

Bogotá, 6 de noviembre de 2017

Honorables Magistrados y Magistradas  
Corte Constitucional  
Sala Sexta de Revisión de Tutelas  
Bogotá, D.C.

Ref.: Amicus Curiae de la Fundación para la Libertad de Prensa (FLIP) en el trámite de incidente de nulidad de la sentencia T-063A de 2017 expediente T-5.771.452

Nosotros, Pedro Vaca Villarreal, Emmanuel Vargas Penagos, y Luisa Fernanda Isaza Ibarra, integrantes de la Fundación para la Libertad de Prensa – FLIP, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, con profunda preocupación sobre los riesgos que representa la citada sentencia para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en internet para todos los colombianos, aportamos el presente escrito con el fin de coadyuvar el incidente de nulidad presentado en el caso de la referencia.

### **Resumen**

La Corte Constitucional Colombiana es admirada en el campo de la libertad de expresión porque ha adoptado posturas que, aunque son de una amplia garantía de la libertad de expresión, también buscan el balance de los derechos en riesgo, a partir de reglas básicas. Este mérito se basa en que sus sentencias suelen ser el resultado de ejercicios rigurosos de ponderación de derechos. Sin embargo, en el presente caso, no sólo vemos una decisión pobre en argumentación, sino que también se incorporan cambios que contradicen sólida jurisprudencia sobre el alcance de la libertad de expresión, sus límites y los mecanismos democráticos. En efecto, la decisión contradice las reglas jurisprudenciales que la Corte usa para diferenciar una expresión legítima dentro de un Estado social de derecho de aquellos discursos que afecten el ejercicio de otros derechos a tal punto que se deba prescindir de la protección prima facie de la libertad de expresión para atender, por vía judicial, la protección ulterior de ése otro derecho en conflicto.

Ante un caso de una expresión anónima, sobre la cual evidentemente puede haber sujetos que manifiesten su inconformidad, la Corte instala presunciones de vulneración automática de derechos por el simple hecho de que el origen es anónimo. Al hacerlo, tiró por la borda sus propios precedentes sobre la prohibición de censura previa, el fuero judicial y ulterior para asignar responsabilidades frente aquellos discursos que vulneran derechos y abrió un escenario de regulación excesiva de contenidos en internet.

No es una novedad que la Corte excluya de protección constitucional manifestaciones “*desproporcionadas, difamatorias, calumniosas o injuriantes*”.

Sin embargo, lo que sí es nuevo y realmente preocupante en este caso es que la Corte califique como tales a los contenidos publicados en este caso, sin exigir ni aplicar los estándares constitucionales, legales y jurisprudenciales para determinar que un discurso ostenta esa calidad. La Corte, por un lado, no realizó el test de imparcialidad y veracidad (que es la vía constitucional determinada por este mismo Tribunal) para indagar si el contenido en controversia está o no protegido, ni mucho menos analizó bajo la lupa del derecho penal si el contenido cumplía, o no, los requisitos para ser lesivo al derecho a la honra. A la Corte no le importó indagar si el contenido cumplía el requisito de veracidad (que de serlo adquiriría protección), le bastó lo dicho por el accionante para presumir el daño.

De igual forma, la Corte no se detuvo, como sí lo ha hecho en oportunidades anteriores, a intentar entender el ecosistema de internet y el rol de los distintos actores. Al no compréndelos, la parte resolutive dispara contra la arquitectura de internet, asigna responsabilidades a intermediarios de internet (contrario a lo que había hecho en anteriores sentencias) abriendo la puerta para que sean privados internacionales los que asuman el lugar de los jueces y dosifiquen la libertad de expresión que tenemos los ciudadanos colombianos en internet. Por último, la Corte consideró, erradamente, un déficit de protección inexistente a los derechos a la honra y buen nombre en internet exhortando, como si hiciera falta regulación, al poder ejecutivo para que regule nuestro comportamiento en internet, afectando el principio de legalidad y desconociendo que ya existe una protección constitucional y legal a los derechos que pretende proteger, luego, ese déficit de regulación no existe.

Para efectos de orden, el presente escrito se ocupará de: i) El desconocimiento del precedente para determinar si un discurso debe limitarse o no por ser considerado difamatorio; ii) el fuero judicial para determinar si hay excesos en el ejercicio de la libertad de expresión, iii) la vocación democrática de protección del anonimato en internet, y iv) la exclusión de responsabilidad de intermediarios como una medida de protección a la libertad de expresión en internet.

### **i) El desconocimiento del precedente para determinar si un discurso debe limitarse o no por ser considerado difamatorio**

Las características de derecho instrumental de la libertad de expresión generan al menos dos consecuencias. La primera es su relevancia en una sociedad, esto implica que tanto la autorrealización individual, como la participación democrática, sumado a la garantía de otros derechos, dependen de los niveles de protección a la libertad de expresión. La segunda es que, si bien no es un derecho absoluto, y precisamente por su relevancia democrática, se requieren de tests estrictos para su limitación. Los estándares más avanzados en la materia también apuntan a que incluso la imposición de sanciones a libertad de expresión deberá contemplar niveles rigurosos de proporcionalidad velando porque esa sanción en particular no inhiba futuros discursos similares pero permisibles y/o trascendentales para la sociedad.

