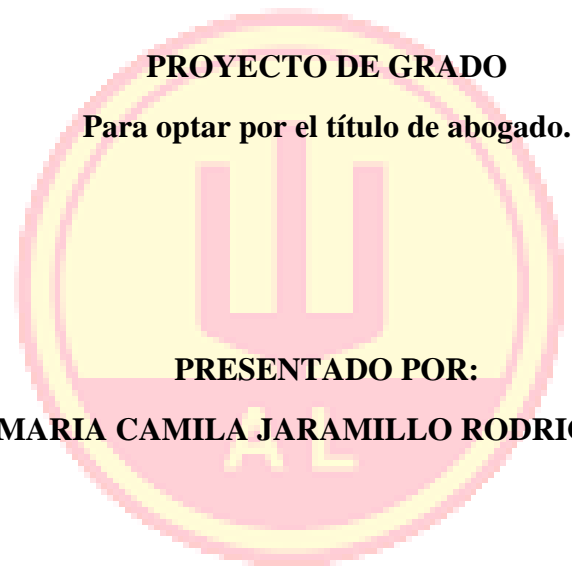


**Límites Legales del Control Parental en las Redes Informáticas con relación al Libre
Desarrollo de la Personalidad en niños menores de 14 años**

PROYECTO DE GRADO

Para optar por el título de abogado.



PRESENTADO POR:

MARIA CAMILA JARAMILLO RODRIGUEZ

UNIVERSIDAD

AUTÓNOMA

LATINOAMERICANA

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA

FACULTAD DE DERECHO

UNALIA®

MEDELLÍN 17 DE OCTUBRE DE 2019



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA UNAL

El presente trabajo de grado está dedicado principalmente a Dios por darme la fe y la esperanza de seguir adelante cada día, a la memoria de mi abuela Libia Duque por recordarme cada día que puedo hacer lo que me propongo
A mis padres por ser los primeros en apoyarme durante toda mi carrera, por darme fuerzas, amor y comprensión.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mis padres por su apoyo incondicional, a mi asesor Alberto Iván Cuartas por su colaboración y apoyo en este proceso, a Alejandro por su comprensión en esta etapa de mi formación profesional.



UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA
LATINOAMERICANA
UNAUCLA®

Resumen

Las tecnologías de la información y la comunicación han transformado la sociedad y la vida de los ciudadanos. Concretamente, las redes sociales digitales han revolucionado las relaciones interpersonales y la manera de sostener conversaciones en la actualidad. Sin embargo, los usuarios no consideran la existencia de diversas situaciones jurídicas en estas plataformas, ni mucho menos el hecho que los niños, niñas y adolescentes también pueden verse inmersos en las mismas. El presente trabajo analiza los derechos a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad de los niños, niñas y adolescentes en el uso de las redes sociales, en contraposición con el ejercicio de la patria potestad y la responsabilidad parental por parte de los padres que imponen restricciones en el manejo de estas aplicaciones.

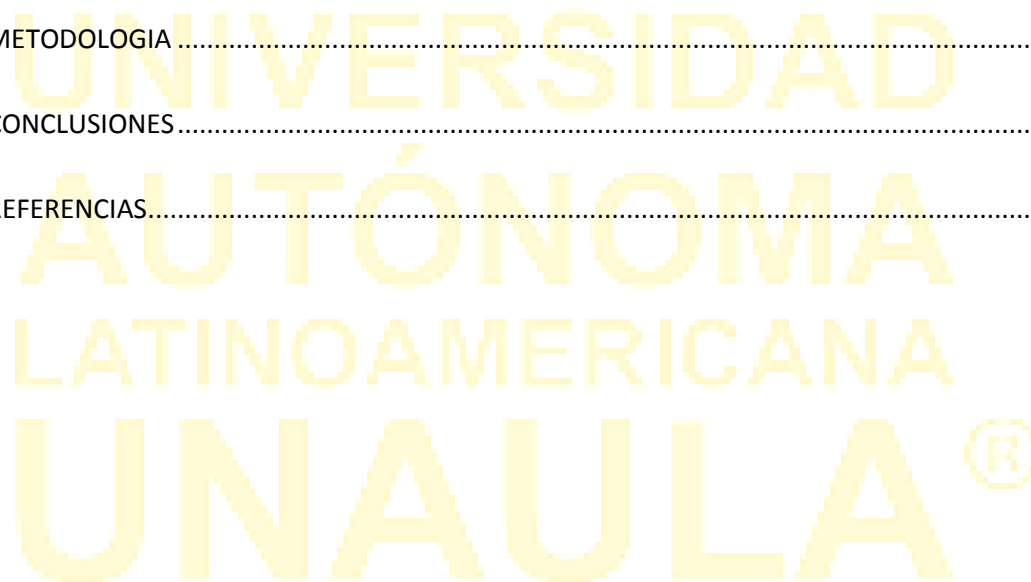
Palabras clave: Control Parental, Derecho a la intimidad, Redes Sociales, Responsabilidad, Uso.

UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA
LATINOAMERICANA
UNLAULA®

TABLA DE CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN.....	7
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	9
3. FORMULACION DEL PROBLEMA	12
4. JUSTIFICACION	13
5. OBJETIVOS.....	15
5.1 Objetivo General.....	15
5.2 Objetivos Especificos.....	15
6. HIPOTESIS.....	16
7. MARCO DE REFERENCIA.....	17
7.1 Marco Histórico.....	17
8. PERSPECTIVA DE LA LEGISLACIÓN PENAL COLOMBIANA FRENTE A LAS DIFERENTES FORMAS DE CONTROL PARENTAL.....	23
8.1 Redes sociales en Colombia. Naturaleza jurídica y regulación de los servicios de redes sociales ...	23
8.2 Acceso por parte de los niños, niñas y adolescentes a redes sociales. Visión frente a ventajas y desventajas.....	27
9. PATRIA POTESTAD.....	40
9.1 Derecho Comparado.....	41
9.2 Legislación Interna.....	44

10.	ANÁLISIS COMPARADO	47
10.1	La libertad de expresión en el manejo de la información de las redes sociales	49
11.	APLICACIÓN DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD: INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO PAUTA DE CONCILIACIÓN EN LA TENSIÓN	53
11.1	Los niños como sujetos de Derecho dejan de ser considerados un objeto de protección	56
11.2	Los principios y valores herramientas de argumentación jurídica	58
11.3	Integración del interés superior a la legislación nacional	61
11.4	El test de ponderación entre los derechos fundamentales de NNA y la autoridad parental de los padres	64
11.5	Test de ponderación de los derechos de los NNA en redes sociales vs el derecho a ser protegidos (autoridad parental).....	68
12.	METODOLOGIA	75
13.	CONCLUSIONES.....	76
14.	REFERENCIAS.....	81



1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de grado se titula *Límites legales del control parental en las redes informáticas con relación al libre desarrollo de la personalidad en niños menores de 14 años*, tiene como objetivo describir los límites legales del control parental frente a las redes sociales, para ello se tendrá en cuenta la facilidad y comodidad proporcionada por la tecnología en multitud de campos ámbitos educativos, empresariales y gubernamentales, especialmente porque su introducción ha facilitado actividades cotidianas y ha promovido otras, que años atrás se consideraban imposibles.

Tal es la incursión de estas herramientas en nuestra vida diaria, que es común que los niños, niñas y adolescentes (de ahora en adelante NNA) tengan una cuenta o perfil en alguna red social, pues estas plataformas facilitan la interacción con sus pares y a través de ellas expresan su personalidad al relacionarse con quienes comparten intereses, preocupaciones o necesidades similares.

En este contexto, existe la posibilidad que los niños y niñas e incluso los adolescentes accedan a contenidos inapropiados para su edad o se comuniquen con usuarios malintencionados, además corren el peligro de enfrentarse con situaciones como abusos, discriminación y pornografía, que pueden afectar negativamente su crecimiento y desarrollo integral.

En razón de los peligros mencionados, algunos de los padres de los NNA que tienen acceso a estas comunidades, limitan o controlan el uso de las mismas por parte de sus hijos, así como el contenido de sus conversaciones. Estas discutidas decisiones son impuestas con fundamento en

el ejercicio de la patria potestad y la responsabilidad parental, para asegurar la protección de la integridad de los niños, niñas y adolescentes.

En contraste, se cuestiona la limitación de los derechos a la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad de los niños, niñas y adolescentes respecto a este tipo de decisiones, que pueden llegar a constituir intromisiones arbitrarias en su privacidad.

La descrita tensión se discute en el plano del interés superior del niño, el cual es reconocido internacionalmente como regla de interpretación prevalente en caso de conflicto. Esta garantía implica que antes de tomar una medida respecto de dichos sujetos, se adopte aquella que mejor proteja sus derechos. Sin embargo, la aplicación de este principio debe ser cautelosa, debido a la complejidad y dinamismo del mismo, pues acomodadamente puede defender ambas posiciones encontradas, por lo que corresponderá al operador jurídico evaluar el caso en concreto.

UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA
LATINOAMERICANA
UNAUULA®

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El derecho como la ciencia que pretende regular la conducta del ser humano en sociedad, tiene como objetivo principal lograr un orden y una convivencia pacífica entre todos los sujetos que la integran, se debe tener en cuenta que esta disciplina se encuentra en continuo cambio y evolución, no solo frente a las nuevas conductas que puedan surgir en la sociedad por parte de los individuos, sino también respecto a la regulación del debido uso de los nuevos medios y herramientas de interacción y comunicación entre los individuos, entre ellos uno en particular que ha suscitado un inmenso auge respecto a su creciente utilización en los últimos años, el internet.

En la legislación colombiana, es poca la regulación contemplada sobre las nuevas y diversas conductas que han surgido producto del desarrollo tecnológico en el campo del internet y la informática. Sin embargo, actualmente en Colombia se han presentado significativos progresos en la legislación penal con la expedición de la ley 1266 de 2008 “mediante la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones” y especialmente con la ley 1273 de 2009 “Por medio de la cual se modifica el Código Penal, se crea un nuevo bien jurídico tutelado - denominado “de la protección de la información y de los datos”- y se preservan integralmente los sistemas que utilicen las tecnologías de la información y las comunicaciones, entre otras disposiciones”, esta última de gran relevancia ya que como su nombre lo indica crea un nuevo bien jurídicamente tutelado dentro del ordenamiento jurídico colombiano denominado de la protección de la información y los datos, sentando las primeras bases legales firmes en la

consagración de los nuevos llamados delitos informáticos, cuya descripción algo menos precisa se encontraba antiguamente enmarcada únicamente en los artículos 192-197 del código penal.

Por otra parte, dentro de la legislación colombiana se plasma el deber de los padres de velar porque los hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo físico, intelectual, moral y social. Para tal efecto, un padre en aplicación de estos preceptos establecidos en la carta constitucional debe ejercer vigilancia y protección de sus hijos en lo referente al uso de equipos electrónicos, fin para el cual se puede valer de herramientas informáticas tales como filtros de internet, herramientas de acceso de banda ancha, contadores en línea, protección de email, tarjeta de reporte de actividad en línea e inclusive programas de acceso y control remoto por internet que permiten ver en tiempo real que está haciendo y viendo el menor en todo momento.

Cabe resaltar que el mal uso de dichas herramientas electrónicas inexorablemente trae consigo un sin número de peligros y problemáticas; como se menciona en el artículo de investigación niños en un mundo digital, realizado por la UNICEF donde se nombran algunos de estos factores de riesgo a los que están expuestos los niños

Se ahonda en el aspecto oscuro de la tecnología digital y los riesgos y daños de la vida en línea, entre ellos las consecuencias de internet sobre el derecho de los niños a la privacidad y la expresión. Las TIC han amplificado algunos de los peligros tradicionales de la infancia: una vez confinado al patio de la escuela, el acosador puede ahora seguir a las víctimas hasta sus hogares. Pero también suponen nuevos peligros, como la ampliación del alcance de los depredadores, el fomento de la creación de materiales de abuso sexual infantil “por encargo” y la ampliación del mercado para la transmisión de abuso sexual en vivo. Como dijo una niña víctima de la transmisión en línea: “Cuando el extranjero dice ‘desnúdate’, nos desvestimos”. Y luego están los peligros que muchos niños y padres desconocen: las amenazas a la privacidad y la identidad

de los niños, como por ejemplo la tramitación de datos a escala industrial que internet ha hecho ahora posible. (UNICEF, 2017, pág. 20)

Sin embargo, aún teniendo múltiples posibilidades para filtrar la información, no se es claro el tipo de contenido que debe ser omitido en la formación integral de un menor, apuntando siempre a la crianza sana que es la preocupación de los padres respecto a la gigantesca libertad de archivos que pueden ser observados en un medio tan masivo como internet, más allá de eso hay una escasa definición de los límites que debe comprender dicha libertad de información, tan poca que ni siquiera es claro que contenido es apto o no para un menor y en qué etapa de su desarrollo se es dueño de una potestad como esta que permite filtrar contenido, pretendiendo imbuir a los destinatarios de tal regulación (niños, niñas y adolescentes).

Según Carolina Piñeros, directora ejecutiva de la entidad de protección de derechos de los niños “Redpapaz” en el informe realizado por el periódico el tiempo, relata que

Existe un desbalance en la manera como los padres estamos asumiendo el rol de guía para con nuestros hijos en temas digitales y de uso responsable de la tecnología: los padres han olvidado que hay que educar para la autonomía. Así como enseñaron a caminar a sus hijos, deben acompañarlos y apoyarlos en su iniciación como usuarios de la tecnología y las redes sociales, para que puedan luego ‘caminar’ solos. (García 2015)

3. FORMULACION DEL PROBLEMA

¿Cuáles son los límites legales del control parental en el manejo y control de datos e información electrónica sobre el hijo menor de 14 años con relación al libre desarrollo de la personalidad?



UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA
LATINOAMERICANA
UNAUCLA®

4. JUSTIFICACION

Este proyecto de investigación es relevante, útil y novedoso para el derecho colombiano, ya que ofrecerá parámetros legales sobre la correcta utilización de las herramientas informáticas por parte de los padres en la crianza y el control de sus hijos, a su vez constituirá un material de análisis y reflexión sobre el problema jurídico de la contraposición de derechos y responsabilidades de los padres en la crianza de sus hijos versus las libertades y los derechos de los menores de 14 años, tal como se encuentran consagrados en la constitución política de Colombia y las demás leyes que los reglamentan y los protegen.

En cuanto se refiere a la vigilancia, corrección y sanción a un menor por parte de sus padres, facultad que emana de los Arts.42 y 44 de la constitución política y del Art. 262 del código civil, la Corte Constitucional en sentencia C-371-94 ha dicho que *“las sanciones que apliquen los padres y las personas encargadas del cuidado personal de los hijos estará excluida toda forma de violencia física o moral, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12, 42 y 44 de la Constitución Política”*; a pesar de esto, con el reciente desarrollo y amplia proliferación de las tecnologías informáticas y herramientas digitales de vigilancia y control, no existe aún amplia reglamentación legal o jurisprudencial que brinde pautas para la utilización de estas por parte de los padres sobre sus hijos.

