

ORIGINAL
Artículo de Investigación

Responsabilidad del Estado por Omisión Legislativa Absoluta en la regulación del tratamiento de datos personales en las redes sociales¹

Responsibility of the State for absolute legislative omission in the regulation of the processing of personal data by social networks.

Recibido: Marzo 07 de 2023 – Evaluado: Abril 21 del 2023 - Aceptado: Junio 20 de 2023

José Alberto Blanco Serrano²
Darwin Gilberto Clavijo Cáceres³

Para citar este artículo/ To cite this article

Blanco Serrano, J.A., & Clavijo Cáceres, D.G. (2023). Responsabilidad del Estado por Omisión Legislativa Absoluta en la regulación del tratamiento de datos personales en las redes sociales. *Revista Academia & Derecho*, 14 (27), 1-23.

Resumen

El escándalo de Cambridge Analytica en 2018 generó un precedente a nivel mundial sobre la existencia de tres problemáticas importantes ocasionadas por las empresas de redes sociales: primero: los poderes persuasivos y de manipulación psicológica que pueden ejercer estas plataformas sobre las personas; segundo: sobre la constante vulneración a la privacidad de los usuarios mediante la continua vigilancia de su actividad en internet a través de mecanismos como las cookies; y finalmente, sobre la venta ilícita de información de carácter personal de los usuarios, obtenida a través de esa continua vigilancia. El tratamiento de datos personales, específicamente el caso de las redes sociales continua sin regulación en Colombia, constituyéndose, en una omisión legislativa. El objeto del presente artículo se enmarca en determinar en qué medida resulta

¹ Artículo de investigación e innovación de carácter inédito, adscrito al Centro de Investigaciones de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, que se presentará como opción de grado para la Maestría en Derecho Público por parte del autor José Alberto Blanco Serrano.

² Abogado, Universidad Libre Seccional Cúcuta. Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, candidato a Magíster en Derecho Público. Correo: josea-blancos@unilibre.edu.co y blancoabogado@outlook.com

³ Abogado, Universidad Libre Seccional Cúcuta. Doctor en Derecho, administración y justicia de la Universidad de Salamanca, España; Magíster en educación superior. Docente investigador de la Universidad Libre seccional Cúcuta. Correo: darwing.clavijoc@unilibre.edu.co.

patrimonialmente responsable el Estado colombiano por la omisión legislativa absoluta en adoptar medidas para regular esta materia.

Palabras clave: responsabilidad del Estado, omisión legislativa, redes sociales, tratamiento de datos personales.

Abstract:

The Cambridge Analytica scandal in 2018 set a global precedent regarding three significant issues caused by social media companies: first, the persuasive powers and psychological manipulation these platforms can exert on individuals; second, the constant infringement on users' privacy through the ongoing surveillance of their internet activity via mechanisms such as cookies; and finally, the illicit sale of personal user information obtained through that continuous surveillance. The handling of personal data, specifically in the case of social media, remains unregulated in Colombia, constituting legislative omission. The purpose of this article is to determine to what extent the Colombian state is financially liable for the absolute legislative omission in adopting measures to regulate this matter.

Key words: State responsibility, legislative omission, social networks, processing of personal data.

Resumo

O escândalo de Cambridge Analytica em 2018 gerou um precedente mundial sobre a existência de três problemáticas importantes ocasionadas pelas empresas de redes sociais: primeiro, os poderes persuasivos e de manipulação psicológica que estas plataformas podem exercer sobre as pessoas; segundo, a constante violação da privacidade dos usuários através da vigilância contínua de sua atividade na internet por meio de mecanismos como cookies; e finalmente, a venda ilícita de informações pessoais dos usuários, obtidas através dessa vigilância contínua. O tratamento de dados pessoais, especificamente no caso das redes sociais, continua sem regulamentação na Colômbia, constituindo uma omissão legislativa. O objetivo deste artigo é determinar em que medida o Estado colombiano é patrimonialmente responsável pela omissão legislativa absoluta em adotar medidas para regular esta matéria.

Palavras-chave: responsabilidade do Estado, omissão legislativa, redes sociais, tratamento de dados pessoais.

Résumé

Le scandale de Cambridge Analytica en 2018 a créé un précédent mondial concernant l'existence de trois problèmes importants causés par les entreprises de réseaux sociaux: premièrement, les pouvoirs persuasifs et de manipulation psychologique que ces plateformes peuvent exercer sur les



personnes; deuxièmement, la violation constante de la vie privée des utilisateurs par la surveillance continue de leur activité sur Internet à travers des mécanismes tels que les cookies; et enfin, la vente illicite d'informations personnelles des utilisateurs, obtenues par cette surveillance continue. Le traitement des données personnelles, spécifiquement dans le cas des réseaux sociaux, reste non réglementé en Colombie, constituant une omission législative. L'objectif de cet article est de déterminer dans quelle mesure l'État colombien est responsable du point de vue patrimonial pour l'omission législative absolue d'adopter des mesures pour réglementer cette matière.

Mots-clés: responsabilité de l'État, omission législative, réseaux sociaux, traitement des données personnelles.

SUMARIO: Introducción. - Problema de Investigación – Metodología – Esquema de resolución del problema de investigación - Plan de redacción. 1. El marco normativo, jurisprudencial y doctrinario que desarrolla la responsabilidad del Estado por omisión legislativa absoluta en Colombia. – 2. Supuestos en que el tratamiento de datos personales de las redes sociales puede generar un daño antijurídico atribuible al Estado. – 3. El título de imputación aplicable a la responsabilidad del Estado por omisión legislativa absoluta. – Conclusiones - Referencias.

Introducción:

El 11 de abril de 2018, Mark Zuckerberg, creador y máximo accionista de Facebook, rindió declaración ante el Senado de Estados Unidos por la venta ilícita de información de carácter privado de hasta 87 millones de usuarios a la empresa de consultoría política Cambridge Analytica; información que posteriormente sería utilizada para manipular psicológicamente a los votantes en las elecciones de ese país en el año 2016. Esta relación comercial entre las mencionadas empresas tuvo efectos similares en la promoción de la campaña para buscar la salida del Reino Unido de la Unión Europea (Brexit). Sobre esta situación en particular, Grassegger y Krogerus, citados por Liceaga afirman que Cambridge Analytica diseñó sus campañas aprovechando datos de aproximadamente 87 millones de usuarios de Facebook. Mediante el análisis de estos datos, la empresa creó perfiles psicométricos detallados y modelos para prever el comportamiento de los usuarios. Esta información se utilizó para influir en sus opiniones y comportamientos, orientándolos a través de publicidad y la difusión de noticias no verídicas, con el objetivo de beneficiar a sus clientes. Esta táctica de manipulación buscaba alterar las decisiones de voto o las acciones a favor de las entidades que Cambridge Analytica representaba (Liceaga, 2021).

Para lograr lo anterior, Facebook recurrió a los mecanismos denominados algoritmos, los cuales, registran y miden todo lo que los usuarios hacen, durante cuánto tiempo, a qué hora del día y el lugar de cada interacción (Todorovich, 2021), obteniendo información, con la cual posteriormente manipularían a estos usuarios, mediante la utilización de tecnología persuasiva, cambiando sus hábitos, conductas, comportamientos y pensamientos; todo este procedimiento, ha generado una problemática a nivel mundial que ha sido denominada por la socióloga estadounidense Shoshana Zuboff como “capitalismo de vigilancia”, que, según la autora, usa la experiencia humana como

una materia prima gratuita para generar como producto datos de comportamiento, algunos de los cuales tiene una destinación clara y de la que sale beneficiada en general la sociedad, pero “el resto es considerado como un *excedente conductual* privativo («propiedad») de las propias empresas capitalistas de la vigilancia” siendo utilizados para la producción de “*inteligencia de máquinas*, con los que se fabrican *productos predictivos* que predicen lo que las personas harán en el futuro. (Zuboff, 2020). Estos productos predictivos se convierten en mercancías sin control sobre su uso.

