrato celebrado con la citada compañía para la realización de lo aquí menciona.

2) REQUERIR a la Compañía Du Brants para que [...] exponga a la Judicatura de manera clara, cómo obtuvo los datos de los influenciadores de la red social Twitter, solicitados por la Presidencia de la Republica y conforme a que directrices basó la elaboración de la lista presentada a dicha autoridad, para que se diera contestación a la solicitud elevada por Fundación para la libertad de prensa FLIP».

Del accionante solicitó rendir informe sobre:

«i) [...] si previo a la presentación de la acción de tutela o durante del trámite de esta, ha solicitado a la Presidencia de la Republica alguna aclaración o explicación respecto a los hechos materia de tutela.

ii) [...] si ha puesto en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación o algún otro órgano de investigación y control, la situación que pone de presente en el libelo de tutela, como quiera que hace alusión a que su integridad y la de su familia se encuentran en peligro por la lista de

influenciadores de Twitter, elaborada por la Presidencia de la Republica.

iii) Aporte *las pruebas que considere pertinentes, que soportan las manifestaciones realizadas en la demanda de tutela, respecto de la afectación que ha generado su inclusión en la lista elaborada por la Presidencia, con ocasión a la respuesta que esta autoridad brindo a la Fundación para la libertad de prensa FLIP».*

4. El 7 de septiembre último dispuso vincular a la Superintendencia de Industria y Comercio y a la Procuraduría General de la Nación.

RESULTADOS PROBATORIOS

i) De las respuestas allegadas.

1. La apoderada judicial del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y/o del Presidente de la República solicitó negar las pretensiones formuladas por el accionante.

Manifestó que en el presente asunto había inexistencia de vulneración de los derechos fundamentales y que la demanda se edificó sobre situaciones inciertas, que aún no han tenido lugar, basadas en conjeturas y consideraciones hipotéticas que no tienen ningún sustento probatorio.

En primer lugar, señaló que existe falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Presidente de la República, pues las pretensiones del actor involucran exclusivamente al Departamento Administrativo de la Presidencia, de conformidad

con el artículo 1° del Decreto 1784 de 2019 que dispone que el objeto de esa entidad es asistir al presidente en su calidad de Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa.

Con relación a los hechos materia de tutela, indicó que en la aplicación de *Twitter* es posible y viable hacer un estudio de cómo las cuentas interactúan de manera digital con la marca o el servicio de otro usuario, herramienta que permite a su vez conocer el entorno digital, el sentimiento del usuario referente al nivel de comunicabilidad y cómo interactúan los usuarios entre sí.

Que para el caso concreto se elaboró con la Compañía Du Brands un listado de personas que figuran en la aplicación *Twitter* mediante interacciones digitales y se usaron criterios objetivos tales como *negativo*, *positivo* o *neutro* para hacer referencia a ese nivel de interacción con el usuario referente, sin que se le pueda endilgar sesgo o discriminación a su elaboración.

Alegó que era válido que la Presidencia de la República se interesara por el nivel de comunicabilidad que tiene en *Twitter*, lo cual puede ser medible a través de las interacciones digitales que tiene con las cuentas objeto de estudio; que es legítimo y útil conocer cómo se registró en los medios su gestión y ello incluye *Twitter*, de allí que el listado elaborado por Du Brands se haya realizado a partir de criterios objetivos como números de interacciones digitales, usuarios relevantes, número de seguidores y trinos.

Que con ocasión de una solicitud de información elevada por la Fundación para la Libertad de Prensa - FLIP el pasado 21 de febrero de 2020, a través del cual requería «[...] *tabla de clasificación de influenciadores y si hubo relación laboral de algún tipo y copias de los contratos*», y teniendo en cuenta que el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República se encontraba en imposibilidad material de responder y certificar si algunos de los influenciadores habían tenido contrato laboral o nombramiento con la entidad, requirió a la firma Du Brands para que proporcionara la información pertinente respecto a los números de cédula de los influenciadores.

En ese orden, consideró la Presidencia tenía una finalidad legítima a la necesidad de proporcionar el número de identificación de los influenciadores para poder dar respuesta a la FLIP sobre la existencia de contratos laborales o nombramientos con influenciadores de *Twitter*.

Puso de presente que el dato público era aquel calificado como tal según los mandatos de la Ley o de la Constitución, como ocurre con el nombre, apellidos y número de cédula de las personas, por lo que mal haría en considerarse que se vulneraron los derechos fundamentales de **ELMER JOSÉ MONTAÑA GALLEGO**.