Conforme a lo anterior, el propósito de esta investigación es analizar dicho problema el cual se enmarca en una nueva esfera del conocimiento actualmente poco regulada por el derecho, que permita brindar pautas claras sobre los límites que los padres deben tener en el debido uso de estas herramientas informáticas sobre sus hijos.

Esta investigación aportará al conocimiento del derecho en las áreas Constitucional, Penal, Civil y Familia, debido a que en ella se observarán y constatarán los derechos fundamentales a la libre personalidad y en general los que gozan todos los menores. Desde el área penal se observarán los nuevos bienes jurídicos tutelados y tipos penales creados a partir de las leyes 1266 de 2008, y 1273 de 2009; desde el área civil se observarán las diferentes disposiciones del código civil referentes a el deber de crianza y corrección que tienen los padres sobre sus hijos, así como la capacidad de los menores de 14 años; y por último desde el área familia se analizarán varias disposiciones normativas entre ellas la ley 1098 de 2006.



UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA
LATINOAMERICANA
UNAUCLA®

5. OBJETIVOS

5.1 Objetivo General

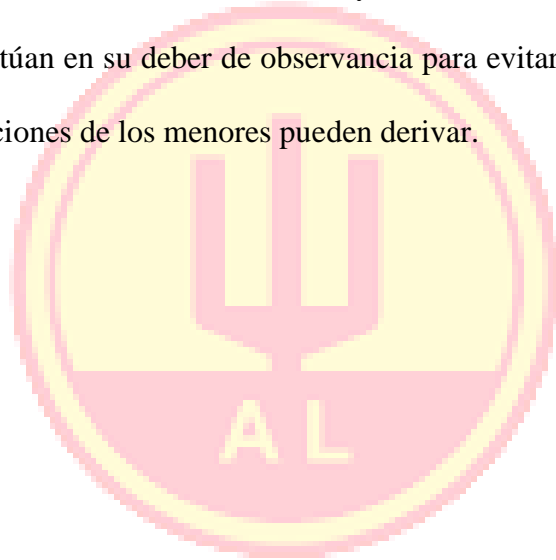
Describir los límites legales que se derivan del control parental en el manejo y control de datos e información electrónica, sobre el hijo menor de 14 años a través de las diferentes consagraciones legales y jurisprudenciales que permitan la protección al libre desarrollo de la personalidad de aquellos.

5.2 Objetivos Específicos

- Indagar los límites impuestos por el Estado frente al control del uso de internet.
- Analizar desde la perspectiva de la legislación penal colombiana las diferentes formas de control parental que se efectúan a través de los medios electrónicos.
- Analizar el alcance del libre desarrollo de la personalidad en menores de 14 años.
- Constatar las consecuencias que genera la omisión del control parental sobre las acciones de los menores de 14 años.

6. HIPOTESIS

Los padres o representantes legales de los menores de 14 años a su cargo no violan los derechos fundamentales de los menores, en especial el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, al manejar moderadamente los datos y la información de los mismos en los medios electrónicos, cuando actúan en su deber de observancia para evitar posibles consecuencia civiles o penales en que las acciones de los menores pueden derivar.



UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA
LATINOAMERICANA
UNAU^{LA}®

7. MARCO DE REFERENCIA

7.1 Marco Histórico

Ciertamente el fin del siglo XX y el comienzo de un nuevo milenio tuvieron un gran impacto en la dinámica mundial. En el caso de América Latina, la década de los ochenta marcó el inicio de las políticas neoliberales y con ellas las reformas estructurales del Estado. El denominado Consenso de Washington, en los años noventa, facilitó la integración de mercados en bloques regionales y gestó el ingreso de América Latina en la era de la globalización.

En consecuencia, en la historia colombiana han existido diferentes desarrollos que han permitido a la sociedad inmiscuirse en las nuevas tecnologías. Uno de los avances más significativos desde 1990 ha sido la internet, dado que varias universidades privadas y estatales junto con algunas compañías de telecomunicaciones (TELECOM) han ido trabajando en este medio para ofrecer una mejor calidad de vida a las familias. Con las investigaciones realizadas por estas entidades, se logró conectar un canal análogo entre la universidad de Columbia- New York y la Universidad de los Andes, En Bogotá, por medio de la cual se creó una red llamada RUNCOL (Red de Universidades Colombianas) que logró la comunicación mediante modems, sin embargo, RUNCOL solo prestaba el servicio de correo electrónico.

En este contexto, en el ámbito tecnológico concurren las telecomunicaciones, la informática y lo audiovisual o mediático logrando impactar el orden económico, político y cultural; especialmente a partir del hito que representó Internet en la comunicación e interdependencia de los países. Esto aceleró la unificación de mercados, los movimientos de capital y la creación de nuevas comunidades que superaron las sociedades y culturas existentes.

En ese sentido, lo digital destaca como rasgo distintivo en la evolución de las viejas tecnologías de la información como la radio, el teléfono, el cine y la televisión y se erige como una de las claves técnicas de la Sociedad de la Información, dando origen a nuevos medios y formas de producir, almacenar y difundir la información. Para agrupar dichos elementos y procesos se ha popularizado el término: Tecnologías de la Información y la Comunicación - TIC.

La sociedad de la información ha sido comparada con la revolución industrial, en la medida que supuso un salto histórico y social, gracias a la aplicación masiva de la tecnología en los procesos productivos, aunque ahora esa tecnología no es la máquina de vapor, sino el acceso a la información, (Salvat y Serrano. 2011:38). Esta revolución de la información es de hecho una revolución del conocimiento. Drucker (citado por Crovi, 2002:17) la define como *“la reorganización del trabajo tradicional basado en siglos de experiencia, mediante la aplicación del conocimiento y en especial del análisis sistemático y lógico”*, enfatizando que la clave no es la electrónica sino la ciencia cognitiva.

Al respecto, debe precisarse que algunos autores consideran que la innovación tecnológica y el avance del conocimiento científico han supuesto históricamente factores cruciales de cambio social (Torres. 2013:9), insistiendo que ésta es la verdadera causa de los cambios de la sociedad, por lo que bien podría decirse que todas las sociedades en la historia han sido *“Sociedades del Conocimiento”*, sustentadas sobre diferentes modelos económicos (Lafuente y Genatios. 2005: 24). Las corrientes más pragmáticas han zanjado la discusión al ubicar el conocimiento en la esfera de la comunicación, aseverando que *“la verdad se estructura sobre la base del consenso de sujetos libres, que mediante la comunicación organizan la vida y el funcionamiento de la*

sociedad” (2005: 24), razón por la que bajo este supuesto asume un importante lugar la dimensión comunitaria y colectiva que presenta el concepto de Sociedad del Conocimiento (Crovi, 2002:18), soportado en la activa participación e intercambio de experiencias y saberes por parte de sus miembros.

Sin dudas, frente a las anteriores revoluciones económicas y sociales, la actual, además, de dinámica, es universal, al garantizar conexiones simultáneas y permanentes, que son la base de la llamada globalización al incidir a escala global en las actividades económicas, comerciales, políticas y sociales, la acumulación de capital, la generación y transmisión del conocimiento y la gestión de la información.

Menciona Torres (2013:14) que, pese a que desde la aparición de Internet y de la World Wide Web se presumía la interacción permanente y simultánea entre usuarios finales, fue a partir de mediados de la década pasada que la idea de interactividad fue desarrollada a través de aplicaciones que permitían compartir documentos, vídeos, fotos, música, y presentaciones mediante plataformas como blogs y wikis, así como desarrollar vínculos gracias a las redes sociales.

Aunque la sociedad de la información no está limitada a Internet, en los últimos años, la red se ha convertido en una herramienta crucial para el progreso de la globalización, puesto que no es sólo un medio que proporciona acceso e intercambio de información y datos (Pedreño, 2007:318), sino que es un fenómeno de masas que está desplazando aceleradamente a los medios

tradicionales, lo que representa un notable cambio social que no se limita a fronteras nacionales, ni barreras idiomáticas.

Precisamente, en la Quinta Conferencia Ministerial sobre la Sociedad de la Información de América Latina y el Caribe, la Comisión Económica (de Naciones Unidas) para América Latina y el Caribe- CEPAL (2016:11) calificó el despliegue e incorporación de las tecnologías digitales en todo el mundo como espectacular, precisando que en la región entre 2003 y 2015 se duplicó con creces el número de usuarios de Internet al alcanzar el 54,4% de la población y más de 700 millones de conexiones a telefonía móvil, además, resaltó el hecho que muchos países de América Latina se encuentran entre los que más usan las redes sociales globales.

En definitiva, el mundo virtual tiene efectos en la realidad al punto que muchas actividades cotidianas dependen de Internet, al igual que lo hacen el sistema económico mundial y las relaciones internacionales (Salvat y Serrano, 2011:56). Es a través de este medio que se consolidan las comunidades virtuales, se almacenan documentos compartidos y se da una comunicación escrita, fluida e inmediata mediante el correo electrónico, que en su momento fue revolucionario y hoy es indispensable para las actividades comerciales y sociales.

Además, la constante incidencia de la red en nuestra realidad ha llevado a la reflexión a distintos teóricos de la sociedad de la información y el conocimiento, que se han dedicado a estudiar el comportamiento de las personas en este contexto. Entre ellos destaca Prensky (citado por Cabrera, 2014:19), quien asegura que *“el uso de las nuevas tecnologías desde la infancia ha configurado ciertas habilidades a aquellas personas que han crecido con ellas”* y de manera

opuesta considera que el manejo de las TIC por parte de las personas con mayor edad representa un saber-hacer difícil de alcanzar. Este autor, asigna las categorías de “nativos digitales” a los primeros e “inmigrantes digitales” a los últimos. Afirma que los cambios sin precedentes de los últimos años han configurado nuevos patrones de pensamiento, especialmente en los jóvenes que son los mayores usuarios de estas tecnologías, y que a su vez estos cambios han permitido transformaciones en el comportamiento. Este autor fundamenta su tesis en la habilidad que tienen los “nativos digitales” en el lenguaje y entorno digital que les permite insertar con mayor facilidad las mencionadas herramientas en sus vidas cotidianas.

Igualmente, frente a este planteamiento Cabrera discrepa al concluir que el aprovechamiento de una tecnología depende de la actitud, aptitud y tiempo del que disponga el usuario, razón por la que existen jóvenes que no saben manejar hábilmente algunos sistemas, al igual que hay adultos que debido a su experiencia utilizan distintas tecnologías con gran destreza.

Pese a lo anterior, es innegable que los jóvenes constituyen la mayoría de la población que usa las redes sociales como medio de comunicación e interacción, especialmente, porque el rasgo fundamental de las mismas es el de la conectividad permanente (Castells citado por Torres, 2013:15) que da sustento a la cada vez más alta demanda de movilidad, comodidad y portabilidad de los dispositivos.

Por tanto, para abordar el análisis de las redes sociales online como tópico central del presente trabajo, es necesario tener en cuenta que éstas son el mejor ejemplo de la sociedad representada en un entorno creado tecnológicamente, puesto que exponen los beneficios de la comunicación y

conexión entre individuos, a la par que visualizan los problemas de privacidad y la falta de confianza (Díaz citado por Acedo & Platero, 2016: 73), por lo que se profundizará sobre su definición y sistematización en el siguiente apartado.



UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA
LATINOAMERICANA
UNAUCLA®

8. PERSPECTIVA DE LA LEGISLACIÓN PENAL COLOMBIANA FRENTE A LAS DIFERENTES FORMAS DE CONTROL PARENTAL

8.1 Redes sociales en Colombia. Naturaleza jurídica y regulación de los servicios de redes sociales

Debido a la complejidad que representa a nivel mundial este tipo de redes sociales, su regulación ha sido tardía y difícil, ya que el rápido desarrollo de los nuevos servicios que conlleva la Sociedad de la Información, provoca situaciones complicadas para la aplicación e interpretación práctica de la normativa (INTECO & AEPD, 2009:10), razón por la que se han gestado marcos normativos a nivel internacional que promueven la creación de regulaciones nacionales para este tipo de medios, con el propósito de evitar la afectación de los derechos de los usuarios.

En Colombia, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones frente a la inquietud sobre los términos legales bajo los que funciona una red social virtual manifestó mediante concepto jurídico No. 54042010 del 14 de diciembre de 2010 que en nuestro país no existen normas que regulen la materia, por lo que les corresponde autorregularse a través de códigos de conducta o memorándum de entendimiento, que contemplen las problemáticas surgidas con la web 2.0. En la que los consumidores a su vez son productores. La situación descrita resulta alarmante al tener en cuenta que este Ministerio (citado por Alvarado, 2017:212), asegura que Colombia ocupa el lugar número catorce (14) a nivel mundial con más de quince millones (15.000.000) de usuarios en Facebook y seis millones (6.000.000) de usuarios en Twitter, ubicándose por encima de países como Francia y Alemania en el uso de redes sociales.

En este panorama pueden configurarse diversos delitos con la ayuda de la tecnología. Para Cáceres (citado por Alvarado, 2017:216) los delitos cometidos en las redes sociales son los mismos delitos clásicos, entre los que destacan: la extorsión, hurto, abuso sexual, pornografía y maltrato. A pesar de ello, el legislador colombiano, en su esfuerzo por sancionar las conductas delictivas cometidas en estos entornos, ha modificado y adicionado el Código Penal Colombiano.

A su vez, la Ley 1273 de 2009 instituyó como bien jurídico tutelado la protección de la información y de los datos al adicionar el Título VII BIS al Código Penal contemplando penas de prisión de hasta 120 meses y multas de hasta 1500 salarios mínimos legales mensuales vigentes a quienes incurrieran en los tipos definidos entre los artículos 269A y 269J. También, mediante dicha disposición se adicionó el artículo 58 del citado Código incluyendo como circunstancia de mayor punibilidad *“cuando para la realización de las conductas punibles se utilicen medios informáticos, electrónicos o telemáticos”*, hecho que alguna manera respalda la posición de Cáceres respecto a que los delitos cometidos en las plataformas digitales son los mismos delitos clásicos facilitados por la tecnología.