Entendido el contexto en que Facebook y Cambridge Analytica lograron esa vulneración a la privacidad y manipulación psicológica sobre sus usuarios, así como los mecanismos que utilizaron para lograrlo, cabe resaltar que el escándalo suscitado por estas dos compañías, desencadenó en una importante demanda por parte de los consumidores en contra de Meta Platforms Inc., compañía a la cual pertenecen redes sociales como Facebook, Instagram, WhatsApp, que según distintos medios de comunicación, finalizaría con un acuerdo en el que Meta debería pagar importantes sumas de dinero que superarían los cientos de millones de dólares.

Vale la pena anotar que, según reportes de diferentes medios de comunicación, el caso de Facebook-Cambridge Analytica ha tenido implicaciones también en Colombia, contando con la permisividad del Estado colombiano al no haber adoptado las debidas restricciones al acceso, compra y venta de información por parte de estas empresas, mediante la respectiva regulación legal.

Así pues, teniendo en cuenta que en el estado colombiano el Congreso de la República ha omitido expedir una legislación que regule el tema del tratamiento de datos personales por parte de las empresas de redes sociales, se podría considerar que, en el evento de causarse un daño antijurídico a una persona, la responsabilidad de reparar ese daño no recaería únicamente en la empresa de red social, sino también en el Estado.

En efecto, los avances doctrinales y jurisprudenciales de las dos últimas décadas han logrado expandir la noción existente sobre la responsabilidad del Estado como un hecho u omisión que causa un daño antijurídico atribuible únicamente a la administración pública, para considerar en la actualidad la configuración de responsabilidad del Estado por parte de las otras ramas que ejercen función pública. En tal sentido, el Consejo de Estado ha sostenido que “en el sistema jurídico colombiano el artículo 90 superior no excluye a autoridad pública alguna del deber de reparar los daños antijurídicos imputables a su acción o a su omisión” (Sentencia Reparación Directa 28864, 2014).

Así las cosas, bajo este enfoque, se tiene la existencia de la responsabilidad patrimonial del Estado por hechos u omisiones del legislador, en el evento que causen un daño antijurídico. Figura que ha sido teorizada mayormente por la Jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, esta última, mediante sentencia C-038 del 2006 explicó que para efectos de declarar esa responsabilidad “su fundamento estriba en la noción de daño antijurídico, la cual (...) descansa en



los principios de solidaridad y de igualdad, y no en la idea de la actividad ilícita del Legislador, entendida como tal las actuaciones contrarias a la Constitución”. (Sentencia C-038, 2006).

En vistas de lo explicado por la Corte, la responsabilidad del Estado legislador se circunscribe básicamente a cualquier situación en que ocurra un daño antijurídico atribuible a la acción, pero también a la omisión del Congreso de la República; omisión que puede ser relativa o absoluta, esta última, resulta de vital importancia comprenderla para efectos de la problemática descrita del eventual daño antijurídico producido por el tratamiento de datos de las empresas de redes sociales.

Por omisión legislativa absoluta se entiende “el incumplimiento por parte del legislador de la obligación constitucional de expedir una regulación específica, es decir constituye una total inactividad por parte del Congreso y, por ende, supone la ausencia total de un texto o precepto legal” (Sentencia C-038, 2006). En ese sentido, al no existir en Colombia legislación alguna que regule los temas relacionados con el tratamiento de datos personales, que imponga limitaciones a las empresas de redes sociales con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales de los consumidores, se está frente a una clara omisión legislativa absoluta.

En efecto, resulta pertinente entrar a analizar el marco normativo, jurisprudencial y doctrinario que desarrolla la responsabilidad del Estado por omisión legislativa absoluta en Colombia; así como, los supuestos en que el tratamiento de datos personales de las redes sociales puede generar un daño antijurídico atribuible al Estado; e igualmente, establecer cuál sería el título de imputación aplicable a la responsabilidad del Estado por omisión legislativa absoluta; todo lo anterior en aras de lograr determinar si es patrimonialmente responsable el Estado por la omisión legislativa absoluta en la regulación del tratamiento de datos personales por parte de las redes sociales, en el evento que se cause un daño antijurídico a alguno de los consumidores.

Problema de investigación:

¿En qué medida es patrimonialmente responsable el Estado por la omisión legislativa absoluta en la regulación del tratamiento de datos personales por parte de las redes sociales en el evento que se cause un daño antijurídico?

Metodología:

La presente investigación es de carácter dogmático-jurídica, desarrollando un enfoque cualitativo, toda vez que se realizará un análisis sobre la medida en que puede ser patrimonialmente responsable el Estado colombiano por la omisión legislativa absoluta en la regulación del tratamiento de datos personales por parte de las redes sociales en el evento que se cause un daño antijurídico, tomando como fundamento fuentes de información de carácter documental, como lo son: la Constitución Política de Colombia, la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, ley, doctrina nacional e internacional, y el derecho comparado.

De acuerdo con su alcance, la investigación que se realizará será exploratoria, debido que se abordará el estudio de una temática escasamente estudiada en el ámbito del derecho, como lo es el tratamiento de datos personales por parte de las redes sociales, siendo, en efecto, una investigación novedosa para el campo jurídico. De igual forma, es una investigación explicativa, al hacer conexión entre dos áreas del conocimiento distintas, como lo son la tecnología y el derecho.

La recolección de datos de la investigación se hará a través de la sistematización y análisis de fichas doctrinales y jurisprudenciales.

Esquema de resolución del problema jurídico:

El esquema de resolución del problema jurídico se ha organizado en tres acápites, en los que se resuelven tres objetivos específicos propuestos, de la siguiente manera: en primer lugar, se expondrá el marco normativo, jurisprudencial y doctrinario que desarrolla la responsabilidad del Estado por omisión legislativa absoluta en Colombia; por otra parte, se determinarán los supuestos en que el tratamiento de datos personales de las redes sociales puede generar un daño antijurídico atribuible al Estado; y, finalmente, se establecerá el título de imputación aplicable a la responsabilidad del Estado por omisión legislativa absoluta.

Plan de redacción:

1. El marco normativo, jurisprudencial y doctrinario que desarrolla la responsabilidad del Estado por omisión legislativa absoluta en Colombia.

La Corte Suprema de Justicia a través de sentencia del 22 de octubre de 1896 marcó un hito en lo relacionado a los deberes del Estado respecto a sus habitantes, al consagrar que “el Estado como persona jurídica (...) está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resultan de un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que éstos los resarzan con sus bienes” (Ruiz, 2011). En tal sentido, con los fundamentos de dicha sentencia se empieza a considerar formalmente en Colombia la responsabilidad patrimonial del Estado, figura que en el transcurrir del siglo pasado logró evolucionar atravesando dos etapas principales: la primera, en donde lo importante a efectos de un juicio de responsabilidad estatal era determinar la ocurrencia de culpa o falla del servicio; y la segunda, en donde se convierte en elemento primordial el concepto de daño antijurídico.

Sobre la importancia del daño antijurídico dentro de los juicios de responsabilidad del Estado, el tratadista Juan Carlos Henao apunta lo siguiente: “el daño es, entonces, el primer elemento de la responsabilidad, y de no estar presente torna inoficioso el estudio de la misma, por más que exista una falla del servicio” (Henao, 1998). Esta relevancia quedó plasmada en el artículo 90 de la Constitución Política que consagra la cláusula general de responsabilidad del Estado, al señalar literalmente la obligación del Estado de reparar los daños antijurídicos, norma que en palabras de



Santofimio Gamboa constituye una de las más grandes conquistas del Estado por el derecho, toda vez que ha logrado “incorporar al ordenamiento jurídico no solo el precepto imperativo de responsabilidad de los poderes públicos, sino también la preciada garantía patrimonial del Estado frente a los daños antijurídicos que le sean imputables por su acción u omisión (incluso por inactividad), que ocasionen perjuicios” (Santofimio, 2017).