Así las cosas, la Corte Constitucional de Colombia en sentencia T-391 de 2007 no sólo resolvió un caso concreto y difícil, también dedicó 353 páginas que comprenden

nueve (9) acápites para definir el alcance del derecho a la libertad de expresión en Colombia.

La libertad de expresión encuentra límites cuando afecta el núcleo esencial del ejercicio de otro derecho y tampoco existe una vocación democrática o tolerancia a la crítica acentuada en el supuesto afectado dentro de una sociedad. Ese es el primer paso. Dicha restricción sólo puede estar contenida en una ley de manera clara y precisa y debe perseguir un fin legítimo.

El segundo paso, habiendo constatado lo anterior, es asignar una sanción ulterior y proporcional.

A continuación expondremos un test *in extenso*, tratando de elaborar un paso a paso de los estándares vigentes (y en su mayoría citados en la sentencia T-391 de 2007) a efectos de constatar el procedimiento que se debe realizar para limitar la libertad de expresión, al pasar por cada uno de ellos, emitiremos valoraciones sobre el caso del incidente de nulidad que nos ocupa.

### **Paso 1. Determinar si se trata de un discurso prohibido.**

Los discursos prohibidos son la excepción a la regla. Partimos del punto de que la libertad de expresión no conoce de límites previos, sino de sanciones ulteriores (artículo 13 Convención Americana de Derechos Humanos). En criterio de esta misma Corte Constitucional, esta regla está recogida en el artículo 20 cuya última frase expresa que “No habrá censura”. Para la Corte, esta es una presunción imbatible: *“la propia Carta enuncia en forma contundente una presunción que no admite ser desvirtuada: la censura previa está prohibida de tal forma que cualquier regulación estatal o decisión de un funcionario del Estado que constituya censura implica, ipso jure, una violación del derecho a la libertad de expresión.”*<sup>1</sup>

Los discursos prohibidos son taxativos, excepcionales, casos límites donde se pierde la presunción constitucional. Allí se encuentran los discursos de odio, discurso discriminatorio, la apología a la guerra, la pornografía infantil e incitación directa y pública a cometer genocidio.

En el presente caso, es claro que no se trata de un discurso de odio, sin embargo, la interpretación que asigna la Corte a las expresiones que considera *“desproporcionadas, difamatorias, calumniosas o injuriantes”* son bastante equivalentes al tratamiento que se da a los discursos prohibidos. En Colombia no se prohíbe injuriar, por ejemplo, se asignan responsabilidades ulteriores a quien lo haga.

Toda vez que la Corte, en el caso bajo incidente de nulidad, no hizo ninguna ponderación de derechos y simplemente asumió como transgresivo el blog de creación anónima, terminó asignando a los discursos *“desproporcionadas,*

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional sentencia T-391 de 2007

*difamatorias, calumniosas o injuriantes*” un estatus de limitación a la libertad de expresión y de sobreprotección a la honra y buen nombre que no les corresponde.

**Paso 2. Determinar si se trata de un discurso especialmente protegido.**

Al otro extremo de los discursos prohibidos, están los contenidos especialmente protegidos, que, según la Corte Constitucional, son los siguientes:

*“(a) la correspondencia y demás formas de comunicación privada, (b) los discursos estéticos, morales, emotivos o personales, manifestados a través de expresiones verbales, artísticas, o de conductas simbólicas o expresivas, sin perjuicio de la protección constitucional explícita de la libre expresión artística; (c) la objeción de conciencia; (d) el discurso religioso; (e) el discurso académico, investigativo y científico; (f) las expresiones realizadas en el curso de manifestaciones públicas pacíficas; (g) **el discurso cívico o de participación ciudadana**, y (h) el discurso de identidad, que expresa y refuerza la propia adscripción cultural y social”<sup>2</sup>* (Negrita fuera de texto original).

De acuerdo con la Corte, *“gozan de mayor grado de protección el discurso político, el debate sobre asuntos de interés público, y los discursos que constituyen un ejercicio directo e inmediato de derechos fundamentales”* tales como *“el discurso de participación ciudadana”*<sup>3</sup>.

A la Corte le correspondía, atendiendo a su propio precedente, establecer si el contenido anónimo susceptible de afectar los intereses (que no siempre coincide con la categoría derechos) de la empresa *“Muebles y accesorios”* podría obedecer a un discurso de participación ciudadana. Acá quisiéramos retomar la dimensión colectiva de la libertad de expresión: el derecho a recibir todo tipo de contenidos sin restricciones previas.

Si en algo ha aportado internet a la vida de los consumidores es la posibilidad de conocer opiniones sobre su experiencia. Con esto no pretendemos decir que el contenido bajo examen no tenga un potencial de afectar derechos, sólo queremos resaltar que existe también una posibilidad de que sea la expresión de un consumidor que tampoco debe ser entendida más de eso, su opinión y experiencia. La Corte hace referencia a que la persona que se encuentra insatisfecha con los servicios de la empresa puede acudir a las instancias legales. Esto es cierto, pero no puede ser visto como un justificante para prohibir la expresión sobre dicha insatisfacción. Bajo ese rasero, la gente no podría quejarse en el espacio público sobre las falencias en la prestación de servicios públicos, de ejecución de obras públicas ni de posibles hechos de corrupción pues, como la Corte lo plantea, para eso están las instancias oficiales.