Agregó, el número de cédula es un dato público y la finalidad de su búsqueda por parte de la entidad era legítima; sin este no podía establecer si había existido alguna relación contractual laboral o nombramiento de alguno de los influenciadores con la

entidad y de esta manera dar en estricto sentido respuesta a lo solicitado por la FLIP.

De otra parte, precisó, las cuentas abiertas en *Twitter* permiten que el contenido, convicciones o creencias del usuario sean vistas y tengan carácter público, de allí la posibilidad de que su nivel de influencia en el público pueda ser medido sin que ello sea considerado restrictivo de la libertad de conciencia o expresión.

Que el señor **ELMER JOSÉ MONTAÑA GALLEGO** figura en una lista que mide su nivel de influencia y de incidir en la opinión pública; que su medición se dio por su número de interacciones e influencia, pues para nadie es un secreto que su posición puede ser *negativa, positiva o neutral* frente a la Presidencia de la República. Sus juicios de valor son públicos y todos los pueden conocer.

Expuso que el objetivo de adjudicarle el calificativo de «*NEGATIVO*» fue confirmado por el mismo accionante, quien libre y abiertamente confesó ser opositor del Gobierno Nacional. Esto confirma, añadió, que el contenido del listado elaborado por la firma Du Brands y su caracterización obedeció a la absoluta verdad y no tiene sesgo, discriminación o señalamiento alguno en contra del accionante, pues solo refleja su sentir.

Alude que **ELMER JOSÉ MONTAÑA GALLEGO** no acudió a la entidad para aclarar sus dudas frente a la noticia originada por los requerimientos y publicaciones hechos por la FLIP, por lo

que resultaba prematuro elaborar un juicio de valor sobre el listado.

Finalmente adujo que la Presidencia de la República no incumplió la normativa vigente, ni transgredió los derechos y libertades de ninguno de los usuarios de *Twitter*, pues su único objeto se centró en conocer la percepción de aquéllos frente a su mandato.

Agregó que hizo uso de la data de manera objetiva, y sin espiar a nadie determinó las cuentas que interactuaban con sus usuarios en la red, lo que le permitió conocer cómo lo percibían y cómo evaluaban su gestión.

2. El representante legal de Du Brands S.A.S. manifestó que con su actuación no vulneró los derechos fundamentales del accionante **ELMER JOSÉ MONTAÑA GALLEGO** y que la acción de tutela tenía relación directa con la Presidencia de la República, por tanto, la censura debía dirigirse contra esa entidad.

3. La Superintendencia de Industria y Comercio y la Procuraduría General de la Nación alegaron falta de legitimación en la causa por pasiva y reclamaron su desvinculación del presente trámite de tutela.

4. La Fundación para la Libertad de Prensa – FLIP Colombia, guardó silencio durante el término de traslado.

ii) De las pruebas decretadas de oficio.

1. Por parte de la Presidencia de la República, el Consejero Presidencial Hassan Ain Abdul Nassar Pérez informó lo siguiente:

a. Con relación al listado de personas con interacciones digitales en la red social *Twitter* elaborado por Du Brands, que tal listado no contiene ningún dato personal, ni se consideraron datos personales para establecer el criterio *negativo, positivo y neutro* con el que se midió su nivel de interacción en relación con el Gobierno Nacional. Que la compañía referida en ningún momento entregó a la Presidencia de la República números de cédula ni los nombres de ninguna persona.

Que los actores más relevantes en *Twitter*, al tener cuentas abiertas, revelan de manera libre y voluntaria su convicción o pensamiento para que el público lo conozca; esa información de naturaleza pública fue la que se recolectó para determinar el nivel de interacción y aceptabilidad del actor, contribuyendo a entender mejor como recibió la información del Gobierno Nacional.

Señaló que los nombres y solicitud de números de cédula surgió ante la imposibilidad de la Presidencia de la República de contestar una pregunta del Subdirector de la Fundación para la Libertad de Prensa - FLIP Colombia el pasado 21 de febrero de 2020.

Que de otra forma, la Presidencia ni la compañía Du Brand jamás hubiesen solicitado y/o recolectado los nombres y/o número de cédula de las personas incluidas en el listado, por

tanto la recolección de datos tenía una finalidad legítima y era atender un requerimiento por parte de la FLIP, además que las solicitudes de la Presidencia siempre giraron en torno a datos públicos como cédula y nombre de los influenciadores referenciados.