Todo este proceso se encuentra marcado por el fenómeno de la constitucionalización del derecho de daños, que en palabras de Enrique Gil Botero se explica así: “el derecho de la responsabilidad encontró eco y fundamentación en las normas de rango constitucional, razón por la que el modelo de Estado Social de Derecho impregnó o publicó ese ordenamiento, lo que supuso el abandono sistemático y gradual de disposiciones legales para encontrar el basamento del derecho de daños en las normas superiores” (Gil Botero, 2014).

En ese sentido, el artículo 90 de la Constitución Política de 1991 se erige como el eje central en la estructura de la responsabilidad del Estado, tomando como fundamento la figura del daño antijurídico, pero también adicionalmente, la consecuente imputación de ese daño al Estado. Así lo explica el Consejo de Estado en sus distintas sentencias: “la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública, tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo”. (Sentencia Reparación Directa 32912, 2015).

Así, bajo esta visión en donde el elemento esencial para determinar la responsabilidad del Estado es el daño y su consecuente imputación, han surgido, cada vez más, nuevos supuestos en donde se presenta la obligación estatal de reparar, como, por ejemplo, la responsabilidad por daños específicos, por riesgo, relacionada con obras públicas, por expropiación o uso de propiedades en tiempos de guerra, y por almacenamiento. Adicionalmente, la jurisprudencia está aplicando el régimen de responsabilidad por falla del servicio presunta ha comenzado a implementar un modelo de responsabilidad basado en la presunción de fallo en la prestación de servicios y ley ha regulado la responsabilidad por la administración de justicia. También es importante considerar el análisis sobre la responsabilidad que podría recaer sobre el Estado por la promulgación de leyes, (...) “responsabilidad del Estado colombiano declarada por tribunales internacionales, por la violación de los tratados internacionales de derechos humanos”. (Rodríguez, 2011).

Bajo ese contexto de acrecentamiento de posibilidades en donde el Estado puede ser declarado patrimonialmente responsable, con base en la teoría del daño antijurídico, surge, como lo indica el citado tratadista Libardo Rodríguez, la figura de la responsabilidad del Estado por la expedición de las leyes, que en palabras de otros autores ha sido denominada como responsabilidad del Estado legislador.

Vale la pena resaltar en este punto que, tradicionalmente, se había considerado que la responsabilidad del Estado era un hecho u omisión que causaba un daño antijurídico atribuible únicamente a la administración pública, entiéndase, rama ejecutiva del poder público;

planteamiento que gracias a los avances doctrinales y jurisprudenciales de las dos últimas décadas ha variado, llegando a considerarse en la actualidad la configuración de responsabilidad del Estado por parte de las otras ramas que ejercen función pública. Al respecto, autores como Alonso y Leiva señalan que en los sistemas jurídicos que se fundamentan en el principio democrático de separación de poderes, se reconoce, de manera explícita o implícita, que la responsabilidad del Estado surge de las acciones o inacciones de las autoridades públicas pertenecientes a cualquiera de las tres ramas del poder público. Este entendimiento se ha enriquecido gracias a las interpretaciones contemporáneas de la jurisprudencia, tanto a nivel nacional como internacional, que han profundizado en conceptos como la teoría de la soberanía popular, la preeminencia de los derechos fundamentales, respeto y garantía, y especialmente la disposición para la compensación y reparación en casos de infracción, especialmente cuando tales violaciones resultan en daños antijurídicos. (Alonso & Leiva, 2012).

En consonancia con la anterior apreciación doctrinal, desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado también se ha fijado la obligación del Estado de reparar los daños antijurídicos causados por la actividad del legislador. Nótese, por ejemplo, que el Máximo Tribunal de la Jurisdicción Constitucional mediante la sentencia C-038 de 2006 determinó que, con base, en el artículo 90 de la Constitución Política, ninguna autoridad pública está exenta de causar un daño antijurídico objeto de reparación por parte del Estado. Igualmente, a través de la referida sentencia, se indicó, para el caso puntual de la responsabilidad del legislador, que la misma no está sujeta a unos eventos específicos, sino que se puede presentar por acción o por omisión; postura reiterada por la Sección Tercera del Consejo de Estado en los siguientes términos: “en el sistema jurídico colombiano el artículo 90 superior no excluye a autoridad pública alguna del deber de reparar los daños antijurídicos imputables a su acción o a su omisión” (Sentencia Reparación Directa 28864, 2014).

En vistas de las anteriores anotaciones jurisprudenciales, es oportuno concluir que la responsabilidad del Estado legislador es aplicable a cualquier evento en que se cause un daño antijurídico imputable a la acción y a la omisión del Congreso de la República por el hecho de la ley. Respecto a la omisión legislativa, es preciso aclarar que se puede presentar de manera relativa o absoluta, siendo necesario comprender especialmente esta última, para poder analizar la problemática del eventual daño antijurídico producido por el tratamiento de datos personales en las empresas de redes sociales, objeto principal de estudio dentro del presente artículo.

Por omisión legislativa relativa se entienden aquellos eventos en que el Congreso de la República al regular una materia determinada, guarda silencio o no incluye algunos asuntos que eran importantes para dicha materia, quedando incompleto el precepto normativo. Por su parte, por omisión legislativa absoluta, de acuerdo con la previamente citada sentencia C-038 de 2006, se hace referencia al “incumplimiento por parte del legislador de la obligación constitucional de expedir una regulación específica, es decir constituye una total inactividad por parte del Congreso y, por ende, supone la ausencia total de un texto o precepto legal” (Sentencia C-038, 2006).



Puesto lo anterior en contexto, resulta oportuno precisar si es viable jurídicamente o no declarar la responsabilidad del Estado por omisiones legislativas absolutas.

Sobre ese caso particular, autores como Acuña, Arcos y Galeano consideran que la responsabilidad del Estado se extiende no solo a la emisión de leyes contrarias a la Constitución, sino también por la inacción legislativa cuando existe la obligación de legislar respecto de ciertos derechos (Acuña, Arcos y Galeano, 2019). En armonía con esta postura doctrinal, Alonso y Leiva, realizando un análisis del artículo 90 de la Constitución Política, logran concluir la procedencia de la responsabilidad patrimonial del Estado por omisión legislativa absoluta, puntualizando lo siguiente:

La responsabilidad del Estado-legislador se configura cuando con una actuación u omisión del órgano legislativo se crea un daño antijurídico a los asociados, es decir, se impone una carga superior a la que el sujeto debe soportar. En el caso particular de las normas jurídicas, no importa si estas son inconstitucionales o acordes con la Carta Política, o si no existe norma (omisión legislativa absoluta), o si existe, pero esta se encuentra incompleta (omisión legislativa relativa): lo único relevante es que la actuación u omisión del legislador cree un daño antijurídico a los asociados. (Alonso & Leiva, 2012).

Así, los anteriores apuntes doctrinales guardan relación con lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-038 de 2006 en que se estableció que lo importante a la hora de analizar un juicio de responsabilidad por hechos del legislador es la noción del daño antijurídico; postura reiterada por el Consejo de Estado en distintas sentencias, en las que, adicionalmente, a la hora de pronunciarse respecto a la responsabilidad del estado legislador, no realiza distinción alguna sobre si la responsabilidad puede recaer por omisión relativa o absoluta.

En efecto, ni la Corte Constitucional, ni el Consejo de Estado han limitado la responsabilidad del Estado legislador a unos supuestos determinados, como la declaratoria de inexecutable de una ley, ni a la figura de la expropiación, ni a la obligación de indemnizar cuando se establezca un monopolio, ni tampoco a la omisión legislativa de carácter relativo, como consideran algunos autores. Por el contrario, han expandido la noción de responsabilidad del Estado legislador ligándola con la existencia de un daño antijurídico, y su consecuente imputación al Congreso de la República, razón por la que, es acertado actualmente considerar la configuración de este tipo de responsabilidad por omisión legislativa absoluta.