---

<sup>2</sup> *Ibíd.*

<sup>3</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-442 de 2011. M.P. Humberto Sierra Porto.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha hablado de dos perspectivas de ciudadanía: una es la del ciudadano que entrega sus facultades deliberativas y decisorias al Estado, visión propia de los regímenes autoritarios; la otra, es la del ciudadano como sujeto deliberante, que se vale de su propia inteligencia y que tiene plena disposición de discutir sus posturas con otras personas<sup>4</sup>. La visión de la Corte Constitucional frente a la libertad de expresión siempre ha sido acorde con la visión del ciudadano deliberante. En este caso, lamentablemente, la Corte adoptó una visión de un ciudadano que no cuenta con la facultad de deliberar.

Imaginemos que todos los comentarios negativos sobre los servicios que ofrece el sector público o privado tengan un control previo por parte de plataformas tecnológicas y esté cobijado por regulaciones del Ministerio de las Tecnologías de la Información y las comunicaciones (Min. TIC) al estar en internet. En esa dirección apunta la sentencia bajo examen de incidente de nulidad.

La vocación la libertad de expresión en el marco del derecho a la participación en un Estado social de derecho, asunto que va más allá del discurso político o ligado al Estado y sus instituciones, implica que a la hora de limitar la libertad de expresión se constate que no se trate de un discurso especialmente protegido, caso en el cual la carga argumentativa para la limitación aumenta. Sin confirmar que estamos ante un discurso especialmente protegido, cabe la posibilidad que desde los derechos de los consumidores haya elementos que considerar. Pero, en todo caso, es claro que la Corte no lo contempló en su análisis y, en cambio, generó un precedente a través del cual bajo la supuesta protección al honor y buen nombre se busca endurecer el espacio de internet a través de responsabilidades para las plataformas y regulaciones específicas del Min. TIC.

### **Paso 3. Jurisdicción limitante y cumplimiento estricto de los estándares aplicables.**

La libertad de expresión puede encontrar sus límites en distintas jurisdicciones, siendo la Constitucional (vía tutela) y la penal (protección de delitos contra el honor) las más frecuentes. Sin embargo, en cualquiera de estos escenarios, hay factores de ponderación.

#### Test de proporcionalidad estricto: libertad de expresión vs. buen nombre

El primero y más importante de ellos es el cumplimiento del test estricto de proporcionalidad para la ponderación en jurisdicción constitucional y la verificación de los elementos estructurales del delito contra el honor, en lo penal. Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho que:

*“En este sentido, según lo han explicado y aplicado en anteriores oportunidades la Corte Constitucional<sup>5</sup>, la Corte Interamericana de*

---

<sup>4</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Una Agenda Hemisférica para la Defensa de la Libertad de Expresión, 2010, par 53 y 54.

<sup>5</sup> En la sentencia C-650 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), se señaló que, con base en los tratados internacionales de derechos humanos, tal y como han sido interpretados por los organismos internacionales competentes, las limitaciones sobre la libertad de expresión, en sentido amplio, están

*Derechos Humanos y, en particular, la Corte Europea de Derechos Humanos, toda limitación de la libertad de expresión en cualquiera de sus manifestaciones debe ser sometida por el juez constitucional a un test estricto de necesidad, en virtud del cual la autoridad que busca adoptar la limitación debe demostrar el cumplimiento de todos y cada uno de los siguientes elementos: (a) la finalidad invocada, como se indicó, debe puntualizarse para el caso particular de manera tal que se demuestre que, dentro de las circunstancias en las cuales se está realizando una expresión determinada, existe la necesidad imperiosa, apremiante, específica y concreta de preservar un derecho ajeno, un elemento previamente definido -de manera precisa y clara- del orden público, de la salud pública o de la moralidad pública... (b) la limitación concreta a establecer debe estar permitida -en el sentido de no desconocer la prohibición de la censura (directa, indirecta o por consecuencia), que forma parte del ámbito de cobertura del artículo 20 Superior. (c) la relación entre la limitación concreta a adoptar, en tanto medio para alcanzar el fin que se persigue, y la finalidad imperiosa, concreta y específica invocada para justificar la limitación, ha de ser no solo apta o apropiada, no solo apta, apropiada o efectivamente conducente para el logro de dicha finalidad, sino cumplir un requisito más exigente. ... (d) la incidencia de la limitación sobre la libertad de expresión debe ser proporcionada, de tal forma que son inadmisibles las limitaciones excesivas” (Negitra fuera de texto original).<sup>6</sup>*

La sentencia que nos ocupa no se preocupó por estructurar su conclusión con base en el test estricto de proporcionalidad.