En similar línea, el legislador mediante la Ley Estatutaria 1581 de 2012 reguló la protección de datos personales registrados en bases de datos susceptibles de tratamiento incluyendo los entornos virtuales, por lo que facultó a la Superintendencia de Industria y Comercio -SIC- *“para garantizar el tratamiento de datos personales de los colombianos que, a través de las redes sociales en internet compartan información personal”* (SIC, 03 de marzo de 2016. 11). Al respecto, la Corte Constitucional en control previo de constitucionalidad del artículo 2° de la

citada Ley, consideró prudente la ampliación realizada por el legislador en cuanto al ámbito de aplicación, dado que:

“En un mundo globalizado en el que el flujo transfronterizo de datos es constante, la aplicación extraterritorial de los estándares de protección es indispensable para garantizar la protección adecuada de los datos personales de los residentes en Colombia, pues muchos de los tratamientos, en virtud de las nuevas tecnologías, ocurren precisamente fuera de las fronteras” (Sentencia C-748 de 2011).

Por ende, esta norma tuvo lugar luego de reflexiones internacionales adelantadas en torno a la protección de datos personales como derecho fundamental de las personas, reconocido así en la “*Declaración de Santa Cruz de la Sierra*” adoptada en la XIII Cumbre Iberoamericana, de la que hizo parte Colombia. En dicha reunión, fue creada la *Red Iberoamericana de Protección de Datos* para impulsar iniciativas regulatorias que protegieran la privacidad de los ciudadanos. Los miembros de la Red, en el XV Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos adoptaron los “*Estándares de Protección de Datos de los Estados Iberoamericanos*”, cuyos objetivos contemplan establecer principios y derechos comunes que puedan adoptarse en la legislación nacional de los miembros, así como garantizar el efectivo ejercicio y tutela del derecho a la protección de datos personales, mediante el establecimiento de reglas comunes. Concretamente, el numeral 8° de esta disposición, respecto al tratamiento de datos personales de NNA, precisa que “*los Estados Iberoamericanos privilegiarán la protección del interés superior de éstos, conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño*” y promoverán en su formación académica el uso responsable, adecuado y seguro de las tecnologías de la información y comunicación. (Sáez Tapia 2017)

Frente a la protección de este derecho, es necesario distinguirse entre los datos personales requeridos para la creación de un perfil en la red social y el contenido publicado por el usuario al hacer uso de la plataforma, dado que en el primer caso hay lugar a la garantía del “*habeas data*” respecto del tratamiento que realiza el administrador de la red social, mientras que en el segundo caso, el acceso a la información estará determinado por el nivel de privacidad o seguridad definido por el usuario al momento de publicar el contenido. (Cenzano 2012)

Precisamente, en cuanto al contenido publicado en redes sociales por parte de los usuarios, regularmente surgen conflictos por acusaciones deshonrosas o falsas imputaciones de conductas típicas, que pueden configurar casos de injuria y calumnia respectivamente. El Código Penal Colombiano protege como bien jurídico la integridad moral al establecer penas de 16 a 72 meses de prisión y multas de 13,33 a 1.500 SMLMV para los mencionados delitos de conformidad con el artículo 223, podrán ser aumentadas de una sexta parte a la mitad si se cometen utilizando cualquier medio de comunicación social. No obstante, debe tenerse en cuenta que no habrá lugar a responsabilidad si existiesen agravios o imputaciones recíprocas, ni tampoco en caso de que el autor se retracte voluntariamente por el mismo medio, siempre que sea previo a la sentencia judicial.

En cuanto al uso de redes sociales con estos fines y la polémica suscitada a nivel nacional, la Corte Constitucional en sede de revisión de tutela, convocó a Facebook y a Google (propietario de YouTube) a audiencia pública el 28 de febrero de 2019, para dirimir tres casos en los que a través de publicaciones en estas plataformas se califican a ciudadanos como ladrones o estafadores, análisis que sin dudas confronta los derechos a la libre expresión y a la honra y buen

nombre. La comunidad de internautas colombianos está a la espera de la determinación que tome el alto tribunal respecto a los descritos comportamientos en redes sociales.

Además de estos delitos, estos entornos han propiciado el surgimiento de nuevas modalidades, conocidas con los anglicismos *stalking*, *sexting* y *grooming*; sin embargo, se aclara que las fronteras entre una y otra modalidad no están muy definidas, al punto que es común que converjan estos delitos.

Finalmente, en Colombia, el primero hace referencia al ciberacoso, definido como un tipo de agresión psicológica que se da usando las nuevas tecnologías para herir o intimidar a otra persona por medio de correos, mensajes o imágenes (MinTIC, s.f.), no obstante, como se mencionó, este delito puede incluir hackeo de cuentas, acceso indebido a datos personales y ofensas, por lo que configuraría algunos de los referidos delitos informáticos o el delito de injuria.

8.2 Acceso por parte de los niños, niñas y adolescentes a redes sociales. Visión frente a ventajas y desventajas.

Como se precisó anteriormente, en torno al llamado “boom digital” se han asignado términos como “nativos digitales” para agrupar a los niños que han crecido en entornos en el que el uso del internet se ha consolidado, por lo que para Acedo y Platero (2016: 71) a partir de los doce años los niños comienzan a hacer uso de las redes sociales digitales. No obstante, en Colombia, a pesar de no existir norma que limite la edad para hacer uso de redes sociales, la empresa Tigo-Una a partir de la investigación realizada con la Universidad EAFIT en 2018, detectó que el 56%

de los niños entre 9 y 10 años y el 88% entre 11 y 12 años tienen un perfil en alguna red social. Dentro de dicho estudio se adelantó el proyecto *“Riesgos y Potencialidades del uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”* para medir el uso de la internet por parte de niños y jóvenes entre 9 y 16 años de ocho ciudades de Colombia.

En efecto, los resultados nacionales de la mencionada investigación indicaron que los niños y jóvenes pasan en promedio tres horas y media al día en internet y que *“entre más edad tienen, más tiempo permanecen conectados”*. De igual forma, el 46% del grupo encuestado aseguró que diariamente hacen uso del internet y el 85% afirmó que lo hace desde la sala o una habitación común en sus casas. Entre las redes sociales utilizadas con más frecuencia destaca Facebook con el 37%. (Memorándum de Montevideo 2009)

Respecto a los indicadores que representan los riesgos a los que se exponen los niños y jóvenes en estos entornos, se identificó que el 12% ha sido víctima de Cyberbullying, el 35% ha visto en internet personas desnudas o teniendo relaciones sexuales (dentro del cual el 24% ocurrió en redes sociales), el 20% ha recibido mensajes sexuales por Internet (19% por medio de una red social) y el 3% en el último año ha enviado o publicado mensajes de contenido sexual en internet. De igual forma, preocupa que el 30% haya tenido contacto en internet con alguien a quien no haya conocido previamente cara a cara y que después del contacto en internet el 17% se hayan conocido personalmente sin decirle a alguien a donde se dirigía. (Castellanos 2015)

Finalmente, frente al contenido potencialmente dañino, durante último año el 36% ha visto en internet gente hablando sobre formas de dañarse o herirse físicamente, el 35% ha visto mensajes

de odio atacando a ciertos grupos o individuos, el 26% ha visto conversaciones sobre formas peligrosas de ser excesivamente delgado (anorexia, bulimia) y el 26% sobre formas de suicidarse. También respecto a los datos personales, el 23% aseguró que otras personas han usado su contraseña para acceder a su información o suplantarlos y el 11% considera que alguien usó su información personal de una manera que no les gustó.

Frente a los indicadores detallados, surgen inquietudes respecto al consentimiento de los niños, niñas y adolescentes prestado para estas actividades, el ejercicio de su intimidad y la influencia de estos medios en el desarrollo de su personalidad, sumado al papel de crianza, cuidado y protección que tienen los padres, maestros y autoridades respecto de éstos. Mencionan Acedo y Platero (2016) que, debido a su grado de desarrollo, madurez y formación, los niños y adolescentes son especialmente sensibles a las percepciones externas y pese a ser sujetos de derecho, sus capacidades pueden estar afectadas en función de su edad y de sus vivencias, e incluso reducidas en la práctica para realizar con plena solvencia ciertos actos con relevancia jurídica, por la dificultad para comprender el significado y los efectos de sus acciones (p. 64).

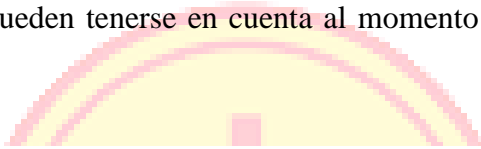
Alrededor de la discusión propuesta, el criterio de la edad (asimilado a la madurez) es el preferido para resolverla, específicamente frente a la cuestión sobre la edad mínima para acceder a estas plataformas, puesto que no sería consecuente que los NNA puedan hacer otros actos jurídicos como casarse o testar a partir de los 14 años de edad y no puedan hacer uso de las redes sociales.

Sin duda existe dificultad de asegurar que los NNA cuenten con el consentimiento previo de los padres para crear perfiles en estas plataformas y es evidente que la gran mayoría evaden las políticas de uso de estos sitios web al proporcionar datos falsos sobre su edad o fecha de nacimiento -como se evidenció en la investigación adelantada por Tigo-Une-. Pese a ello, Acedo y Platero (2016:73) citando a Troncoso Reigada, manifiestan que no debe caerse en un exceso de paternalismo que suprima la autonomía de los menores, puesto que ésta es necesaria para el desarrollo de su personalidad. No obstante, los padres y demás corresponsables del cuidado de los NNA deben educar a través de la prevención y el acompañamiento.

En el citado estudio adelantado por EAFIT y Tigo-Une, el 84% de los niños y jóvenes aseguraron que sus padres o cuidadores algunas veces están cerca mientras usan internet y el 64% manifestó que sus padres hablan con ellos sobre lo que deben hacer si algo en internet les llega a disgustar o molestarles. En el caso de los pares, el 43% afirmó haber recibido consejos de sus amigos sobre cómo usar Internet de forma segura. Y respecto a la orientación o acompañamiento realizado por parte de los profesores, el 70% precisó haber recibido explicaciones sobre las razones que algunas páginas web son inseguras o inadecuadas para los menores de edad. (Moyer-Gusé 2010, 12-25)

En ese orden de ideas, algunos de los riesgos mencionados pueden evitarse o menguarse si las políticas de uso y la declaración de consentimiento (por parte de los administradores de las redes sociales) se encuentran disponibles en un lenguaje más claro y entendible para los dependiendo de su edad. También es necesario que al momento de crear el perfil en la red social se configure la privacidad de tal forma que sea lo más segura posible respecto a datos personales de los niños

y jóvenes. Entre las medidas que pueden tomarse conjuntamente con los menores se destaca la educación en hogares y colegios sobre el tema, al igual que el acompañamiento a través de relaciones de confianza que incentiven una conversación fluida entre los y sus autoridades. El siguiente cuadro propuesto por el Ministerio de Educación de Argentina (2010: 9) recoge algunas alternativas que pueden tenerse en cuenta al momento de indicar como usuario en una red social:

- 
- 1** **Ordenar los contactos en distintos grupos** Separarlos por conocidos, familia, amigos, escuela, etc. Y así, cuando las listas estén armadas, el usuario puede decidir quién puede ver qué cosas.
 - 2** **Decidir qué se permite ver** Configurar la lista de manera de determinar quién podrá ver la información que se sube a la red social. Hay datos que solo podrán ver los familiares, otros los amigos y los menos privados, los que no comprometen, los conocidos.
 - 3** **Dirección y teléfono** Lo ideal, dicen los especialistas, es no subir a una red social la dirección ni el número de teléfono. Para aquellos que aun así, prefieren hacerlo, lo mejor es que seleccionen cuidadosamente quiénes podrán ver estos datos.
 - 4** **No estar siempre disponible** No es necesario –y a veces no es conveniente- estar siempre disponible en una red social. El usuario puede configurar su página para que solo los amigos, o solo los familiares puedan encontrarlo. Y de esta manera evitar a los menos conocidos.

Por tal razón, la era de la información y el conocimiento además de facilitar las dinámicas del mundo globalizado a través del internet, permite que los menores de edad desarrollen habilidades y nuevos conocimientos gracias a las TICs y puedan contactar a familiares y amigos de una manera más fácil y cómoda. Entre los indicadores arrojados por la investigación realizada en Colombia por Tigo-Une, se evidenció que el 61% de los niños y jóvenes buscan soluciones para problemas de la vida cotidiana y el 71% realiza actividades artísticas en Internet como pintar, diseñar y escribir. Además, el 94% escucha música en internet, el 67% lee cuentos, novelas o

historias, el 58% lee noticias, el 49% ingresa a la página web del colegio, el 51% lee e indaga sobre sus derechos y el 88% utiliza el internet para aprender o adquirir conocimientos sobre temas de su interés.

Ahora bien, la sentencia T- 414 de 2012, es una de las primeras en abordar la esfera de estudio de nuestros sistemas, constituye el principal punto de partida en la protección a la intimidad personal y familiar en materia digital, teniendo en cuenta la libertad informática dentro de nuestro ordenamiento jurídico, y es así como se ha pronunciado en los siguientes términos:

“El dato es un elemento material susceptible de ser convertido en información cuando se inserta en un modelo que lo relaciona con otros datos y hace posible que dicho dato adquiera sentido. El dato que constituye un elemento de la identidad de la persona, que en conjunto con otros datos sirve para identificarla a ella y solo a ella, y por lo tanto sería susceptible de usarse para coartarla, es de su propiedad, en el sentido de que tendría ciertos derechos sobre su uso. Consiste la libertad informática en la facultad de disponer de la información y de preservar la propia identidad informática, es decir, de permitir, controlar o rectificar los datos concernientes a la personalidad del titular de los mismos y que, como tales, lo identifican e individualizan ante los demás”. (Negritillas propias). (Sentencia 1994)

En la sentencia C-334 de 2010, la corte manifiesta con respecto al derecho de la autodeterminación informática lo siguiente:

“El derecho fundamental al habeas data o a la autodeterminación informativa, comporta un plexo de facultades tales como la de disponer de la información sobre sí mismo, la de preservar la propia identidad informática, es decir, permitir, controlar o rectificar los datos concernientes a la personalidad del titular de los mismos y que, como tales, lo identifican e individualizan ante los demás. La autodeterminación informática es la facultad de la persona a la cual se refieren los datos, para autorizar su conservación, uso y circulación, de conformidad con las regulaciones legales.” (Negritillas propias). (Sentencia 1994)

En la sentencia T-260 de 2012, como último y uno de los más notables referentes en este tema, la corte expresa sobre tres temas en específico: 1. la protección de los datos personales y la vida privada en las redes sociales, en particular de los niños, niñas y adolescentes. 2. El acceso a redes

sociales de niños, niñas y adolescentes. Y 3. La información personal, intimidad e imagen en redes sociales digitales y en internet. Lo siguiente:

“En el caso en particular de los menores de edad los riesgos están íntimamente relacionados con lo siguiente: los niños y niñas tienen la posibilidad de acceder en las redes sociales a contenidos de carácter inapropiado para su edad; los menores tienen la posibilidad de iniciar contacto on line, e incluso físicamente con usuarios malintencionados; existe proliferación de la información personal gráfica de los menores, ya sea publicada por ellos mismos o por terceros con desconocimiento de los riesgos a los cuales pueden ser expuestos” (Sentencia T-260 2012)