Con relación a si se han emitido oficialmente explicaciones y aclaraciones respecto de los hechos planteados por el señor **ELMER JOSÉ MONTAÑA GALLEGO**, adujo que él, como Consejero Presidencial para las Comunicaciones, se pronunció en los siguientes medios: i) BLU Radio; ii) la FM; iii) Noticentro 1 CM& y iv) RCN radio.

b. Con relación al procedimiento adelantado para obtener los datos personales de los influenciadores de la red social *Twitter* requeridos para dar contestación a la solicitud elevada por la FLIP, manifestó que el listado de personas lo elaboró la compañía Du Brands haciendo uso de la herramienta API de *Twitter*, cuyo acceso es público y permite, mediante criterios objetivos, identificar a los actores más relevantes de la red en término de número de seguidores y el nivel de interacción.

Que la política de *Twitter* permite concluir que esos usuarios identificados y sus contenidos tienen perfiles abiertos públicos a su análisis y el conocimiento de sus posturas y juicios en relación con la conversación en torno al Gobierno Nacional cuyo conocimiento era de su interés para poder medir el nivel de percepción en los medios.

Expuso que luego del uso de la herramienta API, se realizó un análisis de contenido de cada cuenta en aras de categorizar este contenido como *positivo, negativo o neutro*, haciendo referencia al sentimiento y nivel de aceptabilidad de la estrategia de comunicación y gestión del Gobierno Nacional.

Que en dicho proceso de recolección sólo se tuvo en cuenta los criterios objetivos basados en información pública de las cuentas de *Twitter* y ninguno de ellos relacionados con datos sensibles de ninguna índole o dentro de la órbita del habeas data de los usuarios.

De otra parte señaló que el dato público de la solicitud de nombre y/o número de cédula se realiza con el interés legítimo de establecer la vinculación laboral y/o contractual de los influenciadores en el listado con la Presidencia de la República, toda vez que en la lista elaborada por Du Brands aparece solo el nombre que figura en la red social *Twitter*, es decir, en ningún momento se proporcionó cédula del usuario sino tan solo cuando se allegó la solicitud por parte de FLIP.

Que incluso en el listado se encuentran personas al servicio del Gobierno Nacional y respecto de éstas podría decirse que no era necesario el estudio de su nivel de aceptabilidad o receptividad de la estrategia de comunicación del Gobierno Nacional, no obstante, al usar la compañía Du Brands datos objetivos y la API de *Twitter*, todo usuario que tenga interacciones con la cuenta o cuentas objeto de estudio aparecerían sin excepción y serían incluidos en el listado elaborado por la compañía Du Brands.

2. El representante legal de Du Brands S.A. informó que la lista de personas que figuran con interacciones digitales en la aplicación *Twitter* se obtuvo a través de la herramienta API, la cual es de acceso público y permite identificar, mediante criterios objetivos, a los actores más relevantes de la red en términos del número de seguidores y el nivel de interacción que generan en relación con el Gobierno Nacional.

Que posterior a ello, se realizó un análisis de contenido de cada cuenta en aras de categorizarlo como *positivo, negativo o neutro*, que hace referencia a un sentimiento y nivel de aceptabilidad de la estrategia de comunicación y gestión del Gobierno Nacional.

Alude que tanto la herramienta API de *Twitter* como los contenidos publicados por los usuarios en sus cuentas abiertas tienen el carácter de público, además los usuarios son identificados a través de @ y seudónimos que muchas no coinciden con el nombre real de quien opera la cuenta, de tal manera que en el proceso de recolección se verificaron criterios objetivos y ninguno de ellos relacionados con los datos personales.

Que el listado forma parte del cumplimiento de las obligaciones contractuales de Du Brands en el marco del contrato celebrado con la Presidencia de la República e insistió que la lista no contiene ningún dato personal de los usuarios de acuerdo a la normatividad vigente y la Constitución Nacional.

3. El accionante **ELMER JOSÉ MONTAÑA GALLEGO** precisó que:

a. Oficialmente no ha solicitado ninguna aclaración a la Presidencia de la República.

b. No ha puesto en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación éstos hechos, pues desconoce qué clase de información privada ha recaudado el Gobierno Nacional.

c. Considera que la mera inclusión de su nombre en tal listado atenta contra su derecho a expresar libremente sus opiniones políticas e ideológicas, además de atentar contra su derecho al habeas data.

FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior de Cali consideró que si bien existen datos públicos como el nombre y número de cédula de las personas, los datos que revelan su orientación política, sus intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición, correspondían a información *sensible* y por lo tanto para su tratamiento requieren de la autorización expresa previa e informada de su titular.

Consecuente con lo anterior concluyó que incluir a **MONTAÑA GALLEGO** en el listado de influenciadores con la valoración de sus mensajes respecto del Gobierno Nacional como

«*NEGATIVO*», sin su consentimiento previo, atentaba contra su derecho fundamental al habeas data.

Para el Tribunal no hubo afectación alguna por haberse obtenido su nombre de la red social *Twitter* y solicitarse su número de identificación para verificar si tenía vinculación laboral con la Presidencia, pues ello estuvo motivado por la necesidad de dar una respuesta de fondo a la solicitud presentada por FLIP Colombia referente a qué personas de ese listado tenían o habían tenido vinculación contractual con la Presidencia.

Así mismo expuso que conforme con los elementos de prueba allegados, nunca se aportó el número de identificación **MONTAÑA GALLEGO** puesto que no fue recolectado por la Presidencia ni la firma Du Brands, y la búsqueda de contratos laborales respecto de él se realizaron con el nombre que figuraba en *Twitter*.

No obstante lo anterior, precisó que el agravio al derecho fundamental se configuró con la elaboración de la mencionada lista, pues la Presidencia de la República olvidó que los datos que revelan la orientación política o que promueven intereses de cualquier partido político o que se refieran a derechos y garantías de partidos políticos de oposición, conforme al artículo 5° de la Ley 1581 de 2012, corresponden a *datos sensibles*, cuyo tratamiento está prohibido salvo que se cumpla con las exigencias del artículo 6° ibídem. Datos que en manera alguna mutan a tener naturaleza de documentos públicos, a pesar de haber sido dados a conocer por su titular **ELMER JOSÉ**

MONTAÑA GALLEGO a través de la red social *Twitter*, Corte Constitucional sentencia C-748 de 2011.

Bajo ese entendido, concluyó, muy a pesar que se alegue que se trata solo de un monitoreo que realizó la Presidencia de la República, lo cierto es que atendiendo a que la información de la cuenta de *Twitter* de **MONTAÑA GALLEGO** contiene datos sensibles, dada su oposición al Gobierno Nacional y su expresa inclinación política, les correspondía solicitar de manera previa su autorización y ofrecerle información sobre el propósito de su inclusión en la referida lista, máxime cuando se tilda de negativo su juicio de valor frente a la Presidencia de la República.

En consecuencia concedió el amparo reclamado y ordenó a la Presidencia de la República y a la Compañía Du Brands eliminar al accionante de la lista de influenciadores a la que se hizo referencia en la acción de tutela, atendiendo que la calificación «negativo» lleva implícita datos sensibles y no se contó con su autorización para el tratamiento y publicación de los mismos.

LA IMPUGNACIÓN

Notificada del contenido del fallo la apoderada judicial del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y del Presidente de la República lo impugnó.

Precisó la recurrente que en el presente asunto no debió concederse el amparo, puesto que en la lista elaborada por la firma Du Brands no se trataron datos sensibles del accionante,

entendidos estos como su origen racial, étnica, orientación política, convicción religiosa o filosófica, su pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales o de derechos humanos, lo que se reveló fue su percepción con las decisiones del Gobierno Nacional, que a la postre resultaron coincidiendo con su filiación política.

Con todo, insistió, la lista de influenciadores elaborada por la compañía Du Brands no contenía, de acuerdo con el objeto contractual, datos personales o sensibles; existía para el contratista Du Brands la obligación de respetar la Ley Habeas Data; y los criterios «*NEGATIVO*», «*POSITIVO*» y «*NEUTRO*» fueron objetivos y no reflejaron orientación política, partidista o ideológica de los usuarios analizados. El criterio denominado «*NEGATIVO*» contenido en la lista de influenciadores que se elaboró en el año 2019, no hace alusión a posición política alguna y solo refleja qué usuarios de la red *Twitter* manifestaron su percepción o impacto frente a una decisión o medida del Gobierno Nacional y si esa percepción tuvo impacto en términos de la interacción que genera su mensaje o de los seguidores que tienen.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1° del Decreto 1983 de 2017, en concordancia con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación formulada contra la

sentencia adoptada en primera instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Cali, al ser su superior funcional.