#### Test de veracidad e imparcialidad como límite interno

Otro de los ángulos de evaluación del presente caso está ya no en la tensión de la libertad de expresión con otro derecho, sino en la tensión interna entre la libertad de expresión y el derecho a la información bajo los requisitos constitucionales de la veracidad y la imparcialidad.

¿Qué sucede si efectivamente el contenido del blog cumple estándares de veracidad? Sin pretender ofrecer una respuesta, estamos seguros de que es un aspecto que debió valorar la Corte y para ello era necesario vincular, o intentar vincular al proceso constitucional al generador del contenido. En este punto también hay un desconocimiento del precedente.

---

sujetas a un control constitucional estricto, en virtud del cual para ser constitucionales deben (i) buscar un fin imperioso, (ii) ser adecuadas y necesarias para alcanzar dicho fin, (iii) constituir la medida menos restrictiva posible de la libertad de expresión: “De los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, así como de los pronunciamientos de los tribunales y organismos de derechos humanos, se desprende que el control ejercido sobre de las restricciones a la libertad de expresión (entendida en sentido amplio), dada su protección especial que ostenta en el sistema democrático, es un control estricto. Las restricciones a este derecho no sólo deben ser adecuadas al fin legítimo buscado sino, además, perseguir un fin imperioso y ser necesarias para alcanzar dicho fin, de tal manera que si existe un medio alternativo menos restrictivo de la libertad, la medida se torna inconstitucional”.

<sup>6</sup> Corte Constitucional sentencia T-391 de 2007

### Viabilidad constitucional restringida a la protección del honor de las personas

Un aspecto relevante que desconoció esta decisión tiene que ver con la sentencia C-442 de 2011 que fue la respuesta que en Colombia se ofreció a la viabilidad constitucional de los delitos de injuria y calumnia que protegen el honor de las personas. Como elemento contextual de esta discusión, desde la Sentencia de Kimel Vs Argentina y Herrera Ulloa vs. Costa Rica de la Corte Interamericana, se instaló un interesante debate sobre la penalización de la libertad de expresión para proteger el honor.

En Colombia la respuesta fue híbrida, a saber, se declaró la constitucionalidad de estos delitos, pero se impusieron una serie de requisitos muy rigurosos y de alta sofisticación para evitar el potencial de censura que tienen estas previsiones legales. En síntesis, la Corte Constitucional reconoció la vaguedad del tipo penal en el tipo penal, pero incluyó elementos interpretativos para evitar la arbitrariedad en su aplicación.

Al omitir el ejercicio de constatación sobre si se trata de información errónea, la Corte no puede llegar a la conclusión de que hay una afectación al honor. *“la honra se afecta tanto por información errónea, como por las opiniones manifiestamente tendenciosas respecto a la conducta privada de la persona”*<sup>7</sup>.

Otro estándar relevante para limitar la libertad de expresión es el estatus social que ostenta el supuesto afectado. De allí se derivan unas cargas de tolerancia acentuada a la crítica que son nítidas cuando se trata de funcionarios públicos y difusas cuando se trata de particulares con algunos niveles de notoriedad dentro de la sociedad. Según la Corte:

*“En una sociedad democrática, los funcionarios públicos (o candidatos) están más expuestos a la crítica del público. Este umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público”*<sup>8</sup>.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha sostenido que:

*“Quienes por razón de sus cargos, actividades y de su desempeño en la sociedad se convierten en centros de atención con notoriedad pública, inevitablemente tienen la obligación de aceptar el riesgo de ser afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas, por cuanto buena parte del interés general ha dirigido la mirada a su conducta ética y moral. En estos eventos, el derecho a informar se torna más amplio y su primacía es, en principio, razonable. Conviene señalar que la Corte, en la Sentencia SU-*

---

<sup>7</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-442 de 2011. M.P. Humberto Sierra Porto.

<sup>8</sup> Corte IDH caso Herrera Ulloa Vs Costa Rica. Agosto de 2004.

*56/95 advirtió que para ciertas personas cuyas actuaciones son de público conocimiento, “el concepto de vida privada con respecto a ellas se relativiza y se integra al de vida pública”<sup>9</sup>.*

En el caso bajo examen de incidente de nulidad, la Corte omitió analizar si el estatus de demandante, en este caso un privado que ejerce una labor comercial, le obliga a soportar algunos contenidos dentro de una sociedad democrática, contemplar si es un asunto de menoscabo a derechos o de opiniones negativas sobre la prestación de un servicio.

En materia de prestación de servicios por parte de privados, es común que existan quejas de los usuarios, quienes en ocasiones incluso exageren. En nuestro criterio, se pueden tomar uno de dos caminos: se puede entender que, por ejemplo, la empresa que presta servicios de telefonía celular, por su rol en el mercado, está obligada a soportar esos niveles de impaciencia y alevosía de los usuarios, o bien sancionar al usuario por no acatar normas de decoro y etiqueta aún cuando el servicio que se le presta es deficitario.

¿El proveedor privado de un bien o servicio tiene que soportar cargas de contenidos negativos por parte de usuarios? Sin pretender dar una respuesta, sí consideramos que es un elemento no abordado por la Corte y, en el caso que hoy se cuestiona, se abre la posibilidad de restringir la libertad de expresión de consumidores sobre los bienes y servicios ofertados en el mercado.