Es decir, se crea un antecedente para seguir regulando el Interés Superior del Niño, en unos años más adelante hacia el uso de las redes sociales en los NNA, estarán diseñadas con políticas de prevención y cuidado normativo para este tipo de población, con el propósito de que lleguen a la mayoría de edad, estos argumentos determinan una cultura de protección. Los progenitores deben supervisar los perfiles de sus hijos sin ir a vulnerar otros derechos, hasta que puedan cumplir la mayoría de edad en aras de proteger principios de universalidad y constitucionales, Finalmente la dogmática jurídica tiene un sentido de prevalencia colocando a los NNA en un estatus superior frente a los demás grupos vulnerables. (Bruñol, 1999)

En conclusión, los progenitores no deberían llegar a la necesidad de vigilar los perfiles de sus hijos, sino que estos, los padres deberán, bajo su obligación derivada de la autoridad parental y de los derechos de los NNA, crear un ambiente sano con la finalidad de que, primero, el NNA sepa cómo auto cuidarse en las redes sociales, que no debe revelar cierta información persona e íntima; segundo, enseñar prácticas de prevención de acoso y abuso, tercero, generar lazos de

comunicación entre los NNA y los padres, de forma tal que los primeros puedan acudir con los segundo cuando se percaten de estar siendo violentados en sus derechos; y por último, es claro que no se le puede negar el acceso a la información mediante una herramienta tan importante como la internet, pero este acceso debe ser en compañía y conforme a la edad de los NNA, ya que no es lo mismo las vivencias y relacionamientos con la sociedad para un niño, que para un adolescente. (SP 9792- CSJ, 2015) Finalmente, la dogmática jurídica tiene un sentido de prevalencia colocando a los NNA en un estatus superior en comparación de los deberes y derechos del resto de la población vulnerable o no. (SP 9792- CSJ, 2015) A continuación, se mostrará un cuadro que desarrollará una línea jurisprudencial para resolver la pregunta problema:



<p>¿Resolver si los padres tendrán la posibilidad de acceder a los correos electrónicos y redes sociales de sus hijos sin necesidad de contar con una orden judicial?</p>	<p>Entre estas sentencias se les puede llamar hito porque marcaron un precedente judicial dejando un punto arquimedico porque ambas delimitan el Derecho a la intimidad, libre desarrollo de la personalidad, vida digna, autodeterminación, estas posturas se encuentran ante un fenómeno llamado choque de trenes, en el cual dos altas cortes tienen conceptos contrarios para solucionar un conflicto.</p> <p>Así las cosas, se puede observar en las sentencias que mientras la CSJ antepone, desde el concepto de seguridad, la autoridad parental, esto es, la revisión por parte de los padres, sin determinar edad, de las redes sociales y no le importa mucho la sociedad de la informática en un mundo completamente tecnológico, decide limitar un derecho fundamental de los menores como es el desarrollo de la personalidad, la autodeterminación, y</p>	<p>¿Determinar si se afecta el interés superior de los NNA al habeas data, a la honra, intimidad con la publicación de contenido en las redes sociales?</p>	<p>¿Resolver si el adolescente fue vulnerado en sus derechos fundamentales por parte del colegio al condicionar el reintegro a sus actividades escolares, a un nuevo concepto médico y a su respectiva aceptación por el comité escolar de la institución?</p>
---	--	---	--

	<p>obviamente altera el sentido del interés superior del menor. Ahora bien, leamos esto desde el punto de quien o como se pueden limitar derechos fundamentales, en principio es el legislador mediante normas estatutarias y posteriormente por medio sentencias de la corte constitucional que es el llamado a interpretarla; así que cuando se observa la sentencia de esta corte se encuentra como primer lugar que los derechos de los NNA no se pueden limitar y que el deber del padre es educarlos para que no sean usados de forma indebida por el NNA o vulnerados en sus otros derechos por otras personas que puedan encontrar en las redes.</p>		
Solución A		Solución B	Solución C
<p>Los padres podrán acceder a las redes sociales de sus hijos sin orden judicial, solo si el menor está en situación de vulnerabilidad.</p>		<p>La Familia, la Sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al Niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.</p>	<p>1. “Emilio tiene el derecho fundamental a recibir una educación con vocación de permanencia, como parte de su garantía al desarrollo armónico e integral”. (sentencia, 2018)</p>

		<p>Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.</p>	<p>2. Los NNA sus padres y la Institución educativa tienen la obligación de garantizar “la aceptabilidad consiste en que “la educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados” (sentencia, 2018)</p> <p>3. “El derecho a la educación”,</p> <p>4. “La decisión del Colegio no fue constitucionalmente razonable, pues si bien tuvo una finalidad legítima, el medio elegido no fue el adecuado, en términos de garantía de derechos fundamentales”. (sentencia, 2018)</p>
<p>C-692 de 2003, M.P., Marco Gerardo Monroy Cabra.</p>		<p>El interés superior del menor en el</p>	<p>El derecho a la educación y al desarrollo armónico e integral de los niños, niñas y</p>

<p>DERECHO A LA INFORMACION, INTIMIDAD Y HABEAS DATA- Delimitación publicidad e identificación de personas y autoridades (Zagrebelsky, 2003)</p> <p>Sentencia T-414 de 1992. M.P., Ciro Angarita Barón.</p>		<p>Estado Colombiano.</p> <p>Sentencias</p> <p>T 402 del 92</p> <p>T 408 del 95</p> <p>T409 del 98</p>	<p>adolescentes en la sociedad de la información. (sentencia, 2018)</p> <p>Artículo 67 de la Constitución Política dispone que la educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social. (sentencia, 2018)</p>
<p>DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR/DERECHO A LA INFORMACION (Sentencia, 1992)</p> <p>Sentencia C-501 de 1994 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.</p> <p>PREVALENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES (Sentencia, 1994)</p>		<p>Doctrina: Memorándum de Montevideo (Memorándum de Montevideo, 2009)</p> <p>FIGURA DE AUTONOMÍA PROGRESIVA EN LOS NNA</p>	<p>“Artículo 44 de la Constitución Política, consagra los derechos fundamentales de los niños, y en ese sentido establece que << (...) la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño”. (sentencia, 2018)</p>
<p>Artículo 3 de la ley 1098 de 2006.</p> <p>Artículo 12 de la Convención.</p> <p>Artículo 2 de la Convención.</p>			<p>“Artículo 47 de la Carta Política, establece que: <<El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”. (sentencia, 2018)</p> <p>“Ley 115 de 1994 en su artículo 46 dispuso que <<La educación de las personas con limitaciones físicas, sensoriales, psíquicas, cognitivas, emocionales o con capacidades intelectuales excepcionales, es parte integrante del servicio público</p>

			<p>educativo”. (sentencia, 2018)</p> <p>“El Estado Colombiano busca consolidar procesos con los cuales se garanticen los derechos de las personas con discapacidad, dando cumplimiento a mandatos constitucionales, los tratados internacionales y la legislación nacional, en particular las leyes 361 de 1997; 762 de 2002; 1145 de 2007; 1346 de 2009; 1616 de 2013 y la 1618 de 2013, que implican de manera imprescindible la corresponsabilidad de la autoridades públicas, las instituciones educativas y la familia, resaltando esta última de manera primordial”. (sentencia, 2018)</p>
--	--	--	--

Cuadro No 1 línea jurisprudencial sobre el derecho a la intimidad de los menores de edad: en el control y manejo de las redes sociales fuente: Edición propia.

En el cuadro No 1 muestra por medio de una línea jurisprudencial como la infancia se ve expuesta a diversas situaciones, el principio de interés superior del niño permite que todos los NNA se les pueda brindar un mecanismo de diferenciación preferente en todos los espacios de su entorno social, de acuerdo a su estado de indefensión y gozan según la convención de Derechos del Niño de titulares de derecho y sujetos de especial protección (Corte Constitucional).

9. PATRIA POTESTAD

En sentencia CC C-1003/07, precisó que la patria potestad hace referencia a un régimen paterno-filial de protección del hijo menor no emancipado, en cabeza de sus padres, que surge por ministerio de la ley independientemente a la existencia del matrimonio y que se aplica exclusivamente como un régimen de amparo a hijos menores no emancipados.

Y agregó que:

“Es obligatoria e irrenunciable pues los padres tienen la patria potestad, salvo que la ley los prive de ella o los excluya de su ejercicio. Es personal e intransmisible porque son los padres quienes deberán ejercerla a no ser que la misma ley los excluya de su ejercicio. Es indisponible, porque el ejercicio de la patria potestad no puede ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada sino en los casos en que la misma ley lo permita. Constituye una labor gratuita, porque es un deber de los padres. La patria potestad debe ser ejercida personalmente por el padre o por la madre.” (Sentencia C-1003 2007)

Advierte la Sala, que por mandato del artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia, en ejercicio de tales derechos y en cumplimiento de la obligación de asistencia, la labor de los padres se debe complementar con la responsabilidad parental, entendida como la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante el proceso de su formación, lo que incluye el compromiso compartido y solidario 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. (Sentencia C-1003 2007)

En el desarrollo de estos compromisos, los padres no pueden desconocer que los menores ante el avance de la tecnología están expuestos a múltiples espacios que pueden llevarlos a la puesta en peligro o vulneración de sus derechos, dada la aparición de prácticas sociales en la comunicación y las interrelaciones personales que van desde la cotidiana utilización del computador personal, el internet como autopista de la información, el correo electrónico, las redes sociales y toda clase de campos virtuales, como el académico. (Sentencia C-1003 2007)

9.1 Derecho Comparado

PAIS	LEGISLACION	CONTENIDO
COMUNIDAD ECONOMICA EUROPEA	Directiva 2009/136/CE/ Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo	Relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores.
ESPAÑA	Ley Orgánica 1071995 del nuevo Código penal español. Ley Orgánica de la Responsabilidad Penal del Menor (LORPM) LO 5/2010	Solucionar el problema de conductas delictivas que surgen a raíz del incremento de las nuevas tecnologías Pedir y depurarse responsabilidades en la mayoría de las ocasiones a los propios menores y sus padres o tutores.
AUSTRIA:	La reforma del Código Penal Austríaco del 22 de diciembre de 1987	Contempla dos figuras relacionadas con nuestra materia: la destrucción de datos, personales, no personales y programas (artículo 126) y la estafa informática (artículo 148).
FRANCIA:	La ley número 88-19 de 5 de enero de 1988	Sobre el fraude informático Contempla los siguientes delitos informáticos: Acceso fraudulento a un sistema de elaboración de datos (462-2). Sabotaje

		informático (462-3). Destrucción de datos (462-4). Falsificación de documentos informatizados (462-5). Uso de documentos informatizados falsos (462-6)
AMERICA DEL NORTE		
ESTADOS UNIDOS	<p>Las dos leyes Federales de EE. UU. más importantes son: 18 USC, CAPÍTULO 47, SECCIÓN 1029, Y SECCIÓN 1030, de 1994 que modificó al Acta de Fraude y el Acta Federal de Abuso Computacional de 1986.</p> <p>COPPA (Children's Online Privacy Protection Act, 1998)</p> <p>CIPA (Children's Internet Protection Act),</p> <p>FERPA (Family Educational Rights and Privacy Act).</p>	<p>Modificó al Acta de Fraude y el Acta Federal de Abuso Computacional de 1986.</p> <p>El Pronunciamiento sobre Abuso y Fraude Informático de 1986, es la principal pieza legislativa aplicable a la mayoría de los delitos informáticos, aunque muchas otras leyes pueden ser usadas para perseguir diferentes tipos de delitos informáticos.</p> <p>(Children's Online Privacy Protection Act, 1998), protección de Privacidad de los Niños en Línea. Promueve la participación de los padres, proteger a los menores en sitios tales como chat rooms, blogs, carteleras públicas, etc., mantener la seguridad de la información recolectada de ellos e impedir recolección de datos sin el consentimiento paterno, entre otras.</p> <p>Protección de los Niños en el Internet obliga a las bibliotecas en los EE. UU. que deseen obtener descuentos el acceso a internet a colocar filtros para proteger a los menores contra contenido obsceno o dañino.</p> <p>También llamada Ley Buckley. Garantiza los derechos específicos al estudiante sobre ver e inspeccionar la información que una institución universitaria mantiene en el expediente del estudiante.</p>
CENTRO Y SUR AMERICA		
REPUBLICA DOMINICANA	Ley No. 53-07 Contra Crímenes y Delitos de Alta Tecnología.	Esta ley, constituye el instrumento jurídico más directo para la sanción de atentados cibernéticos incluyendo los enmarcados dentro de la explotación sexual comercial y

	LEY 136-03	<p>tiene por objeto la protección integral de los sistemas que utilicen tecnologías de información y comunicación y sus contenidos.</p> <p>Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes.</p>
MÉXICO:	El Código Penal mejicano se reformó en 1999, incorporando los artículos 211 bis 1, 211 bis 2, 211 bis 3, 211 bis 4, 211 bis 5, 211 bis 6 y 211 bis 7.	Se sanciona al que, Sin autorización: a) Modifique, destruya o provoque pérdida de información contenida en sistemas de informática protegidos por algún mecanismo de seguridad; b) Conozca o copie dicha información.
CHILE:	<p>ley 19.223 (28 de mayo de 1993)</p> <p>Ley 17.336.</p>	<p>Se tipifican figuras penales relativas a la informática:</p> <p>Asimismo, este país reconoce al software como obra intelectual</p>
PERÚ:	El Código Penal de Perú	Incluyó, a fines de año 2000, un capítulo específico para el tratamiento de los delitos informáticos (Capítulo X) que incorporó los artículos 207°-A, 207°-B y 207°-C.
ARGENTINA	<p>La ley 24.766</p> <p>La ley 25.326</p> <p>La Ley 11.723</p> <p>Tratados en que Argentina es parte, y que por imperio del art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna, tienen rango constitucional. -</p>	<p>Legislación Nacional regula comercial y penalmente las conductas ilícitas relacionadas con la informática.</p> <p>Legislación Internacional, se refiere a los GATT Acuerdo General de la Ronda Uruguay de Aranceles Aduaneros y Comercio, trae 2 disposiciones relativas a la materia: o Art. 10: establece que los programas de ordenador y compilaciones de datos serán protegidos como obras literarias,</p>

9.2 Legislación Interna

El fundamento normativo constitucional de este proyecto de investigación, se ubica en la constitución política de Colombia de 1991 en sus Arts. 16, 20, 42 y 44. En los cuales se consagran respectivamente el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de información y de expresión de pensamiento y opinión, la responsabilidad de los padres en la educación de los hijos y la responsabilidad compartida entre la familia, el estado y la sociedad en la asistencia y protección de los derechos de los niños. Este fundamento constitucional es relevante para este trabajo debido a que en él se consagran las responsabilidades, obligaciones y facultades de los padres frente a los hijos y a su vez derechos fundamentales muy importantes de estos mismos, para determinar si las acciones e instrumentos virtuales que los primeros utilizan se encuentran legamente enmarcados dentro de estas facultades de corrección y vigilancia o constituyen violaciones a derechos fundamentales del menor.