2. El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o si existe cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable.

En sede de impugnación, el juez constitucional debe verificar el contenido de la misma, cotejándola con el acervo probatorio y con el fallo, tanto que si a su juicio la sentencia carece de fundamento, procederá a revocarla o de lo contrario la confirmará, tal como lo dispone el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, por el cual se regula el trámite constitucional.

3. En atención al problema jurídico planteado en precedencia, se procederá a hacer un análisis del derecho fundamental de habeas data, de la garantía de protección de datos personales, de las categorías especiales de información personal que constitucionalmente se ha denominado como *datos sensibles*, así como de la necesidad del consentimiento previo del titular de la información para su tratamiento.

El habeas data como derecho fundamental emana del 15 de la Carta Política que señala, entre otros aspectos, que «[e]n la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución».

Esta prerrogativa ha sido reconocida por la jurisprudencia constitucional como un derecho fundamental autónomo y que sirve además como garantía para la realización de otros derechos igualmente importantes: *intimidad, buen nombre, libre desarrollo de la personalidad*, entre otros.

Con el propósito de proteger dicho derecho, el Legislador expidió la Ley 1581 de 2012 permitiéndole a su titular conocer, actualizar y rectificar la información que sobre su actividad se haya recogido en bases de datos o archivos.

La citada disposición señala que para el tratamiento de datos sensibles es necesario contar con la autorización previa e informada de su titular. Sin embargo, agrega la norma, no es necesaria tal autorización: **a)** la información sea requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial; **b)** los datos sean de naturaleza pública; **c)** se trate de una urgencia médica o sanitaria; **d)** esté previamente autorizado por la norma y sea para fines históricos, estadísticos o científicos y **e)** se trate de datos relacionados con el Registro Civil de las Personas (artículo 10° de la Ley 1581 de 2012).

En sentido contrario, cuando se trata de *datos sensibles*, que afecten la intimidad de su titular, se exige su consentimiento

previo e informado, pues un uso indebido de dicha información podría afectar su intimidad, buen nombre, e incluso generar su discriminación por revelar aspectos de su origen racial o étnico, inclinación sexual, orientación política o convicción religiosa.

Como *datos sensibles* el artículo 5° *ibídem* señala que se trata de aquella información «*que afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como aquellos que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual y los datos biométricos*».

El artículo 6° de la citada norma prohíbe entonces por regla general el tratamiento de dicha información y solo admite que se emplee cuando: **i)** el titular lo autoriza previamente; **ii)** es necesario para salvaguardar el interés vital del titular y este se encuentra física y jurídicamente incapacitado para dar su autorización; **iii)** se realiza en el curso de actividades legítimas parte de una fundación, ONG, asociación o cualquier otro organismo sin ánimo de lucro sobre sus miembros; **iv)** se refiere a datos que son necesarios para el reconocimiento o defensa de un derecho en un proceso judicial y **v)** tiene una finalidad histórica, estadística o científica, caso en el cual deben adoptarse medidas conducentes a la supresión de identidad de los titulares de la información.

En ese orden, conforme con la Ley 1581 de 2012, el consentimiento del titular de la información es un presupuesto

para la legitimidad constitucional de los procesos de administración de datos personales y su autorización debe ser previa, es decir, suministrada en una etapa anterior a la incorporación del dato.

4. En el caso del accionante no existe duda que no hubo un consentimiento previo para el tratamiento de los datos consignados en su cuenta de *Twitter*.

Como bien lo expuso el a quo, la cuenta personal de **ELMER JOSÉ MONTAÑA GALLEGO** en la red social *Twitter* contenía datos sensibles por su declarada oposición al Gobierno Nacional y su expresa filiación política. Por lo tanto, contrario a los argumentos de la recurrente, para su inclusión en el listado elaborado por la firma Du Brands debían contar con su consentimiento previo e informado.

Precisaron Du Brands y el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República que el registro del actor en el listado no obedeció a su filiación política, sino a su posición e interacción con la gestión del Gobierno Nacional durante los meses comprendidos entre junio y diciembre, además que se hizo en el marco de una estrategia por posicionar la imagen del presidente y sus logros en diferentes medios de comunicación, en especial en redes sociales.

Así mismo, indicaron que la lista de influenciadores tuvo en cuenta solo aquellos usuarios que hicieron referencia a la gestión del Gobierno y para tal fin realizaron un análisis del contenido de

sus publicaciones e interacciones, y en función de ellas les asignaron categorías de *positivos, negativos o neutros*.