Lo anterior nos lleva al escenario más interesante de los estándares, aquel que permite los discursos alternativos, excéntricos o chocantes y concluye que el presupuesto de que la vulneración de derechos al buen nombre y el honor depende de elementos distintos a la simple opinión del afectado. Precedentes también desconocidos por la Corte en esta decisión. Al respecto, pueden verse los siguientes pronunciamientos:

- Corte IDH: *“En la arena el debate sobre temas de alto interés público, no solo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública, sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población”<sup>10</sup>.*
- Corte Constitucional: *“La libertad constitucional protege tanto las expresiones socialmente aceptadas como las que son inusuales, alternativas o diversas, lo cual incluye las expresiones ofensivas, chocantes, impactantes, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su tono”<sup>11</sup>.*

---

<sup>9</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-1723 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>10</sup> Corte IDH caso Kimel Vs Argentina.

<sup>11</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-442 de 2011. M.P. Humberto Sierra Porto.



- Corte Suprema de Justicia: *“Si todo concepto mortificante o displicente para el amor propio, pero que no envuelva la afirmación de un hecho inequívoco, verdaderamente lesivo a la honra, fuera admitido a una acusación de injuria para ser castigado conforme al C.P., habría que suponer que el legislador había tenido la pretensión de darle a la sociedad civil y política la austeridad de un claustro, lo que es inadmisibile; eso sería privar a esa misma sociedad de cierto grado de virilidad inseparable de su existencia; todas esas ofensas mortificantes a que el hombre está sujeto en la vida civil salen del dominio del C.P. para caer en el de la opinión”*<sup>12</sup>.
- Corte Constitucional. *“La Corporación ha precisado que no todo concepto o expresión mortificante para el amor propio puede ser considerado como imputación deshonrosa. Esta debe generar un daño en el patrimonio moral del sujeto y su gravedad no depende en ningún caso de la impresión personal que le pueda causar al ofendido alguna expresión proferida en su contra en el curso de una polémica pública, como tampoco de la interpretación que éste tenga de ella, sino del margen razonable de objetividad que lesione el núcleo esencial del derecho”*<sup>13</sup>.
- Corte Constitucional: *“La Corporación ha precisado que no todo concepto o expresión mortificante para el amor propio puede ser considerado como imputación deshonrosa. Esta debe generar un daño en el patrimonio moral del sujeto **y su gravedad no depende en ningún caso de la impresión personal que le pueda causar al ofendido alguna expresión proferida en su contra en el curso de una polémica pública,** como tampoco de la interpretación que éste tenga de ella, sino del margen razonable de objetividad que lesione el núcleo esencial del derecho”*<sup>14</sup> (negrita fuera del texto original).

**Conclusión:** Al no aplicar el test estricto de proporcionalidad y, en cambio, asumir sin la carga suficiente que los comentarios anónimos y negativos pueden ser fácilmente catalogados como expresiones *“desproporcionadas, difamatorias, calumniosas o injuriantes”*, la Corte creó una nueva categoría de discurso prohibido y no ofreció mejor argumento para desconocer 25 años de jurisprudencia constitucional sobre la aplicación de límites a la libertad de expresión en una sociedad democrática.

## **ii) El fuero judicial para determinar si hay excesos en el ejercicio de la libertad de expresión.**

La separación de poderes públicos tiene un impacto especial en las garantías a las libertades civiles. La teoría liberal de los derechos civiles y políticos señala al poder ejecutivo como el principal objeto de escrutinio social y, por lo tanto, su rol frente a la libertad de expresión tiene más relación con las obligaciones negativas o de no

---

<sup>12</sup> Corte Suprema de Justicia. Autos de 7 y 29 de marzo de 1984

<sup>13</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-392 de 2002. M.P. Alvaro Tafur Galvis.

<sup>14</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-392 de 2002. M.P. Alvaro Tafur Galvis.

intervención en el debate público. Los estándares más sofisticados hablan incluso de deberes de cuidado al debate público mediante la obligación de mantener un discurso favorable a la deliberación pública que implica una abstención a la estigmatización que pueda inhibir críticas.

Por su parte el poder legislativo es el que tiene a su cargo la definición de los límites a la libertad de expresión. El test tripartito para restringir la libertad de expresión parte de la legalidad, entendida como un amplio consenso social sobre los asuntos estrictos y taxativos sobre los cuales se puede limitar un determinado discurso. La fijación legal cumple dos propósitos, uno disuasivo y otro de sanción ulterior, en ningún caso el parlamento tiene facultades para fijar censuras previas más allá de los mencionados como discursos prohibidos.

Por último, al poder judicial le corresponde la aplicación ulterior de las sanciones previstas en la ley en caso de que algún discurso trasgreda un límite a la libertad de expresión bajo criterios de balance entre el fin legítimo a proteger y la libertad de expresión, asignando una restricción proporcional en caso de ser necesario y que no incida en estándares inhibitorios para discursos futuros.