Ahora bien, si por un lado se tiene claro que es procedente la responsabilidad del Estado por omisión legislativa absoluta bajo el fundamento de la causación de un daño antijurídico, por otro lado, no se puede caer en el absurdo de considerar que cualquier materia que el legislador haya omitido regular va a ser objeto de una posible demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, porque para ello esa temática en específico debe tener una incidencia social y una relevancia constitucional que justifique su pronunciamiento por parte del Congreso de la República. En tal sentido, Ruiz Orejuela afirma que la atribución de responsabilidad al legislativo

debe fundamentarse claramente en la existencia de un daño antijurídico, especialmente si este surge de la falta de legislación en un área imprescindible, necesaria para atender el mandato constitucional y consecuentemente, el Estado de derecho. Esta responsabilidad, dada su importancia, exige una evaluación meticulosa, ya que el legislativo representa la soberanía del pueblo y su mandato es precisamente adaptar el marco legal a los cambios en los ámbitos político, social, cultural y económico. Sugerir que la responsabilidad del Estado por omisiones legislativas sea una ocurrencia común, implicaría un riesgo de estancamiento para el sistema legal. (Ruiz, 2011).

Así las cosas, para que sea procedente la responsabilidad del Estado por omisión legislativa absoluta deberá analizarle inicialmente, la existencia de un daño antijurídico imputable al legislador; y, por otra parte, la relevancia, imprescindibilidad, e impacto que tiene una determinada situación no regulada por el Congreso en la realidad social y en el orden constitucional. Dicho esto, para efectos de dar respuesta al problema de investigación planteado, deberá analizarse en el capítulo subsiguiente, si existen supuestos en los que la omisión legislativa absoluta en la regulación del tratamiento de datos personales en las redes sociales constituye un daño antijurídico atribuible al Estado, y si los mismos gozan de una relevancia social y constitucional que ha ameritado regulación por parte del legislador.

2. Supuestos en que el tratamiento de datos personales de las redes sociales puede generar un daño antijurídico atribuible al Estado.

Reiterando las conclusiones del capítulo anterior, se tiene que, para que sea procedente la responsabilidad del Estado por omisión legislativa absoluta, son necesarios dos requisitos, a saber: la relevancia social y constitucional de la materia no regulada por el legislador, y la existencia de un daño antijurídico atribuible al Estado. Estos dos requisitos serán analizados puntualmente en el presente capítulo, con la finalidad de determinar los supuestos en que el tratamiento de datos personales de las redes sociales puede generar un daño antijurídico atribuible al Estado por falta de regulación por parte del Congreso de la República.

- *La relevancia social y constitucional de regular el tratamiento de datos personales en las redes sociales.*

Si bien, en sus orígenes, las primeras redes sociales que existieron en el mundo tenían la idea de servir como un medio de comunicación empleado para las relaciones personales y sociales; su uso ha evolucionado a lo largo de los años, siendo evidente en la actualidad que plataformas como Facebook, Instagram, WhatsApp, Twitter, YouTube, Tik Tok, entre otras, invaden prácticamente todas las esferas de la vida de un ser humano. Nótese que para la sociedad actual las redes sociales sirven para el ocio y entretenimiento; para hacer negocios y promocionarlos; para comunicar noticias; para comunicar actos políticos y actividades de los distintos gobiernos nacionales y regionales; para crear tendencias de opinión; para promocionar eventos; para compartir contenidos



pedagógicos y educativos; para masificar el entretenimiento televisivo, deportivo, de moda, etc; y, en términos generales, para comunicar cualquier actividad que al ser humano se le ocurra.

El resultado de la prestación de la inmensidad de gama de servicios que ofrecen las redes sociales actualmente, sería, como consecuencia lógica, la imposición de una tarifa por su uso. Sin embargo, el acceso a la mayoría de dichas plataformas es gratis, situación que conduce a plantearse el interrogante sobre ¿cuál es entonces la retribución que le ofrece un usuario común a estas empresas? La respuesta a tal interrogante, no es otra que la frase comúnmente conocida de “cuando un producto es gratis, entonces el producto eres tú”, explicada por Todorovich en los siguientes términos: “Los que pagan son los anunciantes; entonces ellos son los clientes. Pero, ¿qué quiere decir exactamente que el producto eres tú? En realidad, el producto es la atención de los usuarios”. (Todorovich, 2021).

En otras palabras, si bien Facebook, Twitter, Instagram, YouTube y las demás redes sociales prestan un servicio en específico, bien sea, el envío y recepción de mensajes, la reproducción de contenido multimedia, la difusión de publicaciones, entre otros; tales servicios al ser prestados de manera gratuita a la población en general, su financiamiento ocurre por medio de la venta de publicidad a distintas empresas e incluso a personas naturales, a quienes les interesa que sus anuncios sean vistos por una gran cantidad de personas. Entonces, el papel de las redes sociales en este negocio, radica en captar la atención del usuario durante el mayor tiempo posible, para que esas publicidades pagadas por sus clientes reales, lleguen a su destino.

En tal sentido, los clientes de las redes sociales no son los usuarios, sino quienes pagan las pautas publicitarias. En últimas el usuario, más puntualmente, su atención, se termina convirtiendo en el producto. Es decir, el papel de las redes sociales termina siendo captar la atención de los usuarios a través de mecanismos tecnológicos que logran manipular lo que hacen, lo que piensan, y en últimas, lo que son las personas, generando cambios comportamentales; estos mecanismos actúan bajo la denominada captología, término que fue formulado por el científico social estadounidense Brian Jeffrey Fogg, y que hace referencia al estudio sobre la forma en que pueden ser usadas las computadoras para persuadir a las personas con el fin de modificar sus actitudes o comportamientos, a través de la implementación de la tecnología persuasiva.

Para lograr todos estos fines persuasivos y de modificación de la conducta humana, las diferentes redes sociales han implementado el uso de los denominados algoritmos, que en el ámbito específico de las redes sociales, funcionan como un mecanismo que procesa y almacena la información personal de los usuarios, registrando y midiendo todo lo que hacen en línea, identificando la personalidad del usuario, sus orientaciones, pensamientos, gustos, para posteriormente predecir qué tipo de publicaciones le gustaría ver, con las cuales generan tal persuasión.

Dicho todo lo anterior, es evidente que la tecnología persuasiva con la aplicación de algoritmos en las redes sociales está generando una problemática que ha sido denominada por la socióloga

estadounidense Shoshana Zuboff como “capitalismo de vigilancia”, fenómeno descrito por la mencionada autora de la siguiente manera:

El capitalismo de la vigilancia reclama unilateralmente para sí la experiencia humana, entendiéndola como una materia prima gratuita que puede traducir en datos de comportamiento. Aunque algunos de dichos datos se utilizan para mejorar productos o servicios, el resto es considerado como un *excedente conductual* privativo («propiedad») de las propias empresas capitalistas de la vigilancia y se usa como insumo de procesos avanzados de producción conocidos como *inteligencia de máquinas*, con los que se fabrican *productos predictivos* que prevén lo que cualquiera de ustedes hará ahora, en breve y más adelante. Por último, estos productos predictivos son comprados y vendidos en un nuevo tipo de mercado de predicciones de comportamientos que yo denomino *mercados de futuros conductuales*. (Zuboff, 2020, pág. 21)

Así las cosas, se encuentra latente la constante vulneración a la privacidad de los usuarios, mediante la continua vigilancia de su actividad en las redes, y la utilización de su información para ser comercializada, en algunos eventos, para fines ilícitos, siendo el ejemplo más claro de lo anterior a nivel mundial, el escándalo de Facebook y Cambridge Analytica; caso que, como se indicó en la parte introductoria de este artículo, tuvo implicaciones en Colombia.