Ahora, si bien podría aceptarse que el contrato suscrito entre el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República – DAPRE y la firma Du Brands, que dio origen al listado que censura el accionante, tuvo como finalidad posicionar la imagen del primer mandatario y sus logros, dicho listado contenía información precisa que permitía identificar plenamente a **MONTAÑA GALLEGO** como un notorio opositor al gobierno, de ahí que para su tratamiento se requería de autorización previa.

Independientemente que la información del accionante en su cuenta de *Twitter* y trinos puedan ser consultados abiertamente por el público, la accionada no estaba facultada para hacer uso de la misma como si se tratase de datos de naturaleza pública y con fundamento en ello elaborar el listado de influenciadores en el que incluyó al acto, pues es evidente que lo que determinó su inclusión y el calificativo de «*negativo*» fue precisamente su ideología política, plasmada en su interacción en la red social.

Se presenta entonces en este caso dos situaciones que no pueden ser inadvertidas por la Sala: i) que aun cuando el contrato tenía como finalidad mejorar la imagen del Gobierno actual en las redes sociales, durante su ejecución se elaboró una lista de influenciadores de la red social *Twitter* en la que se incluyó al actor con nombre propio sin su consentimiento previo, y ii) independientemente que el accionante, como usuario de la red

social hubiese hecho pública su orientación política, por tratarse de *datos sensibles*, para su tratamiento por parte de la entidad resultaba necesario una autorización previa.

La misma Corte Constitucional en sentencia C-748 de 2011, que declaró la exequibilidad de la Ley 1581 de 2012, determinó que aun cuando un *dato sensible* se hubiese hecho público por su titular, su naturaleza no cambia y por tanto las restricciones para su tratamiento se mantienen.

«[...] el hecho de que un dato sensible se haga público, no lo convierte en un dato de naturaleza pública que cualquier persona pueda someter a tratamiento. Por tanto, pese a la divulgación de un dato por su titular, la posibilidad de someterlo a tratamiento debe sujetarse a su consentimiento expreso, previo e informado -principio de libertad- y a las demás exigencias que imponen los principios consagrados en el artículo 4 y demás garantías del habeas data.»

Así las cosas, a pesar que el accionante hubiese declarado abiertamente en su cuenta de *Twitter* su oposición al gobierno, la firma Du Brands y el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, tenían la obligación legal de contar de manera previa con su consentimiento expreso e informado para el tratamiento de tales datos.

Si bien el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República sostuvo que la lista de influenciadores elaborada por la compañía Du Brands no contenía datos personales o sensibles y que los criterios «NEGATIVO», «POSITIVO» y «NEUTRO» fueron objetivos y no reflejaron orientación política, partidista o ideológica de los usuarios analizados, se advierte configurada la vulneración de las garantías del accionante con la publicación de

su nombre en la lista entregada por Du Brands, unido al adjetivo «*negativo*» que le asignó, pues esa lista, con nombres de influenciadores de *Twitter*, en nada mejora la imagen de la Presidencia en las redes sociales y por el contrario sí permite, a quien la consulte, informarse de la filiación política del accionante y su postura frente al gobierno de turno.

Como se indicó en precedencia, para el tratamiento de *datos sensibles*, la entidad debía contar con la autorización previa del titular de información, directriz que no fue atendida en el caso de **ELMER JOSÉ MONTAÑA GALLEGO** y hace procedente el amparo de sus garantías superiores.

Así las cosas, si la información reportada por **MONTAÑA GALLEGO** en su cuenta de *Twitter* permitía establecer su oposición al gobierno y filiación política, para hacer uso de sus datos y asignarle el adjetivo de «*positivo, negativo o neutral*», la firma Du Brand y el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República debían solicitar previamente su consentimiento.

Como no se cumplieron entonces las exigencias contenidas en la Ley 1581 de 2012 y se consignaron datos sin consentimiento del actor en una lista que permite determinar su filiación política y demás datos que comportan la categoría de sensibles, esta Sala encuentra razonable y ajustada a derecho la orden de amparo emitida por el juez de primera instancia. En consecuencia se impartirá confirmación al fallo impugnado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Decisión de Tutelas No. 1, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. Confirmar el fallo recurrido, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

2. Notificar a las partes de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

3. Remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez ejecutoriado el presente proveído.

Cumplase,



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA


EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
Secretaria

Sala Casación Penal@2020