La sentencia bajo examen de incidente de nulidad abre dos puertas que pueden afectar esta división de poderes públicos en materia de su aproximación a la libertad de expresión.

En primer lugar, la Corte diagnosticó una supuesta omisión de Google en la regulación de términos y condiciones sobre el uso de su plataforma “Blogger”. En su parte resolutive la sentencia habla de que Google no tiene un recurso efectivo. Bajo una perspectiva de libertad de expresión, la inexistencia de ese recurso es una garantía al debate público y un gesto de respeto por los fueros parlamentarios y judiciales frente a la libertad de expresión.

No es Google quien debe definir los límites a la libertad de expresión (salvo casos de pacífico consenso internacional como es la pornografía infantil en tanto es un discurso prohibido), tampoco es Google quien debe sancionar las presuntas trasgresiones a otros derechos por la información publicada.

La Corte encuentra un déficit sin leer el mismo desde las funciones de garante del Estado frente a los derechos humanos. Google no está legitimado y sería indeseable que asumiera funciones de control de contenidos en internet. En esta decisión, la Corte le obliga a hacerlo.

Imaginemos un mundo donde un actor de internet, similar a Google, incorpore en sus términos y condiciones la restricción a contenidos que puedan afectar el honor de candidatos a elección popular. Ese sería un internet menos libre, controlado por un privado en tanto contenidos que usurpa funciones del fuero legislativo y judicial de conformidad con el diseño democrático de aproximación de los poderes públicos a los derechos civiles y políticos. Allí donde la Corte advierte un vacío de regulación y recurso efectivo de un privado no legitimado para garantizar derechos, nosotros

vemos una garantía a la libertad de expresión que acentúa el deber de las autoridades públicas para comprender el entorno de internet sin afectar la división de poderes públicos en tanto su aproximación a este importante derecho.

En la sentencia cuestionada, la Corte le advierte a Google que debe resolver en los casos en los que una persona cuestione los comentarios publicados en blogs anónimos. Según la Corte, Google debe decidir y eliminar el contenido denunciado “**sin exigir una orden judicial previa**”. Esta orden no sólo deja desprotegida a la libertad de expresión en estos espacios, sino que además vulnera garantías del debido proceso, ampliamente resguardadas en la jurisprudencia de este mismo tribunal.

El derecho de acceder a la justicia es un derecho de rango constitucional, estrechamente ligado al debido proceso. La primera garantía del debido proceso es, precisamente, el derecho de acceder a un proceso, dirigido por un juez, en especial cuando se trata del enfrentamiento de derechos fundamentales.

Dos de las garantías del debido proceso, protegidas tradicionalmente por esta Corte, se vulnerarían si se siguiera esta orden: la garantía del juez natural y la garantía del derecho de defensa. Ellas han sido protegidas de manera reiterada en múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional. Por ejemplo, en la sentencia C-341 de 2014, este tribunal sostuvo lo siguiente:

*“Hacen parte de las **garantías del debido proceso**: (...) (ii) el derecho al **juez natural**, identificado como el funcionario con capacidad o aptitud legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la ley; (iii) El **derecho a la defensa**, entendido como el empleo de todos los **medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable**. De este derecho hacen parte, el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; los derechos a la asistencia de un abogado cuando sea necesario, a la igualdad ante la ley procesal, a la buena fe y a la lealtad de todas las demás personas que intervienen en el proceso (...)*”.

También en la sentencia C-496 de 2015, la Corte sostuvo que el derecho al **juez natural** es una garantía de ser juzgado ante un juez – no un privado – competente para adoptar decisiones de fondo, que se sometan al imperio de la ley. Además, el **derecho de defensa** es la garantía de poder ser oído para que se alcance una decisión justa. Ambas garantías reciben protección a partir del artículo 29 de la Constitución y el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, además de la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La Corte cuenta con múltiples y consistentes pronunciamientos en este sentido. Sin embargo, al quitar de las manos del juez y asignarla a un privado extranjero, que no conoce los estándares de protección del sistema constitucional colombiano e interamericano, no se garantiza el derecho a que la decisión se ajuste a dichos

estándares, y, en consecuencia, se pone en peligro la garantía de derechos fundamentales y la consecución de justicia.

La Corte debería permitir que, por lo menos, Google notificara a la persona que publica los comentarios – sin ninguna exigencia de romper el anonimato – y, si la persona decide hacerlo, permitirle defenderse. Si por el contrario la persona decide mantenerse anónima, en todo caso debería requerirse la intervención de un juez, quien es el calificado para hacer una ponderación de los derechos que se enfrentan, de acuerdo con las leyes colombianas y los estándares de protección de la jurisprudencia nacional e interamericana.

Por otra parte, con su decisión la Corte también abre una segunda puerta con la que desafía la separación de poderes y la regla que exige que cualquier limitación a la libertad de expresión se haga a través de una ley en sentido material y formal que sea taxativa y clara. Así lo hace al exhortar al Min. TIC para que regule los contenidos “*desproporcionados, difamatorios, calumniosos o injuriantes*”, partiendo del punto errado de desamparo de los derechos al honor y buen nombre, e invitando al ejecutivo a regular, desatendiendo el fuero parlamentario para la fijación de límites a la libertad de expresión. En el menos lesivo de los casos, el ejecutivo podría proponer un proyecto de ley pero jamás tiene competencias de regulación sobre la materia.