En este orden de ideas, como lo señala Zuboff, el capitalismo de la vigilancia es un “nuevo orden económico que reclama para sí la experiencia humana como materia prima gratuita aprovechable para una serie de prácticas comerciales ocultas de extracción, predicción y ventas” (Zuboff, 2020), que configura, en palabras de la citada autora, una expropiación de derechos humanos cruciales.

Todo lo descrito anteriormente, es evidencia de la relevancia social y constitucional que comprende regular el tratamiento de datos personales en las redes sociales, pues, por un lado, se trata de un fenómeno que está impactando significativamente la vida de las personas mediante la vulneración de su privacidad, la modificación de sus hábitos, conductas, pensamientos, la venta ilícita de esta información; y por otra parte, constituyen una vulneración de derechos fundamentales, como la intimidad personal, hábeas data, el libre desarrollo de la personalidad, e incluso puede constituir una problemática de salud pública, como se explicará a continuación.

- ***Supuestos que determinan el daño antijurídico.***

Una vez se logró determinar que el tratamiento de datos personales por parte de las redes sociales comprende un asunto de relevancia social y constitucional que debió regularse de manera específica por el legislador, resulta necesario determinar si existen supuestos en que esta situación pueda generar daños antijurídicos a las personas, y si los mismos son atribuibles al Estado por omisión legislativa absoluta.

Así, inicialmente, es preciso indicar que el principal supuesto identificado en donde se evidencia un daño antijurídico ocasionado por el tratamiento de datos personales en las redes sociales, tiene



que ver con los daños físicos y psicológicos causados a los usuarios. En efecto, al tener las redes sociales el poder de conocer tanta información sobre sus usuarios, mediante el trabajo que realizan sus algoritmos, pueden generar ese poder persuasivo sobre las personas, que, como se indicó anteriormente, logran cambiar hábitos, conductas, comportamientos y pensamientos; y a su vez, tener influencia en la pérdida de las personas sobre el control de su tiempo, e igualmente efectos negativos en la salud física y mental. Este proceso es explicado por la doctora Anna Lembke, citada por Ubillús, señalando que la forma en que están diseñadas ciertas aplicaciones provoca un aumento en la producción de dopamina en el organismo, lo que, al acceder regularmente a las redes sociales como parte de una rutina, puede desencadenar adicción. Este fenómeno se debe a que la constante estimulación dopaminérgica, al ser prolongada, complica el intento de cesar el uso de estas plataformas, ya que podría llevar a una disminución de los niveles de dopamina, causando efectos semejantes a los experimentados durante la abstinencia de sustancias adictivas. (Ubillús, 2021).

En vistas de lo anterior, no es coincidencia la creciente relación identificada por los distintos estudios médico-psicológicos realizados en diferentes lugares del mundo entre problemas de salud mental y el uso de las redes sociales, que se hacen mayormente notorios en adolescentes y jóvenes menores de 30 años. Al respecto, según Arab y Díaz el uso excesivo de redes sociales se ha vinculado con varios problemas de salud mental y comportamiento, incluyendo depresión, trastorno por déficit de atención e hiperactividad (TDAH), insomnio, reducción del total de horas de sueño, y una disminución en el desempeño académico. De la misma forma el uso excesivo de las redes sociales se ha relacionado con una variedad de problemas psicosociales. Investigaciones han identificado dificultades en la toma de decisiones entre los aficionados a los juegos en línea, destacando que los adolescentes con una práctica excesiva de estos juegos presentan limitaciones para procesar las consecuencias de sus decisiones, ignorando este feedback al momento de decidir. También se han observado problemas en los procesos de aprendizaje. En cuanto al desarrollo de la personalidad, se ha encontrado que a mayor severidad de trastornos de la personalidad, mayor es el riesgo de desarrollar adicciones a internet, siendo el Trastorno de Personalidad Límite un factor que incrementa significativamente el riesgo de ciberadicción. (Arab & Díaz, 2014).

Por su parte, en el año 2018, la Real Sociedad de Salud Pública del Reino Unido, publicó un estudio realizado a aproximadamente 1500 jóvenes que usan redes sociales, logrando concluir, en palabras de García Muñío, entre otras cosas, las siguientes:

A pesar de que estas plataformas presentan grandes oportunidades para innovar, aprender y ser creativo, también hacen perder el contacto con la realidad. Además, este estudio añade que una de cada cuatro personas en todo el mundo utiliza alguna red social. El 91% de los jóvenes entre 16 y 24 años usa internet exclusivamente para navegar por las redes sociales, y el uso de éstas está vinculado a mayores tasas de ansiedad, depresión y falta de sueño. Ese período de la vida es vital para el desarrollo emocional y psicosocial del individuo. Según este estudio, a mediados de la década del 2000, las redes sociales se hicieron masivas, y revolucionaron la forma en que los seres humanos nos comunicamos y compartimos información. Las tasas de ansiedad y depresión en los jóvenes han aumentado 70 por ciento en los últimos 25 años. (García Muñío, 2020, pág. 1.)

Del mismo modo, mediante un estudio realizado en el año 2017 por la Universidad de Valencia, se logró concluir que “muchos adolescentes no pueden estar más de un minuto sin consultar las redes sociales, provocando claramente una adicción a ellas, además de, sentir ansiedad cuando no tienen acceso a estas” (García Muñío, 2020). En este mismo sentido, a través de la iniciativa FAROS del Hospital Sant Joan de Déu Barcelona, dentro de un estudio sobre el bienestar y salud mental, se determinó que los principales efectos negativos de las redes sociales en las personas están relacionados con ansiedad y depresión, falta de sueño, trastornos de la imagen corporal, acoso cibernético, y FOMO (miedo a perderse algo).

Así las cosas, en un país como Colombia, en donde, según estudios de Branch - Agencia de Marketing Digital, las personas emplean 10 horas y 3 minutos del día en Internet, de los cuales, 3 horas y 46 minutos son usados en las redes sociales, (Branch, 2022), el impacto de la tecnología persuasiva puede desencadenar en un problema generalizado de salud pública en la esfera mental, teniendo en cuenta los estudios realizados a nivel mundial que indican el alto índice de personas con trastornos como ansiedad, depresión, falta de sueño, entre otros, causados por las redes sociales, que en casos determinados pueden producir daños físicos e incluso tendencias suicidas.

De hecho, algunos profesionales en psiquiatría del país empiezan a advertir tal situación, puntualmente el médico psiquiatra Rodrigo Córdoba a través de distintas declaraciones en medios de comunicación ha indicado que “la tasa de suicidios aumentó al menos un 12% en estos últimos dos años”, mismo periodo de tiempo en el que las redes sociales se convirtieron en el mayor medio de comunicación” (RTVC, 2022). Igualmente, el médico psiquiatra Juan Isaac Llanos, ha señalado que “Sin duda las redes sociales hacen un gran daño e inciden para que se registren los suicidios” (La Libertad, 2021).

No son caprichosas las declaraciones de los citados profesionales, tomando en consideración que, según las estadísticas del Instituto Nacional de Medicina Legal, para el periodo comprendido entre enero de 2023 y septiembre de 2023, en Colombia se han suicidado un total de 2.313 personas, de las cuales, 929 eran menores de 29 años; cifras que, promediadas, significan un número aproximado de ocho casos por día, tres o cuatro de ellos padecidos por adolescentes y jóvenes. Cifras que aumentaron respecto al año 2022, en donde ocurrieron 2.103 suicidios. (Instituto Nacional de Medicina Legal, 2023).

Como se señaló en un estudio realizado por un grupo de profesionales de la Unidad de Psiquiatría Infanto-Juvenil del Hospital Universitario Puerta de Hierro, España, si bien, ha sido complejo demostrar la relación directa entre redes sociales y tendencias suicidas, existen hallazgos que demuestran que, en grupos de adolescentes vulnerables, los síntomas de ansiedad y depresión han aumentado, y con ello, las conductas suicidas también (Unidad de Psiquiatría Infanto-Juvenil del Hospital Universitario Puerta de Hierro, 2023).