El libre desarrollo de la personalidad es un derecho que ha sido reconocido por la constitución política de Colombia, es el derecho que se le confiere a las personas la libertad de escoger su plan de vida, Según la corte es el principio de una justa autonomía del hombre. Según la a Corte siempre ha afirmado que tal derecho no es absoluto, indicando en la sentencia C-663/96 lo siguiente:

“...si el libre desarrollo de la personalidad pudiera concebirse como atributo ilimitado que a todos permitiera hacer únicamente lo que sus deseos o intención señalan, perdería sentido el Derecho objetivamente considerado, ya que su carácter vinculante obliga a los asociados con total independencia de la particular inclinación de cada cual a aceptar o rechazar los mandatos contenidos en las normas jurídicas” (Sentencia C-663 1996)

En la sentencia T- 532/92 señala que

“Dentro de las limitaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra el necesario cumplimiento de los deberes constitucionales (CP art. 95). Ninguna persona podría pretextar la vulneración o amenaza de este derecho para así incumplir los deberes que la condición de ciudadano colombiano le impone. Nadie estaría justificado para abusar de sus derechos, faltar al principio de solidaridad, irrespetar a las autoridades, destruir los recursos culturales y naturales del país o incumplir las obligaciones tributarias, aduciendo simplemente que la autodeterminación de su personalidad lo autoriza para ello. Por el contrario, la vida en sociedad exige al individuo armonizar debidamente sus intereses y expectativas con el respeto de los valores que sustentan la convivencia pacífica y el respeto de los derechos del otro y de la comunidad misma que lo alberga y nutre material y espiritualmente.” (Sentencia 1992)

Por ende, el fundamento normativo legal de este proyecto de investigación se ubica en los códigos penal (ley 599/2000), civil (ley 57/1887) y de infancia y adolescencia (ley 1098/2006). En el código penal es relevante para este proyecto, los delitos que se encuentran consagrados en el más reciente bien jurídico tutelado creado por la ley 1273 de 2009 denominado “*de la protección de la información y de los datos*”, debido a que en este principalmente se encuentran todos los delitos informáticos reconocidos en Colombia, así habrá de observarse si las acciones que realizan los padres sobre los medios virtuales de los hijos, se enmarcan típicamente dentro de estos y poseen todos los elementos adicionales para ser consideradas delitos, sobre todo o relacionado con algunos tipos penales contemplados dentro del capítulo “de los atentados contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y los sistemas informáticos”, así mismo la ley 1266 de 2008 “Por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras

disposiciones”, regula concretamente la definición de dato como “cualquier pieza de información vinculada a una o varias personas determinadas o determinables o que puedan asociarse con una persona natural o jurídica”, esto no solo para efectos de tener una mejor comprensión dentro de la esfera penal, sino también para servir como soporte dentro del marco de la legislación civil que pudiera igualmente abordar este tema; en el código civil es relevante para este proyecto, los Arts. 262 y 288 donde se positivizan respectivamente las facultades de corrección y castigo de los padres en la crianza de los hijos, y la patria potestad de los padres sobre los hijos no emancipados como un conjunto de derechos que la ley les reconoce a los padres para cumplir con la calidad de tales; y por último en el código de infancia y adolescencia es relevante para este proyecto, los títulos y artículos, que versan sobre los derechos de los niños y adolescentes a la libertad de expresión e información, la responsabilidad de la familia, el estado y la sociedad en el cuidado de estos, y las facultades y derechos específicos de los padres o quien ostente su patria potestad para criarlos, corregirlos y sancionarlos. (Sentencia 1992)

UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA
LATINOAMERICANA
UNLAULA®

10. ANÁLISIS COMPARADO

De manera análoga, el Bloque de Constitucionalidad debe entenderse desde el carácter supraconstitucional el cual afirma que las normas de Derecho internacional son las únicas que están por encima de la Constitución a su vez, sirven como mecanismos de control, contemplado en el artículo 93 de la norma superior manifiesta:

“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él”. (Colombia, 1991)

En ese caso, el Bloque de constitucionalidad, En ese caso, el Bloque de constitucionalidad, es una ficción jurídica que busca proteger la integridad de un tratado internacional, y que mediante la ley por la cual está incorporado al Sistema Jurídico Nacional tenga la capacidad de hacer efectivo los mandatos contenidos en dicho instrumento de derecho público.

Los Derechos Humanos surgen desde el primer momento en que el hombre es concebido. El NNA surge como una persona con necesidades y características particulares sin embargo durante su proceso histórico el niño había sido visto como mero objeto de protección de la ley negándole completamente cualquier tipo de independencia y libertad encargando su guarda y

custodia a su familia en primer lugar y subsidiariamente al Estado con la transformación del derecho público y social en la Sentencia T-260 de 2012 poco a poco el ordenamiento jurídico ha ido progresando y la comunidad internacional comenzó a otorgar mayor relevancia la protección jurídica del menor, el niño debe ser considerado persona y titular de derechos y segundo que por su estado de desarrollo físico y mental necesita protección y cuidado especial el principio del interés superior del niño un requerimiento permanente de la justicia que implica la obligación de la familia la sociedad y el Estado de brindar prevalencia al ejercicio pleno de sus derechos y armonioso desarrollo. (Sáez Tapia, 2017)

“Según Nogueira-Alcalá (2000), el derecho a la privacidad “consiste en el respeto del derecho a la vida privada de la persona y su familia, la cual queda excluida del conocimiento público y de las intromisiones de terceros, salvo autorización del afectado, lo cual permite salvaguardar una calidad básica de la vida humana” (p. 87); esta privacidad tiene como límite la ejecución de acciones que tengan repercusión sobre la esfera de las demás personas, cuando dichas acciones tengan un carácter antijurídico”. (Sáez Tapia, 2017)

Se debe hacer una distinción entre reglas y principios, como ordenaciones vigentes en el sistema jurídico colombiano el cual edifica los pronunciamientos constitucionales varios operadores judiciales no distinguen la interpretación análoga de este tipo de preceptos la razonabilidad como baluarte de seguridad jurídica, la dinámica de los conflictos legales se encuentra en constante evolución, es significativo tener una idea más amplia de justicia como aquella herramienta de estabilidad la cual exige la sociedad en aras de garantizar el desempeño armónico de un Estado social de Derecho, para con ello estar en aptitud de estudiar el tema que atañe. Un ejemplo claro es el principio “*pacta sunt servanda*” (Aarnio, 2004) este principio habla de lo que está pactado

es lo que realmente obliga. Es decir, los principios sólo proporcionan bases o criterios para la decisión. Por esta razón, han sido llamados mandatos de optimización. (Aarnio, 2004)-

Igualmente, para el caso de Latinoamérica el sistema interamericano, ha sido proactivo en la formulación de legislación para la comunidad internacional, en el caso del interés superior ha sido transformador, esto quiere decir que se obtiene varias figuras jurídicas para la protección fundamental de los Derechos Humanos, los espacios democráticos donde se fomente este tipo de protección debe ser garantía y una constante en la sociedad (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005).

10.1 La libertad de expresión en el manejo de la información de las redes sociales

La libertad de expresión establece uno de los elementos fundamentales para la existencia de la democracia, y del Estado Social de Derecho dentro de la dogmática jurídica posee especial preponderancia el derecho a la información, el cual tiene a su vez un conjunto de derechos dentro de una doble vertiente: desde el punto de y vista de la capacidad de emitir informaciones, así como desde la perspectiva del derecho de los ciudadanos a recibir información sobre los temas de su interés. Su escala de beneficios pasa, por lo demás, del hecho de que constituye un derecho que facilita el ejercicio de otros derechos. La llegada de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones ha ocasionado grandes cambios en las formas como las personas descubren y publican sus datos personales o divulgan la información de los demás, lo cual ha traído un particular punto de controversia, con la generalidad de las personal al emplear masivamente las redes sociales en Internet, hoy trasformadas en una de los principales formas de inclusión laboral y acceso de información interpersonal, con todos estos argumentos es

significativo analizar su importancia para el ejercicio de estos derechos, esto representa la finalidad del presente desarrollo en el tema. (Arrieta, 2014)

“De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, dentro de las prerrogativas – contenidos mínimos- que se desprenden de este derecho encontramos, por lo menos, las siguientes: (i) el derecho de las personas a conocer –acceso- la información que sobre ellas está recogida en bases de datos, lo que conlleva el acceso a las bases de datos donde se encuentra dicha información; (ii) el derecho a un incluir nuevos datos con el fin de se provea una imagen completa del titular; (iii) el derecho a actualizar la información, es decir, a poner al día el contenido de dichas bases de datos; (iv) el derecho a que la información contenida en bases de datos sea rectificada o corregida, de tal manera que concuerde con la realidad; (v) el derecho a excluir información de una base de datos o archivo, bien porque se está haciendo un uso indebido de ella, o por simple voluntad del titular”. (Sentencia T-260, 2012)

En efecto, todos estos preceptos dejan ver la necesidad la protección integral de los datos personales frente a la llegada, de las nuevas tecnologías de la información y comunicación “TIC” son aquellas que tienen que ver con dos tipos, el primero tiene es el procesamiento de la información y el segundo tipo o característica la comunicación por equipos móviles o informáticos de transmitir e interactuar datos, por ende, es significativo proteger a los NNA, entorno al derecho de la libre expresión siempre y cuando se ejerzan unos límites ya que prevalece el derecho a la intimidad sobre este. (Arrieta, 2014)

En virtud a lo mencionado anteriormente se debe tomar medidas en los métodos que emplean los jueces la analogía de las altas Cortes colombianas. La interpretación, entendida de este modo, es siempre una cuestión lingüística. Para ser exactos, no interpretamos normas sino formulaciones de normas. Como se ha dicho, al especificar una formulación de norma demostramos qué norma expresa. Si es así, entonces también la proposición normativa no-

genuina que expresa algo acerca de las normas en vigor, es válida. De esta manera, las posiciones jurídicas de los textos permiten presentar enunciados y puntos de vista por lo que respecta a las normas jurídicas válidas, es decir, sobre los contenidos del orden jurídico. Las reglas jurídicas son formalmente válidas. La Constitución indica qué reglas son parte de la jerarquía de normas sometida a la Constitución. Lo mismo es verdad con respecto a las reglas como principio, a los principios como regla y a los principios siempre que se hayan manifestado en la legislación. Si no hay tal manifestación, la Constitución por sí misma no constituye una regla de reconocimiento que pudiera decidir acerca de la validez de la norma. (Arrieta, 2014)

De tal forma, determinan una gran variedad de herramientas clave para la información promueven el desarrollo del ser humano a la investigación, esta va desde los sistemas informáticos y la comunicación aspectos importantes que confluyen en una visión más global de la cultura y demás intereses personales permiten dar detalladamente una apreciación con mucha exactitud facilitando el acceso al conocimiento en síntesis son insumos que permiten optimizar la naturaleza del ser humano. (Arrieta, 2014)

De hecho, con estas tendencias de la información personal en las redes sociales y su buen uso se han formado posturas jurídicas de la ponderación de derechos e iniciativas normativas del derecho comparado que han mutado a las Instituciones Públicas de un Estado, creando doctrina como referencia en el desarrollo natural del juez para dirimir un conflicto de colisión de intereses entre cuales derechos prevalecen sobre los otros, así mismo, las desiciones de las altas cortes juegan un rol importante en la recolección de datos jurisprudenciales claves para el desarrollo y progreso de un país. (Bruñol, 1999)

En ese orden de ideas, la comunicación manifiesta el desarrollo natural del hombre de poder dialogar y exponer sus puntos de vista intereses, o sus necesidades, lo cual es inherente no solo a su condición de ser social sino a su desarrollo y constante evolución, que por lo demás refleja la producción cultural del pensamiento humano. En tal sentido, “La comunicación crea todo un proceso de significación que engloba a la cultura generando un contexto en el que se produce la interacción humana y la influencia en las propias pautas de comportamiento individual y colectivo en términos, en gran parte, de socialización” (Arana, 2014)

Por tal razón, esta autonomía en el derecho establece y regula una reacción contra los infractores que van en contra de una medida social, la cual nace de la iniciativa de un grupo de individuos que conforman una sociedad y son sensatos para establecer un tipo de penas a los que vulneren la armonía de su comunidad, por lo tanto haciendo un seguimiento hacia la transformación de las redes sociales estas permiten el libre desarrollo de la personalidad, desde que no esté afectando los este mismo derecho a los demás. (Adrian, 2014)

UNIVERSIDAD
AUTONOMA
LATINOAMERICANA
UNAUULA®

11. APLICACIÓN DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD: INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO PAUTA DE CONCILIACIÓN EN LA TENSIÓN

Como se ha expresado a lo largo de esta investigación el principio del interés superior de los NNA significa un precepto de optimización, el cual sirve de garantía en la debida aplicación de los derechos fundamentales por parte del Estado, su técnica es la ponderación, un método de interpretación jurisprudencial, el cual sirve para resolver una colisión entre dos o más derechos; así las cosas, este capítulo tiene como finalidad elaborar un análisis muy especializado sobre los derechos de los NNA como sujeto de derechos que se ven involucrados en el tema de redes sociales y cual debe prevalecer para así confrontarlos con la autoridad parental para así determinar según el test de proporcionalidad cuál de los dos debe ser el faro en las decisiones judiciales en los que se vean enfrentados dichos derechos y obligaciones. (Cenzano, 2012)

Acto seguido, ¿Qué es ponderar? Cuando los derechos demandan una protección igual y su necesidad, analizar las condiciones y circunstancias del contexto en el cual ocurre los hechos, para determinar qué precepto prevalece si la imagen está por encima del mandato a la información o el derecho a la protección de datos. si publicando los padres se están metiendo precisamente en una afectación al derecho a la intimidad o en una afectación del derecho a la imagen porque pareciera que están relacionados pero ambos derechos tienen autonomía de tal forma que es significativo examinar muy bien Hacia dónde se orientan (Aarnio, 2004).