### **iii) La vocación democrática de protección del anonimato en Internet**

Existe un interés democrático detrás de la protección del discurso anónimo. Este discurso permite la participación en el debate público de personas que de otra manera no tendrían la posibilidad de elevar su voz para hacer denuncias, reportar crímenes y represión o llamar a la movilización social. Es por esto que, según la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (RELE), el discurso anónimo es una garantía de los derechos a la libertad de expresión y a la vida privada. Al respecto, este organismo sostuvo en su informe sobre libertad de expresión en Internet que:

*La participación del debate público sin revelar la identidad del emisor es una práctica usual en las democracias modernas. La protección del discurso anónimo favorece la participación de las personas en el debate público ya que –al no revelar su identidad– pueden evitar ser objeto de represalias injustas por el ejercicio de un derecho fundamental. En efecto, quienes ejercen el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión participan del debate público y de la vida política de una comunidad. Ello no supone –solamente– escribir notas de opinión o participar en foros de debate: también supone la posibilidad de llamar a movilizaciones sociales, de convocar a otros ciudadanos a manifestarse, de organizarse políticamente o de cuestionar a las autoridades, aun en situaciones de riesgo.*

De acuerdo con la RELE, los Estados tienen la obligación de respetar el discurso anónimo, absteniéndose de tomar medidas que restrinjan arbitrariamente el anonimato. Además, los usuarios tienen el derecho a permanecer anónimos y las disputas que se generen como consecuencia de sus comentarios, por ejemplo, en caso de discursos no protegidos, deben ser resueltas *“exclusivamente en sede judicial”*.

Debe señalarse que la protección del anonimato no es una exigencia exclusiva del sistema interamericano de protección de derechos humanos, también la Relatoría Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de las Naciones Unidas se ha manifestado en este mismo sentido. En 2013, el entonces Relator Especial, Frank LaRue, sostuvo en reporte enviado al Comité de Derechos Humanos que *“el anonimato de las comunicaciones es uno de los adelantos más importantes facilitados por Internet, que permite a las personas expresarse libremente, sin temor a represalias o condenas”*. Más adelante agrega que *“las restricciones al anonimato tienen un efecto disuasorio, desalentando la libre expresión de información e ideas. También pueden dar lugar a la exclusión efectiva de las personas de ámbitos sociales vitales, socavando sus derechos a la expresión y la información y exacerbando las desigualdades sociales”*.

A pesar de la contundencia de estas exigencias, algunos Estados de la región han hecho caso omiso a sus deberes, estableciendo normas que prohíben el discurso anónimo. La prohibición del discurso anónimo es una rareza en los sistemas legales latinoamericanos. Sólo Venezuela y Brasil prohíben expresamente en sus constituciones el discurso anónimo. Venezuela, además, promulgó en 2003 la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos (también conocida como la “Ley Resorte”), con la que hace responsables a portales y proveedores de Internet de lo publicado anónimamente por sus usuarios. Por su parte, Ecuador expidió en 2013 la Ley Orgánica de Comunicación que hace a los medios de comunicación responsables por lo que digan sus usuarios en las secciones de comentarios de sus páginas web, si el medio no cuenta con medios para romper el anonimato y detectar a la persona detrás del comentario.

En la práctica estas normas pueden llevar a que algunos actores de Internet (buscadores como Google, medios de comunicación, redes sociales, etc.) prefieran prohibir en absoluto la emisión de comentarios anónimos, antes que ser responsables por lo publicado por sus usuarios, o que tomen decisiones que afecten gravemente la libertad de expresión sin la intervención de un juez calificado.

En la decisión que hoy se cuestiona, la Sala advirtió a Google que, en casos como el que se revisaba en este momento, la compañía deberá proceder a eliminar el contenido denunciado **sin exigir una orden judicial previa**. Lamentablemente, con esta orden la Corte contraría abiertamente las exigencias de protección del anonimato de los sistemas interamericano y global de protección de derechos fundamentales, dejándonos a la par de países que tradicionalmente no han protegido la libertad de expresión como se ha hecho en Colombia.

#### **iv) La exclusión de responsabilidad de intermediarios como una medida de protección a la libertad de expresión en internet**

La responsabilidad de intermediarios de internet ha aparecido en varias jurisdicciones. La Corte cita algunas sentencias con el fin de determinar que “la compañía Google Inc. y sus subsidiarias locales han enfrentado similares controversias en las que se les ha ordenado en conjunto cumplir con diversos mandatos judiciales por casos de difamación en páginas web, buscadores y blogs que atentan contra los derechos de los usuarios y consumidores de servicios de telecomunicaciones e internet”. No obstante, la Corte no analiza a profundidad dichas decisiones que, en su mayoría, distan de los hechos de este caso.