Entonces, los efectos persuasivos y de modificación de conducta que están ejerciendo las redes sociales al conocer tanta información de carácter personal de sus usuarios, está desencadenando una problemática de salud pública, evidenciada en daños psicológicos, físicos e incluso en la pérdida de la vida, por inducciones indirectas al suicidio; situaciones que se han agudizado principalmente en la población joven.

Lo anterior constituye el supuesto más visible en que el tratamiento de datos de las redes sociales está generando daños antijurídicos a las personas atribuibles al Estado. Ahora bien, no se pasa por alto que demostrar el nexo causal entre el daño psicológico o físico, y el tratamiento de datos de las redes sociales como hecho generador, es un asunto probatorio que se torna complejo tanto para los operadores judiciales como para los litigantes.

No obstante, como ya lo ha precisado el Consejo de Estado en distintas jurisprudencias, en casos que no exista tarifa legal para acreditar o desvirtuar determinados hechos dentro del proceso, se debe recurrir a la sana crítica, la cual, como lo explica el Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, “está edificada con los criterios de la lógica, el uso de la ciencia y de la técnica, y las reglas de la experiencia” (Consejo de Estado, 2020). En efecto, la aplicación de la sana crítica para la valoración probatoria de este tipo de casos conlleva la obligación de ejecutar un análisis integral a los distintos dictámenes médicos, psiquiátricos, psicológicos realizados a las víctimas y su núcleo familiar, pero también, debe estar basada en el entendimiento del contexto de la sociedad actual, en donde las reglas de la experiencia y los estudios científicos a nivel mundial han demostrado que las redes sociales son causantes de daños físicos y psicológicos para las personas.

Finalmente, debe advertirse que existen otros supuestos en los que el tratamiento de datos personales en las redes sociales puede ocasionar daños antijurídicos atribuibles al Estado, como, por ejemplo: los perjuicios económicos demostrables a empresas por persuasión negativa a potenciales clientes respecto a sus productos; venta ilícita de contraseñas de plataformas o cuentas bancarias obtenidas a través de algoritmos; o violación a derechos políticos como ocurrió en el caso de Cambridge Analytica. Sin embargo, en el estado actual de la ciencia son más complejos de ser demostrados, por lo que, a futuro, eventualmente podrán ser objeto de un estudio separado.

Así las cosas, dentro del presente capítulo se logró determinar la configuración de los dos elementos que hacen viable la responsabilidad del Estado por omisión legislativa absoluta para el caso específico del tratamiento de datos personales en las redes sociales, a saber: por un lado se concluyó que este problema constituye un asunto de relevancia social y constitucional que el legislador debió reglar, toda vez que se trata de una problemática que impacta negativamente la vida de las personas a través de la vulneración de su privacidad, la modificación de sus hábitos, conductas, pensamientos, la venta ilícita de esta información; y por otra parte, constituyen una vulneración de derechos fundamentales, como la intimidad personal, hábeas data, el libre desarrollo de la personalidad, e incluso puede constituir una problemática de salud pública. Por otra parte, se determinó la existencia de un daño antijurídico atribuible al Estado, como lo pueden ser los daños

físicos y psicológicos que los efectos persuasivos y de modificación de conducta que están ejerciendo las redes sociales al conocer tanta información de carácter personal de sus usuarios pueden ocasionar.

3. El título de imputación aplicable a la responsabilidad del Estado por omisión legislativa absoluta.

A efectos de abordar el objetivo del presente capítulo, es decir, establecer el título de imputación aplicable a la responsabilidad del Estado por omisión legislativa absoluta, resulta oportuno, previamente, profundizar sobre los motivos por los que se considera que los daños ocasionados por el indebido tratamiento de datos personales en las redes sociales son atribuibles al Estado y no únicamente a la empresa de red social, pues en los capítulos precedentes no se puntualizó tal situación.

Con el escándalo de Cambridge Analytica, mediando una demanda colectiva de conocimiento de un Tribunal del Estado de California, Meta Platforms Inc. se vio obligada a indemnizar a sus usuarios por un monto total de 725 millones de dólares, que serán repartidos entre cada una de las personas que hayan tenido activa una cuenta de Facebook entre mayo de 2017 y diciembre de 2022. Entonces, en el hipotético caso que solo los afectados por este escándalo, que alcanzaron la cifra de 87 millones de personas, hicieran la respectiva reclamación, la indemnización que les correspondería solo llegaría a ser de 8.3 dólares. Pero si aún muchos más usuarios llegasen a solicitar la indemnización, tal suma se reduciría, convirtiéndose casi que en algo simbólico. Nótese que en la primer potencia económica y política a nivel mundial como lo es Estados Unidos, la reclamación judicial presentada por el escándalo de Cambridge Analytica, siendo este el caso más famoso en la historia sobre vulneración del tratamiento de datos personales en redes sociales, solo alcanzará una indemnización prácticamente simbólica para los afectados. Entonces, en un país considerado subdesarrollado como Colombia, las indemnizaciones económicas a que se lleguen obligar estas empresas multinacionales y con gran influencia política a nivel global, serían igual de insatisfactorias, viéndose comprometidos los objetivos de reparación integral del daño antijurídico.

En efecto, si las demandas presentadas en contra de este tipo de empresas no garantizarán la reparación integral del daño, debe advertirse que el Estado por su permisividad al no regular el tratamiento de datos personales en las redes sociales, también es responsable extracontractualmente por la ocurrencia del mismo ante la configuración de una omisión legislativa absoluta, en donde, como se concluyó en el capítulo anterior, el Congreso de la República está en la obligación de reglar esta problemática al tratarse de un asunto de relevancia social y constitucional que está ocasionando daños antijurídicos, principalmente en la esfera de la salud física y mental de las personas.

Ahora bien, no se desconoce dentro del presente estudio que en Colombia existe la Ley 1581 de 2012 “por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales”, o que



en el año 2009 a través de la Ley 1273 se adicionó el artículo 269 F al Código Penal Colombiano, incluyendo el tipo penal de violación de datos personales; normatividad que conduciría a pensar que la omisión en el tratamiento de datos personales específicamente en redes sociales es relativa, y no absoluta como se ha planteado a lo largo de este artículo.

No obstante, dentro de la presente investigación se concluye que, si bien, dentro de las mencionadas normas, por un lado, se regula el tratamiento de datos personales, como ocurre con la Ley 1581 de 2012; y por otra parte, con la Ley 1273 de 2009 se impone la pena de prisión para quien, “sin estar facultado para ello, con provecho propio o de un tercero, obtenga, compile, sustraiga, ofrezca, venda, intercambie, envíe, compre, intercepte, divulgue, modifique o emplee códigos personales, datos personales contenidos en ficheros, archivos, bases de datos o medios semejantes” (Ley 1273, 2009); lo cierto es que las disposiciones normativas establecidas dentro de las leyes mencionadas anteriormente no regulan, ni si quiera de manera incompleta lo pertinente a las redes sociales, siendo insuficiente una eventual aplicación por analogía.

La omisión legislativa absoluta, según lo explicado por la Corte Constitucional, hace referencia al “incumplimiento por parte del legislador de la obligación constitucional de expedir una regulación específica, es decir constituye una total inactividad por parte del Congreso y, por ende, supone la ausencia total de un texto o precepto legal” (Corte Constitucional, 2006). En tal sentido, debe tenerse en cuenta que tanto la Ley 1581 de 2012 como la Ley 1273 de 2009 fueron expedidas hace más de una década, en una etapa donde en Colombia, si bien, ya existían las redes sociales, aún no eran visibles, ni generalizados factores que actualmente son intrínsecos a ellas, como por ejemplo, los conceptos de la inteligencia artificial en sitios web, la aplicación de cookies, la recolección de datos a través de algoritmos, ni mucho menos se era consciente de la ejecución de la tecnología persuasiva. Por tanto, al ser fenómenos desconocidos e inexistentes para la época, es apenas lógico concluir que no fueron regulados por dichas normas, máxime si se tiene en cuenta que el mismo término “red social” no se encuentra introducido en ningún aparte, situación que conlleva a concluir la ausencia total de un precepto legal que regule esta materia.