“Las reglas y los principios tienen una relación de parecido de familia. Hay una diferencia de grado (y no cualitativa) entre ellos. Según esta tesis, tanto las reglas como los principios pertenecen a la categoría de las normas y juegan un papel similar o análogo en la discreción judicial. Típicamente, los principios tienen una mayor generalidad que las reglas, pero, por otra parte, no existen características especiales que permitan distinguirlos de las reglas.” (Robert, 1993)

Ahora bien, la Corte Constitucional tiene una muy determinada línea sobre este método de solución a estas colisiones de derechos y/o principios, un ejemplo de esto es la sentencia de tutela T-0595 de 2017, en el que aduce que la ponderación debe ser vista como una metodología para revisar los derechos fundamentales y si estos pueden ser limitados ante una situación determinada o un sujeto de mayor protección, así lo expresa:

“sólo aquellas limitaciones que tengan un explícito asidero en el texto constitucional y no afecten su núcleo esencial de libertad, son admisibles desde la perspectiva de la Carta Política. Empero, aquellas restricciones que se produzcan en la zona de penumbra de este derecho fundamental, son susceptibles de ser controladas por el juez constitucional, quien deberá constatar, a través del denominado juicio de proporcionalidad, que estas sean razonables y proporcionadas y, por ende, ajustadas a las normas del Estatuto Superior” (Sentencia, 2017)

Entre reglas y principios existe una distinción de grado, no cualitativa. Es una tesis de marcación fuerte puesto que obedece a un criterio científico, para ser más exactos una desconexión entre el derecho y la moral para sujetarse a la solución de un conflicto ambas normas poseen en alguna medida las mismas características, dado que “*guardan entre sí una relación de parecido de familia*” (Alexy, 1989) Aquello que diferencia reglas y principios es el grado en el que las características mencionadas en la distinción fuerte se encuentran, respectivamente, entre ambos tipos de normas, en cuanto a la argumentación jurídica, tanto las reglas como los principios son argumentos para ciertas consecuencias jurídicas. Se utilizan para justificar una decisión. Esto quiere decir que una interpretación o una decisión reciben específicamente un cierto contenido

porque está basada en una cierta regla o en un cierto principio, por ende, es de vital importancia acoger este tipo de doctrina. (Robert, 1993)

Es engañoso pedir que las reglas jurídicas sean siempre definitivas y que los principios jurídicos sólo puedan ser caracterizados como normas. También las reglas juegan un papel en el discurso y, por ejemplo, una regla jurídica flexible es cualquier cosa menos definitiva antes de la deliberación. Por otra parte, una regla como principio, en una cierta situación de decisión, puede ser aplicable no sólo como norma sino también “categóricamente” (Manuel, 2004) si proporciona la solución sin necesidad de posteriores argumentos. Sin embargo, lo que es esencial es que a pesar de que todos los tipos de normas jurídicas sean razones para las decisiones jurídicas, poseen diferentes grados de precisión. Una clase es del tipo de reglas o lo uno/o lo otro, otra clase se refiere a reglas de las que no es posible decir si son aplicables o no. Finalmente, una tercera clase está formada por principios de los que no sabemos hasta qué punto pueden ser aplicados. (Zagrebelsky, 2003) Después de la interpretación tanto las reglas como los principios expresan siempre una norma del tipo o lo uno/o lo otro. Por tanto, cuando se toma en cuenta el resultado final, no es posible demostrar una diferencia entre estas categorías de normas.

Por otra parte, estas premisas contienen dos corrientes, mediante las cuales exponen claramente sus postulados. Iniciando está el aspecto sensato y directo lo que algunos expertos en derecho llaman el formal, donde aprueba que debe haber un pilar jurídico organizado jerárquicamente que se encuentre por encima de cualquier ley y que se constituya como verdadera aplicación al derecho. Al mismo tiempo, está lo material como segunda corriente de la supremacía constitucional, el cual expresa en que lo más importante que protege una Constitución son los derechos humanos y la dignidad de la persona (Kelsen, 2001).

11.1 Los niños como sujetos de Derecho dejan de ser considerados un objeto de protección

Es importante destacar como en la infancia se encuentran dos realidades en primer lugar de acuerdo a los procesos acelerados de la evolución de la sociedad el niño como persona posee necesidades y peculiaridades muy específicas. Como ya se ha expresado los NNA estaban desde la perspectiva de ser mero objeto de protección de la ley restringiéndole absolutamente la autonomía para decidir, en conclusión, este solo estaba bajo la guarda y custodia de su familia como su principal veedor y secundariamente al Estado. Gracias a la evolución del ordenamiento jurídico y a la comunidad internacional les fue otorgando más notabilidad a la necesidad de proteger esta población, en 1989 se aprobó la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, el primer instrumento vinculante para los Estados, lo que permitió generar consideraciones concretas sobre el interés superior del niño principalmente dos cosas: primero el niño debe ser visto como persona, es decir, como un sujeto titular de los mismos derechos y segundo que por su estado y condición de desarrollo físico y mental necesita protección y cuidado especial no solo por su entorno familiar si no por el Estado. (Borda, 2007)

Conforme a lo anterior el principio del interés superior del niño involucra la obligación de la familia la sociedad y el Estado en brindar prevalencia al ejercicio pleno de los derechos y responder por un desarrollo armonioso de los NNA. En ese orden de ideas, se convierte en un instrumento jurídico para garantizar lo que se le debe por su condición de persona esto le crea al Estado una exigencia de protección y cuidado (De Las Casas, 1974), y esto se ve reflejado en los fallos de las altas cortes, un ejemplo de ello es la Corte Constitucional en el fallo de la acción de tutela T-260, en el cual aduce que:

“Los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes 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 niños, en virtud de su falta de madurez física y mental -que les hace especialmente vulnerables 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”. (Sentencia T-260, 2012)

La categoría de objetos con la que contaban anteriormente los NNA dejaba unos vacíos normativos puesto que tenían una capacidad jurídica limitada, les restringía el derecho a poder participar en la defensa de las disposiciones esenciales que iban en contra de su vida. Con el cambio jurídico social de los NNA como sujeto de derechos nacen movimientos sociales en pro de la inclusión de estos como personas en situación de vulnerabilidad, lo que obliga al Estado a crear mecanismos de Política Nacional en aras de adoptar las medidas necesarias para que el pleno goce de esos derechos pueda realizarse en condiciones de igualdad. (Zagrebelsky, 2003)

En ese orden de ideas, el enfoque jurídico adoptado por la Convención de los Derechos del Niño es Universal. Es importante afirmar que, si bien es cierto que la Convención no proclama derechos especiales para los niños, las consideraciones de la Convención se encuentran orientadas hacia las obligaciones del Estado como garante de mencionados derechos con el propósito de que puedan ser ejercidos por los niños y tengan que ser respetados por el Estado y sus ciudadanos. (Adrian, 2014)

11.2 Los principios y valores herramientas de argumentación jurídica

Dentro de la interpretación de los derechos fundamentales están los principios y valores, herramientas importantes dentro de la argumentación jurídica, Por ejemplo, la Corte Constitucional y los tribunales tienen que estar resolviendo conflictos entre derechos e intereses, por ende, tienen que realizar una serie de argumentaciones para determinar cuál de los principios o cuál de los Derechos tiene mayor peso que los otros. Este método se le ha llamado esencialmente la técnica de preponderar principios o ponderar derechos (Aarnio, 2004).

Acto seguido, surgen a lo largo de la historia una serie de escenarios los cuales contribuyen al interés por la ponderación, en los años setenta (70) Ronald Dworkin escribió una crítica en contra del positivismo jurídico en concreto de la teoría de Herbert Lionel Adolphus Hart uno de sus ataques surge en sostener que las teorías positivistas no habían tomado en cuenta al elaborar una descripción sobre la ponderación el rol de los derechos y en concreto el papel que juegan los principios jurídicos lo que sostenía es que las normas pueden tener dos formas de reglas de principios. El positivismo¹ se había centrado en dar cuenta del sistema jurídico como un sistema de reglas y se les había olvidado dar cuenta de cómo funcionan los principios. (Aarnio, 2004)

A su vez, cuando estos principios entran en conflicto no se pueda descartar las reglas, y los mecanismos de moderación como métodos usuales que se emplean para resolver los conflictos determinar cuál de estos derechos tienen mayor o menor importancia Desde una dimensión de peso o subsunción otro punto de vista Según (Alexy, 1989) en su libro titulado *“Teoría de los Derechos Fundamentales”* manifiesta *“los principios son mandatos de optimización que se*

caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado” (Alexy, 1989) estos mandatos de optimización deben ser diferenciadores dentro el interés superior del niño dependiendo el grado de ponderación y proporcionalidad de las posibilidades fácticas y jurídicas. La diferencia entre reglas y principios, según Alexy, *“se muestra de la manera más clara en las colisiones de principios y en los conflictos de reglas (Robert, 1993)”* (Robert, 1993). Muestra de ello es el choque de trenes de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, la primera restringiendo ciertos derechos a los NNA, con el propósito de salvaguardar otros en el uso de las redes sociales, sin tener en cuenta el proceso de formación y su autonomía progresiva con base a los postulados de la sentencia T-260 de 2012.

Conforme a Gustavo Zagrebelsky en su obra titulada *“El Derecho Dúctil”* los principios nos proporcionan los criterios necesarios para tomar posición ante situaciones concretas y las reglas nos proveen el criterio de nuestras acciones, es decir, no señalan los que si debemos hacer o lo que no dependiendo de la situación. Del mismo modo, si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre justicia son prevalentemente principios (Zagrebelsky, 2003). Como se puede afirmar los principios legislativos nos dan un criterio ante situaciones que carecen de constitucionalidad, ya que no es lo mismo regular las redes sociales y su acceso en los NNA como pueden contribuir estos principios y reglas a una analogía protegiendo el interés superior del niño (Zagrebelsky, 2003).

hacer o lo que no dependiendo de la situación concreta. Del mismo modo, Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son

prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre justicia son prevalentemente principios (Zagrebelsky, 2003). Como se puede afirmar los principios legislativos nos dan un criterio ante situaciones que carecen de constitucionalidad no es lo mismo regular las redes sociales y su acceso en los NNA como pueden contribuir estos principios y reglas a una analogía protegiendo el interés superior del niño (Zagrebelsky, 2003).

Del mismo modo, Hans “*teoría pura del derecho*” aceptaba y consentía que la Constitución es una norma suprema por ser esta la que organizaba a todo el sistema jurídico de un Estado (Kelsen, 2001, págs. 05-35). Por tal razón precisaba de una forma que actualmente es correcta en decir que la Constitución es una guía fundamental para direccionar cómo se deben legislar todas las normas jurídicas de un país. Según Robert Alexy esta teoría de control constitucional si bien es cierta es incompleta no afirma como promulgar la inconstitucionalidad de una ley en su establecimiento, ¿cómo se cuestiona? actualmente existen reflexiones que pueden transformar el derecho constitucional una de ellas la teoría de Robert Alexy ¿es o no viable con la democracia que la Corte Constitucional sea empoderada de poder judicial? para el si es viable que la Corte Constitucional le sea otorgado el empoderamiento del sistema constitucional por ende, cuando fundamentan el Interés Superior del Niño debe crearse un precedente judicial para la protección de los mismos y tiene mayor relevancia la sentencias emitidas por esta alta Corte ya que es la encargada de dirimir mencionado conflicto. (Kelsen, 2001).

Según esta tesis, tanto las reglas como los principios pertenecen a la categoría de las normas y juegan un papel similar o análogo en la discreción judicial. Típicamente, los principios tienen una mayor generalidad que las reglas, pero, por otra parte, no existen características especiales que permitan distinguirlos de las reglas. (Zagrebelsky, 2003) A su vez, se encuentran los

principios extra sistemáticos. Prima facie, el derecho y la moralidad son cosas distintas. Solamente las reglas jurídicas son formalmente vigentes. Aun así, los principios morales pueden tener importancia para la discrecionalidad judicial como bases para la toma de decisiones al elegir entre diferentes significados alternativos de una formulación normativa ambigua. Al hacer esto, los principios morales “se vuelven” jurídicamente relevantes. El propio discurso confiere a los principios morales status jurídico. -De algún modo, el derecho y la moral se entrelazan para dar un control de convencionalidad integral (Aarnio, 2004)

11.3 Integración del interés superior a la legislación nacional

El principio del interés superior significa la total satisfacción y garantía de los derechos de los NNA. los principios según Bruñol de donde tomó lo de Robert Alexy son mandatos de optimización, con base a estos dos argumentos un Estado no solo debe establecer un marco normativo para proteger a los menores de edad, debe estar constantemente analizando los cambios sociales que genera la globalización y la tecnología, para observar si algún razonamiento va en contravía de los intereses superiores, pues estos prevalecen sobre los demás. (Bruñol, 1999)

En primer lugar, para la Corte Interamericana De Derechos Humanos es una garantía plena adoptar la situación de los NNA en la jurisprudencia interamericana, con insumos de respeto y garantía sin discriminación, también destaca la importancia de expresar su opinión, lo cual implica la adopción de medidas en todas las ramas del poder público de un Estado social de Derecho, analizar como cualquier criterio puede afectar a los NNA. Este principio se puede aplicar mediante un test de proporcionalidad y un ejercicio de ponderación pues el interés del

niño prevalece y desplaza a otros intereses, para los jueces y auxiliares de justicia es significativo aplicar herramientas que optimicen la hermenéutica, en aras de no crear una colisión de competencias. (Bruñol, 1999).

En efecto, es el Estado el cual ejerce un compromiso social y político para cumplir con los derechos fundamentales, para el desarrollo de cualquier tipo de sociedad y la necesidad de mantener una posición de garante es el único ente que tiene el poder de coacción para hacer cumplir la ley sin embargo el rol que debe ejercer no termina allí. Las progresivas demandas de la sociedad han formado un incremento de las funciones del mismo, remitiéndose en los contenidos del Bloque Constitucional en aras de fortalecer y fomentar su permanencia, como un método óptimo y garantista cobran mayor importancia dentro del Sistema Jurídico Interamericano, sobre todo el principio del interés superior en los niños niñas y adolescentes no solo puede ser visto como un derecho fundamental, sino también universales e inalienables ninguna sociedad puede desprenderse de ellos.

Como se expresó anteriormente, los NNA son titulares del derecho al honor a la intimidad familiar y a su propia imagen, esto también se encuentra contemplado en:

“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”. (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948)

Las personas dejaron de ser objetos de protección para ser titulares de derechos por eso la postura jurídica de la Declaración Universal de los Derechos Humanos es el Estado el que debe garantizar el pleno ejercicio de estos. Después de 20 años se estableció en Estados Unidos más exactamente en Nueva York el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 17 menciona:

"Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. (...) Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques" (De Las Casas, 1974)

Del mismo modo, esta tácitamente en la Convención de los Derechos del Niño en el artículo 16, manifiesta:

"1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2.

El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques". (Convención de los Derechos del Niño, 1989)

De acuerdo a lo citado anteriormente es importante partir de la base, de que también existen normas que salvaguardan a los NNA no solo están encaminadas en el derecho a la intimidad, a la protección de su información personal en las redes sociales, también en los deberes de los padres

como garantes de su protección ante cualquier tipo de riesgo o amenaza, sin vulnerar el derecho a la libre expresión y a la autodeterminación.