Respecto a la evolución y desarrollo normativo del derecho de protección de datos personales, como lo señala el autor Juan Sebastián Báez González, “desde su inicio hasta la actualidad, ha sido precedido de importantes avances tecnológicos que desafían permanentemente la concepción de la intimidad y redefinen sus límites. La irrupción del big data, ha descubierto nuevas posibilidades en los procesos de análisis de datos que representan un riesgo para la seguridad de las personas” (Báez, 2022). En efecto, ese continuo crecimiento de la tecnología con desarrollos trascendentales para la sociedad actual como la denominada inteligencia artificial, algoritmos, cookies, entre otros mecanismos usados por las redes sociales, de ninguna manera fueron previstos dentro de las normas que regulan el tratamiento de datos personales en Colombia, siendo un fenómeno distinto y novedoso, que merece una regulación específica.

En tal sentido, con la Ley 1581 de 2012 y la Ley 1273 de 2009, se tocaron temas relacionados con el tratamiento de datos personales en un ámbito general, pero no se reguló este asunto para las redes

sociales, porque simplemente para la época en que fueron expedidas estas normas aún no era palpable socialmente la existencia del almacenamiento de datos en estas plataformas. Pero, para los años posteriores si se convirtió en un fenómeno que a diario está vulnerando derechos para los usuarios, que goza de una relevancia social y constitucional que amerita de un pronunciamiento específico por parte del Congreso de la República ante la ausencia total de un texto o precepto legal que cobije tal problemática.

Aunado a lo anterior, es oportuno anotar que para el año 2014 la Superintendencia de Industria y Comercio emitió el concepto No. 282833, en donde, al analizar los postulados de la Ley 1581 de 2012, concluyó que “la información registrada en redes sociales no encaja en el ámbito de aplicación de esa normativa, pues su recolección, uso, circulación, almacenamiento o supresión no se realiza en el territorio nacional, teniendo en cuenta que ellas no tienen domicilio en Colombia” (Superintendencia de Industria y Comercio, 2014). Postura que si bien ha sido objeto de controversia para algunos autores, marcó un precedente a la hora de determinar la aplicabilidad de esta normatividad para el tratamiento de datos en las redes sociales, que posteriormente haría eco en sectores de la doctrina que han puntualizado categóricamente lo siguiente: “la ley 1581 de 2012 por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales (Hábeas Datas) no aplica a datos contenidos en facebook y twitter, ni de cualquier red social” (Alvarado, 2017). Dicho lo anterior, es claro que la omisión presentada para este caso específico es absoluta, y no relativa, siendo necesario que el Congreso de la República cumpla con el mandato constitucional que le exige regular de manera completa el derecho fundamental al hábeas data, pero puntualmente para las redes sociales, en el entendido que el tratamiento de datos en estas plataformas necesita de una regulación concreta y diferenciada. Así mismo, es oportuno precisar que al tratarse de un asunto que cobija un derecho fundamental, debe ser normativizado a través de una ley estatutaria, razón por la que cualquier acto administrativo expedido por el Gobierno Nacional para reglamentar la materia es insuficiente, y susceptible de nulidad.

Ahora bien, estando claro que la omisión legislativa presentada para el tratamiento de datos personales en las redes sociales es absoluta, y partiendo de la base que existen daños antijurídicos generados por esa omisión, es necesario determinar el título de imputación aplicable a la responsabilidad del Estado por omisión legislativa absoluta, pues como lo señala el Consejo de Estado en distintas jurisprudencias “la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión” (Consejo de Estado, 2011).

En tal sentido, a la hora de abordar el análisis de la imputación del daño antijurídico, el título jurídico de imputación por excelencia en Colombia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado ha sido la falla del servicio, figura que históricamente ha sido definida por el Consejo de Estado, como lo explica la autora Gómez Ortiz:

muchos adolescentes no pueden estar más de un minuto sin consultar las redes sociales, provocando claramente una adicción a ellas, además de, sentir ansiedad cuando no tienen acceso a estas (Gómez, 2010).

La falla en el servicio, como lo expone el Consejo de Estado en su jurisprudencia, se presenta por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. En tal sentido, dicha corporación explica lo siguiente:

El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía. (Consejo de Estado, 2012)

Pues bien, para el caso específico de la omisión legislativa absoluta, el título de imputación del daño antijurídico no puede ser otro que el de la falla en el servicio, en el entendido que el Congreso de la República, teniendo el deber legal y constitucional de prestar el servicio de expedición de una ley, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía, como ocurre, por ejemplo, en el asunto estudiado dentro del presente artículo sobre la falta de normatividad para el tratamiento de datos personales en las redes sociales.

Aún con lo anterior, existen autores como Eric Leiva Ramírez y María Consuelo Alonso García que consideran que “la responsabilidad del Estado-legislador es un tipo de imputación con sus propias características, y no se requiere el empleo de otros criterios de imputación” (Alonso & Leiva, 2012). No obstante, para llegar al punto de considerar a la responsabilidad del Estado legislador, bien sea por acción o por omisión, como un criterio independiente de imputación, debe previamente ser un asunto consolidado por la jurisprudencia, siendo oportuno para el momento actual, tomar la falla en el servicio como título de imputación, en mayor medida, tratándose de omisiones legislativas absolutas, en donde prima una inactividad total del Congreso de la República en el cumplimiento de sus funciones.

Conclusiones:

Dentro del presente artículo de investigación, inicialmente se logró concluir que, de acuerdo con los avances doctrinales y jurisprudenciales de las últimas décadas, se ha expandido la noción de responsabilidad del Estado legislador, ligándola con la existencia de un daño antijurídico, y su consecuente imputación al Congreso de la República, siendo acertado considerar la configuración de este tipo de responsabilidad por omisión legislativa absoluta.

No obstante, se concluyó que no se puede caer en el absurdo de considerar que cualquier materia que el legislador haya omitido regular, es objeto de responsabilidad del Estado, pues para ello,

deberán analizarse dos aspectos: la existencia de un daño antijurídico imputable al legislador; y, por otra parte, la relevancia, imprescindibilidad, e impacto que tiene una determinada situación no regulada por el Congreso en la realidad social y en el orden constitucional.

En efecto, para el caso específico de la omisión legislativa absoluta en la regulación del tratamiento de datos personales en las redes sociales, se determinó la configuración de los dos requisitos mencionados en el párrafo anterior. Por un lado se concluyó que este problema constituye un asunto de relevancia social y constitucional que el legislador debió reglar, toda vez que se trata de una problemática que impacta negativamente la vida de las personas a través de la vulneración de su privacidad, la modificación de sus hábitos, conductas, pensamientos, la venta ilícita de esta información; y por otra parte, constituyen una vulneración de derechos fundamentales, como la intimidad personal, hábeas data, el libre desarrollo de la personalidad, e incluso puede constituir una problemática de salud pública. Por otra parte, se determinó la existencia de un daño antijurídico atribuible al Estado, como lo pueden ser los daños físicos y psicológicos que los efectos persuasivos y de modificación de conducta que están ejerciendo las redes sociales al conocer tanta información de carácter personal de sus usuarios pueden ocasionar.

Del mismo modo, se concluyó que la omisión presentada para este caso específico es absoluta, y no relativa, siendo necesario que el Congreso de la República cumpla con el mandato constitucional que le exige regular de manera completa el derecho fundamental al hábeas data, pero puntualmente para las redes sociales, en el entendido que el tratamiento de datos en estas plataformas necesita de una regulación concreta y diferenciada. Así mismo, es oportuno precisar que al tratarse de un asunto que cobija un derecho fundamental, debe ser normativizado a través de una ley estatutaria, razón por la que cualquier acto administrativo expedido por el Gobierno Nacional para reglamentar la materia es insuficiente, y susceptible de nulidad.

Finalmente, se concluyó que el título de imputación aplicable a la responsabilidad del Estado por omisión legislativa absoluta, es la falla en el servicio, ante la evidente ausencia o inactividad del Congreso de la República para regular asuntos encomendados legal y constitucionalmente, que generan daños a las personas, como ocurre, por ejemplo, con el tratamiento de datos personales en las redes sociales.

Referencias:

Acuña Ortiz, V. P. & Arcos Alvear, E. U. & Galeano Galeano, D. Y. (2019). Responsabilidad patrimonial del estado por omisión legislativa absoluta ante la ausencia de consagración de la consulta en la ley 1437 de 2011. (*tesis de maestría*). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Libre. Obtenido de: <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/21819>.

Alonso García, M. C. & Leiva Ramírez, E. (2012). La responsabilidad del Estado por la actividad del legislador. *Revista Derecho del Estado*, 29 (1), 145-173. Obtenido de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3295>.



Alvarado Carmona, M. A. (2017). Aspectos legales al utilizar las principales redes sociales en Colombia. *Revista Logos, Ciencia & Tecnología*, 8 (2), 211-222. Obtenido de: <https://www.redalyc.org/journal/5177/517752177019/517752177019.pdf>.

Arab, E. & Díaz, A. (2014). Impacto de las redes sociales e internet en la adolescencia: aspectos positivos y negativos. *Revista Médica Clínica Las Condes*, 26 (1), 7-13. Obtenido de: <https://www.elsevier.es/es-revista-revista-medica-clinica-las-condes-202-articulo-impacto-redes-sociales-e-internet-S0716864015000048>.

Báez González, J. S. (2022). La obsolescencia del requisito de autorización para el tratamiento de datos personales indirectos en la legislación colombiana. (*trabajo de grado*). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Católica de Colombia. Obtenido de: <https://repository.ucatolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/4ba7c734-df95-41e6-88fe-b3772bc4acbc/content>.

Branch - Agencia de Marketing Digital. (21 de junio de 2022). Estadísticas de la situación digital de Colombia en el 2021-2022. *BRANCH*. Obtenido de: <https://branch.com.co/marketing-digital/estadisticas-de-la-situacion-digital-de-colombia-en-el-2021-2022>.

Concepto No. 282833. (15 de enero de 2014). Superintendencia de Industria y Comercio. Bogotá D.C., Colombia. Obtenido de: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/mercantil/mercantil-propiedad-intelectual-y-arbitraje/ley-de-habeas-data-no-aplica-datos>.

García Muñío, D. (2020). La influencia de las redes sociales en la salud mental de jóvenes y adolescentes. (*trabajo de grado*). Zaragoza, España: Universidad de Zaragoza. Obtenido de: <https://zaguan.unizar.es/record/101935/files/TAZ-TFG-2020-1522.pdf?version=1>.

Gil Botero, E. (2014). *La constitucionalización del derecho de daños*. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis.

Gómez Ortiz, M. I. (2010). Responsabilidad extracontractual del estado por falla en el servicio, daño especial o riesgo excepcional. (*tesis de especialización*). Bogotá D.C., Colombia: Universidad Militar Nueva Granada. Obtenido de: <https://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/3549>.

Henoa, J. C. (1998). *El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Instituto Nacional de Medicina Legal. (2023). Boletines Estadísticos Mensuales. Obtenido de: <https://www.medicinalegal.gov.co/cifras-estadisticas/boletines-estadisticos-mensuales>.

La Libertad. (8 de septiembre de 2021). Para prevenir casos de suicidio se debe trabajar en fortalecer la salud mental: expertos. *LA LIBERTAD*. Obtenido de: <https://diariolalibertad.com/sitio/2021/09/08/para-prevenir-casos-de-suicidio-se-debe-trabajar-en-fortalecer-la-salud-mental-expertos/>.

Artículos de Investigación / Research Articles

Ley 1273. (5 de enero de 2009). Congreso de la República. *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.* Bogotá D.C., Colombia: Diario Oficial No. 47.223 de 5 de enero de 2009. Obtenido de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1273_2009.html.

Liceaga Mendoza, R. I. (2021). Posverdad, agnotología e instrumentalidad en Internet. *Andamios*, 18 (46). 143-169. Obtenido de: <https://www.redalyc.org/journal/628/62869362007/html/>.

Radio Nacional de Colombia. (22 de marzo de 2022). ¿Cómo las redes sociales afectan la salud mental de los jóvenes? RTVC. Obtenido de: <https://www.radionacional.co/actualidad/salud/redes-sociales-y-los-adolescentes-como-pueden-afectar-su-salud-mental>.

Rodríguez, L. (2011). *Derecho administrativo general y colombiano*. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis S.A.

Ruiz Orejuela, W. (2011). *Responsabilidad del Estado Legislador*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Libre.

Santofimio Gamboa, J. O. (2017). *Tratado de Derecho administrativo. Derecho de víctimas y responsabilidad del Estado*. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Sentencia C-038, (1 de febrero de 2006). Corte Constitucional. Sala Plena. *M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto*. Bogotá D.C., Colombia: Referencia: expediente D-5839. Obtenido de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-038-06.htm>.

Sentencia Nulidad y Restablecimiento 3093-16. (19 de marzo de 2020). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. *C.P.: William Hernández Gómez*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 52001-23-33-000-2015-00155-01(3093-16). Obtenido de: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=172628>.

Sentencia Reparación Directa 20042. (7 de marzo de 2012). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. *C.P.: Hernán Andrade Rincón*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 25000-23-26-000-1996-03282-01(20042). Obtenido de: [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/101/S3/25000-23-26-000-1996-03282-01\(20042\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/101/S3/25000-23-26-000-1996-03282-01(20042).pdf).

Sentencia Reparación Directa 20220. (13 de abril de 2011). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. *C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 66001-23-31-000-1998-00626-01(20220). Obtenido de: [https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/66001-23-31-000-1998-00626-01\(20220\).pdf](https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/66001-23-31-000-1998-00626-01(20220).pdf).

Sentencia Reparación Directa 28864. (26 de marzo de 2014). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. *C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C.,



Colombia: Radicación número: 44001-23-31-000-2001-00282-01(28864). Obtenido de: [http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/148/S3/44001-23-31-000-2001-00282-01\(28864\).pdf](http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/148/S3/44001-23-31-000-2001-00282-01(28864).pdf).

Sentencia Reparación Directa 32912. (28 de enero de 2015). Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. C.P.: *Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C., Colombia: Radicación número: 05-001-23-31-000-2002-03487-01 (32912). Obtenido de: <https://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/05001233100020020348701.pdf>.

Todorovich, E. (2021). La pandemia de las redes sociales. *Radi Empresas y Servicios de Ingeniería*, 9 (17), 89-97. Obtenido de: <https://confedi.org.ar/wp-content/uploads/2021/05/Articulo8-RADI17.pdf>.

Ubillús Zambrano, P. N. (2021). *Análisis de la utilización de la imagen de un influencer en el posicionamiento de una empresa. Caso: Kylie Jenner en Kylie Cosmetics, en el periodo 2014-2019. (tesis de pregrado)*. Quito, Ecuador: Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Obtenido de: <http://repositorio.puce.edu.ec/handle/22000/19176>.

Unidad de Psiquiatría Infanto-Juvenil del Hospital Universitario Puerta de Hierro. (2023). Redes sociales y conductas suicidas en la infancia y la adolescencia durante la pandemia de COVID-19: una relación difícil de estimar. *Revista de Psiquiatría Infanto-Juvenil*, 40 (3), 4-14. Obtenido de: <https://www.aepnya.eu/index.php/revistaaepnya/article/view/1053>.

Zuboff, S. (2020). *La era del capitalismo de la vigilancia*. Barcelona, España: PAIDÓS Estado y Sociedad., p.p. 901.