11.4 El test de ponderación entre los derechos fundamentales de NNA y la autoridad parental de los padres

Actualmente existe una gran atención al tema de la ponderación uno de los autores que más ha contribuido a analizar este problema es Robert Alexy propone un método el cual lo extrae del Tribunal Constitucional alemán y este procedimiento consiste en lo que él llama proporcionalidad, el cual se ha convertido en el baluarte de interpretación en materia de Derechos Humanos, preceptos sumamente importantes a la hora de dirimir conflictos como el derecho a la intimidad de los NNA, en el acceso a las cuentas de sus redes sociales significa que un Estado como fin Nacional no solo debe orientarse en satisfacer una “necesidad social imperiosa”, la del libre desarrollo de la personalidad del niño o la del derecho a la intimidad del niño sino también que es proporcional al objetivo legítimo alcanzado este principio de tiene seis subprincipios de los cuales son empleados como referentes en la Corte Constitucional Colombiana para no restringir Derechos Fundamentales ellos son:

Principio de idoneidad: este principio afirma que lo primero que hay que atender es la relación de causalidad desde su comienzo hasta el final este análisis debe tener un procedimiento para proteger los derechos que supuestamente se pretende resguardar entre un análisis de relación del hecho con los medios de interpretación y la finalidad de amparar los Derechos Fundamentales, es

la comprobación si la disposición legal es la más adecuada para crear un precedente judicial (Alexy, 1989).

Principio de necesidad: evaluar la necesidad de cómo se relaciona con otras medidas alternativas u otras maneras de regular algo, en aras de no afectar los derechos es significativo tomar la medida menos gravosa Y si existe conforme a lo manifestado en el párrafo anterior es si la medida resulta idónea y necesaria determinar lo que él autor Robert Alexy llama el peso de la afectación de cada uno de estos derechos (Alexy, 1989). La necesidad hace referencia a que la limitación a un derecho fundamental debe ser indispensable para la obtención del objetivo previamente descrito como legítimo y, que de todos los medios existentes para su consecución, debe ser el que, en forma menos lesiva, injiera en la efectividad del derecho intervenido.

Principio de proporcionalidad en sentido estricto: Este principio afirma que cuando los derechos entran en conflicto entre la realización del fin constitucional y la intervención en el derecho fundamental, La ponderación supone evaluar las posibilidades jurídicas de realización de un derecho que se encuentra en conflicto con otro. manejar un nivel de criterios los cuales se clasifiquen en leves moderados y graves para establecer la afectación de un principio y determinar con total precisión la protección de los Derechos, cuál de ellos se encuentra o representa poca importancia mucha importancia o bastante importancia. valorar lo que se está tratando de defender y por lo tanto qué derecho hay que proteger (Alexy, 1989). El *test de proporcionalidad en sentido estricto*, el cual permite entrar a evaluar o ponderar si la restricción

a los derechos fundamentales que genera la medida cuestionada, resulta equivalente a los beneficios que reporta, o si, por el contrario, ésta resulta desproporcionada al generar una afectación mucho mayor a estos intereses jurídicos de orden superior. En otras palabras, es a partir de este específico modelo de test que resulta posible poner en la balanza los beneficios que una medida tiene la virtualidad de reportar y los costos que su obtención representa, de forma que sea posible evidenciar si ésta se encuentra ajustada al ordenamiento superior al propender por una relación de costo-beneficio que, en general, resulta siendo favorable a los intereses constitucionales en controversia.

Principios jurídicos positivos. Los “principios jurídicos positivos” se describen a los principios para la toma de decisiones que están específicamente contenidos en el derecho vigente o son asumidos por él. Precisamente aquí la discusión se refiere a los principios cuantitativos y a los principios de finalidad. Sin embargo, como veremos después, la categoría es más amplia. Los ejemplos que siguen son ejemplos de principios jurídicos positivos. (Aarnio, 2004)

Principios formalmente válidos. Contienen principios claramente expresados en el derecho, tales como las normas que regulan los derechos políticos y sociales básicos: libertad de expresión, libertad de asociación, igualdad, entre otros. (Manuel, 2004)

Principios para la toma de decisiones. Tanto en la discrecionalidad judicial como en la decisión de oportunidad de carácter administrativo, el que decide debe apoyarse en pautas del discurso que pueden caracterizarse de forma más precisa como principios jurídicos generales. Como ejemplos tenemos la máxima *diatur et altera pars*, así como el principio de legalidad en el

derecho penal (al menos en Finlandia, en la medida en que está relacionado con el principio *praeter legem*) y la contravención de usar la analogía. (Castellanos, 2015)

Con lo anteriormente dicho, este criterio se basa en el hecho de que tanto los principios como las reglas, describen un comportamiento que se debe de adoptar. En este sentido, las reglas son normas seguidamente expresivas, pues establecen obligaciones, permisos y prohibiciones mediante la descripción de la conducta a ser adoptada. Por su parte, los principios son normas inmediatamente finalistas, pues establecen un estado de cosas que requiere adoptar ciertos comportamientos para su realización criterios que han sido empleados por los jueces al adoptar una decisión como la vulneración de la intimidad del menor frente al uso de las redes sociales. (Arana, 2014)

11.5 Test de ponderación de los derechos de los NNA en redes sociales vs el derecho a ser protegidos (autoridad parental)

Para la implementación del test de ponderación propuesto por Robert Alexy, lo primero es presentar los derechos de los NNA que se podrían ver afectados en el momento en que estos acceden a las redes sociales: Derecho a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la honra, a la educación, a la información. Para este caso se tomará el derecho a la intimidad más el interés superior del menor como el principal, puesto que se encuentra que los demás derechos señalados pueden ser abarcados en esta unión, así las cosas, se enfrentará al derecho de ser protegido, esto en razón de que la autoridad parental es un mandato expresado por la norma, de

obligatoria observación, pero no tienen naturaleza de principio lo cual impediría realizar el ejercicio propuesto.

El autor Robert Alexy establece una escala de intensidades, es decir, de leve, media o intensa, para determinar cuál es el grado de afectación que sufrirá el derecho frente a la limitación propuesta (Borda, 2007)

Para el presente caso, el derecho que tiene el NNA a la intimidad (WP_jC), el cual podría categorizarse como intensa, puesto que este permite un desarrollo conforme a la madurez y la etapa de su crecimiento físico y cognitivo, a decidir sobre los aspectos de su vida, a escoger una carrera, un plan de vida, la información que será de su interés, el respeto a las decisiones y dinámicas familiares en que se vea comprometido el NNA, inclusive permite tener un desarrollo integral al estar protegido de cualquier interferencia o limitación frente a las decisiones sobre sí mismo. En cuanto el derecho a ser protegido visto desde la obligación y deber de los padres de cuidar a los NNA estaría en la categoría de media, en razón de que la protección no puede estar dirigida a la prohibición sino a las pautas de crianza, a la enseñanza por parte de los padres a enfrentar las situaciones sociales en las cuales los NNA pueden encontrar una posible vulneración de sus derechos, además de que esta será susceptible a la subjetividad de los progenitores, cuidadores y persona que este velando por el NNA.

Ahora bien, en cuanto al peso abstracto, el cual se definió anteriormente, es decir, el peso que tiene cada uno de los derechos en colisión, podemos decir que el derecho a la intimidad más el interés superior del menor, deben entenderse como de interés general, conforme a los tratados

internacionales citados y a la Constitución Política de 1991, tiene mayor importancia (GP_iA), puesto que como se ha reconocido de forma reiterada en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dicho que el derecho de los NNA tienen prevalencia sobre los derechos de los demás; ahora bien, el derecho a ser protegido visto desde la obligación y deber de los padres de cuidar a los NNA (GP_jA), además de que se encuentra incorporado mediante el Código de Infancia y Adolescencia. Es de recalcar que en las sentencias acá expuestas este derecho ha sido tratado de forma complementaria para que los demás derechos sean concretados dentro de un estado de seguridad. (Armenta Ariza, 2019)

Por último está la valoración a partir de apreciaciones empíricas sobre cómo podrían verse afectados los derechos en colisión frente al tema de redes sociales; el derecho a la intimidad más el interés superior del menor (SP_jC), se va a ver intensamente afectado, puesto que en una sociedad de la información en la cual acceder a internet es tan sencillo, limitar este derecho generaría una consecuencia contraria a la buscada, es decir incentivaría a los NNA a buscar formas clandestinas para poder acceder a los contenidos que desean, no tendrán acompañamiento, estarán solos, y sin la confianza suficiente para buscar ayuda, ya sea con sus padres, el colegio o instituciones sociales; en cuanto al derecho a ser protegido visto desde la obligación y deber de los padres de cuidar a los NNA (SP_jC) se categoriza como media, puesto que este se puede complementar con las pautas de crianza, además en caso de darle mayor valor puede generar una ola de autoritarismo paternal, una invasión masiva en la vida de los NNA sin racionalidad ni proporcionalidad a sus etapas de desarrollo. (Armenta Ariza, 2019)

Así las cosas y conforme a lo expuesto con anterioridad, se despejará la siguiente ecuación (Gorra):

$$GP_{Ij}C = \frac{IP_iC \cdot GP_iA \cdot SP_iC}{WP_jC \cdot GP_jA \cdot SP_jC}$$

Para ello le se dará un valor número a cada variable de posible afectación de la siguiente forma: para el grado de intenso: $2^2=4$, medio: $2^1=2$ y leve $2^0 = 1$. Para la valoración empírica tendrán los siguientes valores: seguro: $2^0 = 1$, plausible: $2^{-1} = 1/2$, y no evidentemente falso: $2^{-2} = 1/4$.

Para el derecho a la intimidad más el interés superior del menor es:

$$GP_iC = \frac{IP_iC \cdot GP_iA \cdot SP_iC}{WP_jC \cdot GP_jA \cdot SP_jC}$$

Para el derecho a la protección protegido visto desde la obligación y deber de los padres de cuidar a los NNA.

$$GP_iC = \frac{IP_iC \cdot GP_iA \cdot SP_iC}{WP_jC \cdot GP_jA \cdot SP_jC}$$

Lo anterior permite a esta investigadora, concluir que los derechos fundamentales de los NNA no deben ser limitados para que estos sean debidamente protegidos, puesto que los padres podrán ejercer su obligación y deber de cuidarlos mediante las pautas de crianza, el acompañamiento, la guía, la comprensión y sobre todo la enseñanza del autocuidado. (Armenta Ariza, 2019)

Al ratificar la Convención de los Derechos del Niño, los Estados reconocieron la obligación de aplicar el interés superior del niño en cualquier decisión o medida, con la finalidad de adoptarlo como un método de integración del derecho a las leyes, políticas, programas de Gobierno y procesos judiciales, las técnicas del test de proporcionalidad, y el Derecho comparado han contribuido en importantes aportes al interés superior significa tomar la mejor decisión de los NNA en función del cumplimiento de sus derechos por lo tanto estos preceptos determinan que el legislador y el operador judicial puedan crear mecanismos para garantizar la prevalencia de estos derechos por encima de otros grupos sociales (Bruñol, 1999).

Acto seguido, esa prevalencia de orden constitucional a simple vista se podría deducir que no se requiere realizar un juicio de ponderación de derechos fundamentales cuando exista una colisión entre un principio fundamental, frente a un principio que proteja los derechos de los niños. Sin embargo, es necesario e idóneo poner en práctica la moderna teoría de la ponderación de los principios, cuando se encuentran en un conflicto pues este será el único método para establecer la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad postulados sumamente importantes de Robert Alexy para lo cual los actuales jueces deberán someterse a un examen de constitucionalidad de rigor con carácter hermenéutico. (Cenzano, 2012)

Al ratificar la Convención de los Derechos del Niño, los Estados parte de mencionado tratado reconocieron a los niños como sujetos de derechos y asumieron la obligación de aplicar el interés superior del niño en cualquier decisión o medida, con la finalidad de adoptarlo como un método de integración del derecho a las leyes, políticas, planes de Gobierno y procesos judiciales, las técnicas del test de proporcionalidad, y el Derecho comparado han contribuido en

importantes aportes al interés superior significa tomar la mejor decisión de los NNA en función del cumplimiento de sus derechos por lo tanto estos preceptos determinan que el legislador y el operador judicial puedan crear mecanismos para garantizar la prevalencia de estos derechos por encima de otros grupos sociales (Bruñol, 1999).

Como es sabido, los derechos de los niños se han establecido mediante disposiciones de principios de carácter fundamental, su protección radica de los tratados internacionales de los derechos humanos suscritos por los países miembro. En Colombia la Constitución Política establece que los derechos de los niños prevalecen sobre lo demás. (Cenzano, 2012)

Así las cosas, la ponderación es algo subjetivo porque es imposible de pronosticar sus resultados, faltarían las variables de edad y etapa de desarrollo. Esta crítica de índole académica e investigativo la cual mantiene que el resultado de cada ponderación es un individuo singular, cuyas características están determinadas por las circunstancias del caso concreto y no por criterios generales. Por consiguiente, las decisiones judiciales que se toman mediante la ponderación conforman una jurisprudencia *ad hoc*, que magnifica la justicia del caso concreto mientras, correlativamente, sacrifica la certeza, la coherencia, la generalidad del derecho, en síntesis, la seguridad jurídica. (Manuel, 2004)

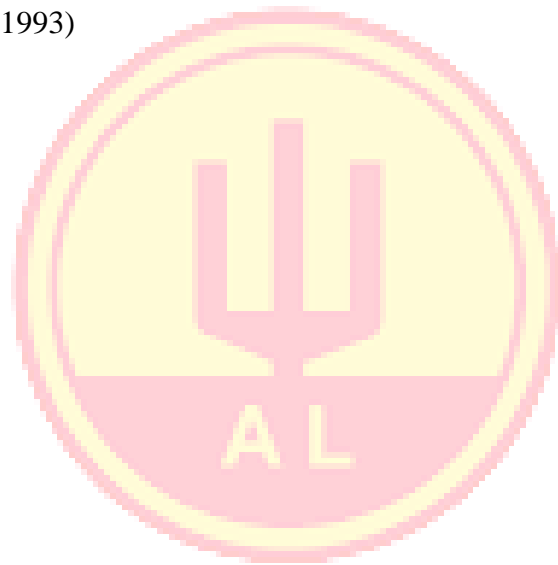
Por otro lado, la crítica sostiene que la teoría de los principios lleva a que el Tribunal Constitucional vulnere las competencias de la jurisdicción ordinaria y, de este modo, el principio de división de poderes, que es uno de los subprincipios del Estado de Derecho. La vulneración se

produce siempre que la Corte Constitucional controla la interpretación de las leyes o la valoración de pruebas que lleva a cabo la jurisdicción ordinaria, y la sustituye por una interpretación o valoración diferente, cuya corrección se fundamenta en la ponderación, por ende, es significativo el principio pro persona este manifiesta (Robert, 1993). En la crítica que se le hace a Manuel Atienza Rodríguez y Juan Ruiz Manero estos significados no tiene carácter exhaustivo ni es tampoco excluyente, sino que, con frecuencia, los anteriores rasgos se solapan entre sí, e incluso hay ocasiones en que una misma norma podría servir como modelo de principio en prácticamente todas las acepciones indicadas (Manuel, 2004)

Del mismo modo, la teoría de los principios es una versión del llamado neoconstitucionalismo, que representa un tipo de ingenuo formalismo constitucional. La idea de que los derechos fundamentales son principios y los principios son mandatos de optimización, implica desconocer la indeterminación de los enunciados de los derechos fundamentales y soslayar la discrecionalidad del juez constitucional. Finalmente, se deberá realizar un examen riguroso cuando exista colisión de principios fundamentales de protección prevalente y reforzada, como en el caso de las redes sociales y los derechos fundamentales de la información y a la intimidad en los NNA, donde se debe perseguir el beneficio establecido en la norma (Borda, 2007).

Por ende, la diferencia entre reglas y principios, según Alexy, “*se muestra de la manera más clara en las colisiones de principios y en los conflictos de reglas*” (Alexy, 1989). Defiende un constitucionalismo moderado, basado en que la distinción entre normas y principios es de grado porque ambos pueden ser concebidos como normas” (Robert, 1993). Es decir, su estrategia se basa en mostrar que cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones

jurídicas, y en particular en los casos difíciles, es cuando se agudizan los problemas, ya que para resolverlos acuden no a normas, sino a diferentes tipos de estándares que denomina principios y directrices políticas. Esos sistemas de Universalidad son donde ponen al niño en un estado de prevalencia puesto que requieren de un tratamiento y protección especial en aras de garantizar sus derechos. (Robert, 1993)



UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA
LATINOAMERICANA
UNAUCLA®

12. METODOLOGIA

Enfoque: Cualitativo

El enfoque de investigación cualitativa es pertinente al estudio de las ciencias humanas y explora, analiza y explica de modo cualitativo los comportamientos de un individuo, grupo o población. Así mismo, explicar los parámetros sanos al control de información dirigido a los menores y el límite a la potestad de los padres en la materia

Tipo De Estudio: Descriptivo.

el estudio es de corte descriptivo, pues, basándose en la legislación vigente sobre las variables propuestas, describirá las relaciones existentes entre la protección de los derechos de los menores de edad y el control que los padres pueden ejercer sobre los contenidos virtuales a los que éstos tienen acceso.

Instrumentos de recolección de información: En esta investigación, se utilizó:

la exploración bibliográfica: jurisprudencia, artículos y libros especializados

Test de ponderación (Robert Alexis) Método de ponderación cuando dos derechos fundamentales colisionan.

13. CONCLUSIONES

La hipótesis planteada en este estudio, en el sentido de que los padres o representantes legales de los menores de 14 años a su cargo no violan los derechos fundamentales de los menores, en especial el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, al manejar moderadamente los datos y la información de los mismos en los medios electrónicos, cuando actúan en su deber de observancia para evitar posibles consecuencia civiles o penales en que las acciones de los menores pueden derivar, se comprueba positivamente en el sentido en que una protección moderada no implica la afectación de los derechos fundamentales de los NNA, puesto que los padres y demás personas a cargo podrán ejercer su protección recurriendo a pautas adecuadas de crianza, acompañamiento, la guía, la comprensión y el autocuidado.

Este trabajo cierra con una conclusión en la que los dos más importantes hallazgos no se contraponen. Es muy poca la regulación en Colombia sobre el tema de los límites legales del control parental pues, si bien es cierto que los padres están en la obligación de proteger la integridad moral, psicológica de sus hijos y que para ello están en potestad de supervisar el uso de lo que los niños hagan en las redes informáticas, también lo es el hecho de que los niños tienen el derecho a utilizar estas redes sin perjuicio de sus libertades. El derecho del niño no puede ser violentado por la supervisión del padre si se comprueba que lo está realizando en un lugar seguro y con el acompañamiento debido, pues si bien es cierto lo que busca el padre es la protección del menor y son los hechos los que hace que el padre en cumplimiento de su deber, controle y vigile el uso del internet de los NNA.

Encontramos en el artículo 1504 del Código Civil Colombiano que

“Son absolutamente incapaces los impúberes. Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores púberes. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.”

Lo que nos cuestiona es a partir de qué edad el menor tiene la capacidad de ejercer sus derechos. Según el artículo 90 del Código Civil Colombiano “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.” Es decir, que el menor de edad es sujeto de derecho desde que nace, sin embargo, el promedio de edad que los NNA acceden a las redes informáticas según la investigación realizada por la **UNIVERSIDAD EAFIT**, son los niños entre 11 y 12 años, se presume que son los niños en su etapa de pre-adolescencia y adolescencia que tienen la madurez y capacidad de entendimiento, para comprender cuáles son sus derechos, sin embargo, no podemos definir exactamente cuál es la edad permitida para el uso del internet o cuando el menor de edad puede identificar cuando se le está vulnerando sus derechos a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad, es Acedo y Platero (2016) quien nos dice que es su grado de desarrollo, madurez y formación lo que nos define la capacidad para acceder a estas redes informáticas, pues pese a ser sujetos de derechos, sus capacidades pueden estar afectadas en función de su edad y de sus vivencias.

El desarrollo de las Tecnologías de la Información y Comunicación genera una evolución en la dogmática jurídica, las actividades ilícitas también evolucionan y mutan de diferentes formas

cada vez con mayor precisión, es por eso que la Comunidad Internacional observo la imperiosa necesidad de crear marcos normativos para proteger a grupos vulnerables,

estableciendo tratados y pactos vinculantes. Ya que con los fenómenos de la globalización existen innumerables riesgos a los NNA, puesto que se encuentran en ese grupo de vulnerabilidad actualmente las redes sociales crean una alta exposición a riesgos que se pueden evitar si el Estado mantiene su posición de garante, tales como: usurpación de identidad, tipos de acoso al menor de edad y manipulación de información, con el propósito de facilitar una extorsión.

La afirmación universal de la Convención de los Derechos del Niño en 1989 contiene unos conceptos que marcan un precedente judicial en proporción a la postura jurídica del niño. La Convención simboliza el compromiso del cambio tradicional de las consideraciones legales creando un modelo bastante innovador sobre las argumentaciones en derecho del niño: el niño deja de ser visto como un objeto de protección, para realmente ser un sujeto titular de derechos el cual debe tener un sistema de prevalencia frente a los mismos.

El Interés superior del niño se puede observar desde dos ámbitos jurídicos la garantía de protección por parte del Estado como obligación vinculante en aras de suministrar todos los medios y métodos ineludibles en el pleno desarrollo de su niñez, un fin esencial contemplado en la Constitución Nacional creando en las instituciones públicas herramientas para el acceso a sus necesidades básicas y la integración del derecho bajo los cimientos de la Convención de los Derechos del Niño en la legislación Nacional con el propósito de atender de una forma integral a los menores con el para que sean sujetos de derechos vistos como una obligación prevalente y no como objetos de un sistema jurídico enfocados en que el niño es solo una propiedad a cargo

de sus familiares y subsidiariamente del Estado, este principio es una herramienta de aplicación para los jueces a la hora de legislar, su enfoque estará ceñido a las reglas de la ponderación.

De hecho, la tesis central de la argumentación jurídica permite minuciosamente elaborar un análisis analítico y descriptivo puesto que se ha desarrollado una polémica en la ponderación de los derechos fundamentales frente a la protección de datos personales, tienen que tenerse en cuenta las reglas fundamentales principios de no contradicción, de sinceridad y de universalidad como es el principio del interés superior de niño, para ello es significativo entender la importancia de la categorización de la información, en aras de identificar quien puede tener acceso y cuales son de carácter reservado, a la luz de los Derechos Humanos, por otro lado, es un proceso de pedagogía para identificar los datos sensibles, datos personales, con el propósito de aplicar adecuadamente la legislación Colombiana.

En el ejercicio de ponderación se puede observar la similitud del principio del Interés Superior del Niño y el valor cultural que este tiene en el proceso de desarrollo de su infancia, ya que ellos son lo mismo, el primero es de carácter deontológico y el segundo es enfocado desde una forma axiológica. El comportamiento de colisión de los principios pone claramente de manifiesto que entre valores y principios existe una extensa combinación estructural. Una pauta en el interés superior del niño que dice que es lo debido, es decir, que es lo ordenado, lo prohibido o lo permitido, por el Estado y su familia tiene un carácter deontológico. En cambio, si dice que es bueno o malo o mejor o peor obedece a los ámbitos culturales, su formación como ser, tiene un status axiológico.

Dentro de la Convención, el Interés Superior del Niño goza de un estatus privilegiado ya que exige a los Estados que son parte su respeto fundamental en los casos donde se vean

involucrados los NNA. Sin embargo, como se ha expresado surgen colisiones las cuales resultan contraproducentes porque debe especificarse más objetivamente su aplicación pues se origina en un derecho muy primordial, pero sin contenido claro para un ejercicio de ponderación real.

Actualmente, los Estados se encuentran bajo un contexto de protección del menor. Ese es el factor primordial de este principio. Sobre estos fenómenos sociológicos, se generan serios debates sobre la presencia de los menores en las redes sociales, de las cuales no se pueden tener argumentos objetivos. Sin embargo, se entiende claramente la concepción desde la Convención de los Derechos del Niño el principio y la idea principal del desarrollo de la personalidad del menor, el cual requiere de una garantía de protección y respeto a la privacidad, pero también a la libertad de pensamiento, expresión e información con todos los riesgos que puedan derivar de la aplicación de este precepto, siempre resulta más ajustada al derecho su consideración.



UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA
LATINOAMERICANA
UNAUCLA®

14. REFERENCIAS

- Aarnio, Aulis. *las tesis de la marcacion fuerte y debil naturaleza y principios* . 15 de enero de 2004. <http://ishtar-sylphide.livejournal.com/15625.html>.
- Adrian, Javier antonio. *universidad catolica del peru* . 11 de 09 de 2014.
http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5642/ADRIAN_CORIPUNA_JAVIER_RAZONAMIENTO_CONSTITUCIONAL.pdf?sequence=1.
- Alexy, R. *Teoría de la argumentación jurídica. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid*, 222. Berlin: Universidad de Madrid, 1989.
- Arana, Jaime rodriguez. «sobre las transformaciones del derecho.» En *Las transformaciones del Derecho Público, de León DUGUIT*, de Leon Duguit, 01. Madrid: Universidad de la coruña, 2014.
- Armenta Ariza, A. *El test de proporcionalidad: Su uso y aplicación en la jurisprudencia de la corte constitucional Colombiana*. Bogota: . Verba Iuris, (41)., 2019.
- Arrieta, M. *Libertad de expresión y derecho a la información en las redes sociales en internet* . . Bogota: Revista Derecho comunicaciones y nuevas tecnologías,(12), 1-31, 2014.
- Borda, L. V. (. *Estado de derecho y Estado social de derecho*. Bogota: Rev. Derecho del Estado, 20, 73, 2007.
- Bruñol, M. C. (. *El interés superior del niño en el marco de lConvención Internacional sobre los Derechos del Niño. Justicia y Derechos del Niño*. Bogota: Unicef, 1999.

- Castellanos, Luis Alfredo Castellanos. *el control difuso de convencionalidad*. Bogota: derecho y justicia S.A.S, 2015.
- Cenzano, J. C. B. *Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español*. Madrid: Revista sobre la infancia y la adolescencia, (3), 46-60., 2012.
- Colombia, Constitución Política de. *Art 13*. Bogota: Asamblea Nacional Constituyente, 1991.
- Convención de los Derechos del Niño. *Artículo 16*. USA: Naciones Unidas, 1989.
- Corte Constitucional. «Sentencia C-145 de 2010 .» citada por la sentencia T-266 de 2012 . s.f.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Fermin Ramirez VS. Guatemala*. Ciudad de Guatemala: CIDH, 2005.
- De Las Casas, B., Pereña, L., & Abril, V. *Derechos civiles y políticos*. Bogota : Editora Nacional, 1974.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. *Artículo 12 manifiesta*. Paris: DUDH, 1948.
- García, José Carlos. «Aumentan casos de cibercriminales contra menores en el país.» *El tiempo*, 8 de Agosto de 2015: 1.
- Gorra, Daniel G. «Miguel Carbonell.» s.f.
http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/teoria_de_la_argumentacion_juridica_alexey.pdf.
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. BUENOS AIRES: Publicaciones Filosóficas De Derecho, 2001.

Manuel, Atienza Rodriguez y Juan, Ruiz Manero. *Las piezas del derecho teoria de los enunciados juridicos*. Barcelona: ariel, 2004.

Memorándum de Montevideo. «Recomendaciones adoptadas en el Seminario Derechos, Adolescentes y Redes Sociales en Internet.» Montevideo, 27 y 28 de julio de 2009.

Moyer-Gusé, E., & Riddle, K. «El impacto de los medios de comunicación en la infancia: Guía para padres y educadores.» Medellín: Editorial UOC., 2010.

Robert, Alexy. *teoria de los derechos fundamentales* . madrid: centro de estudios constitucionales , 1993.

Sáez Tapia, C. *Derecho a la imagen propia y su manifestación en internet*. Santiago de Chile: Repositorio, 2017.

sentencia. T-067 (Corte Constitucional, 26 de febrero de 2018).

Sentencia. T-530 (Corte Constitucional, 23 de septiembre de 1992).

Sentencia. C-371 (Corte Constitucional, 25 de agosto de 1994).

Sentencia. T-595 (Corte Constitucional, 25 de septiembre de 2017).

Sentencia C-1003. «Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 1º. (parcial) del artículo 315 del Código Civil, modificado por el artículo 45 del Decreto 2820 de 1974.» Bogotá: Corte Constitucional, 22 de Noviembre de 2007.

Sentencia C-663. «Decide la Corte acerca de la demanda instaurada por el ciudadano HUGO PALACIOS MEJIA contra apartes de los artículos 153, 156, 157, 162, 169, 203 y 204 de la Ley 100 de 1993, cuyos textos se transcriben:» Bogotá: Corte Constitucional, 28 de Noviembre de 1996.

Sentencia T-260. Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto (Corte Constitucional , 29 de marzo de 2012).

SP 9792- CSJ. 9792-2015-42307 (Corte Suprema de Justicia, 29 de Julio de 2015).

Zagrebelsky, Gustavo. *el derecho ductil* . madrid : trota capitulo VI, 2003.



UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA
LATINOAMERICANA
UNAUCLA®