Existen matices que no son tenidos en cuenta por la Corte, como el rol del intermediario en cada caso. Por ejemplo, los casos de *Trkulja vs. Google Inc* y de *Yeung vs. Google Inc.* se refieren a Google como motor de búsqueda, y no se determina responsabilidad por parte de Google. Por otro lado, el caso de *Pia Grillo v Google Inc.* se refiere al servicio de Google Street View, donde Google tiene un control más directo sobre el contenido producido. Adicionalmente, el caso de *Tamiz v Google*, resultó con un fallo a favor de esta empresa porque el contenido es relevante. Más aún, se debe destacar que este último caso resultó en una aplicación del señor Tamiz ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) por la presunta violación de su derecho a la intimidad y esta fue negada por la sección primera de dicho Tribunal.

Lo anterior permite concluir que la Corte Constitucional omitió un asunto relevante para su decisión, que es la evaluación juiciosa de los argumentos detrás de la imposición de responsabilidad a un intermediario de internet. Este es un tema ha sido discutido durante varios años, no se limita a las sentencias citadas anteriormente y es esencial con respecto al rol democratizador de internet. A continuación, se dará un contexto de los orígenes de estas discusiones en el marco legal de los Estados Unidos; después de esto, se explicará la evolución que ha tenido el tema en el derecho europeo; posteriormente, se explicará el marco jurídico interamericano que es aplicable al caso y; por último, nos referiremos a la postura de la Corte Constitucional frente al tema.

#### **El origen de la discusión**

La discusión sobre la responsabilidad de los intermediarios de internet se puede remontar a 1991, cuando el Tribunal del Distrito Sur de Nueva York decidió en el caso *Cubby, Inc. v. CompuServe Inc.*, 776 F. Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991). En ese caso, el Tribunal determinó que la empresa CompuServe, aunque había alojado contenido difamatorio en sus foros de noticias, era un simple distribuidor y no un editor (Publisher), por lo que no podía considerarse como responsable por dicho contenido. De acuerdo con el tribunal, la empresa sólo podía ser responsable en el caso de que conociera o tuviera forma de conocer la naturaleza difamatoria del contenido.

La discusión tomó un nuevo rumbo en 1995, justo cuando internet inició su mayor crecimiento. En ese año, la Corte Suprema de Nueva York decidió en el caso *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co.*, 1995 WL 323710 (N.Y. Sup. Ct. 1995).

Prodigy Services era una empresa que administraba un tablero de anuncios por computador (computer bulletin board) en el que una persona anónima publicó un anuncio diciendo que la empresa Stratton Oakmont Inc. había cometido actos criminales y fraudulentos en una operación de venta de acciones. Stratton Oakmont demandó por difamación a Prodigy y al anunciante indeterminado. La Corte determinó que Prodigy había actuado como editor porque tenía cierto control sobre los contenidos, como el uso de un software de revisión, el uso de guías de contenido y la existencia de “board leaders” a cargo de aplicar dichas guías.

Esta decisión llevó a que, en los debates de la Ley para la decencia en las comunicaciones (Communications Decency Act) de 1996, se introdujera un artículo (230) con relación a la responsabilidad de intermediarios internet. Las partes de esta ley que se dedican a asuntos de indecencia fueron declarados inconstitucionales, mientras que el artículo 230 se mantiene vigente<sup>15</sup>. Este artículo establece que:

1. Los proveedores o usuarios de servicios de computación interactivos (interactive computer service)<sup>16</sup> no pueden ser considerados responsables por proveedores de contenido (information content provider)<sup>17</sup>.
2. Los proveedores o usuarios de servicios de computación interactivos no pueden ser considerados responsables por acciones voluntarias de buena fe para eliminar materiales obscenos, lascivos, extremadamente violentos, entre otros.
3. Este artículo no aplica para contenidos relacionados con pornografía infantil y explotación de menores, ni para violaciones de derechos de autor.

Las razones por las que se adoptó una inmunidad tan fuerte para los intermediarios pueden verse en el literal b de ese mismo artículo. Este literal establece como política de los Estados Unidos el promover un continuo desarrollo del internet y otros medios interactivos, preservar el libre mercado de esos medios, fomentar el desarrollo de nuevas tecnologías, remover desincentivos para el desarrollo y uso de mecanismo de bloqueo y filtrado y asegurar la aplicación de leyes federales que

---

<sup>15</sup> Electronic Frontier Foundation, Section 230 Protections, disponible en: <https://www.eff.org/es/issues/bloggers/legal/liability/230>

<sup>16</sup> De acuerdo al Artículo 230(f)(2) Para efectos de esta ley, el término “servicios de computación interactivos” se refieren a cualquier servicio, sistema o proveedor de software de información que provee o facilita el acceso a internet.

<sup>17</sup> De acuerdo al Artículo 230(f)(3) para efectos de esta ley, el término “proveedor de contenido” son las personas responsables por la creación o desarrollo de información.

atacan contenidos criminales (como los de pornografía infantil y explotación de menores).

### **Las decisiones a nivel Europeo, del extremismo a la postura moderada**

En Europa, tanto el TEDH como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) han tomado decisiones sobre el tema recientemente. Estas decisiones podrían verse, en general, como una versión opuesta a lo desarrollado en los Estados Unidos.

En 2015, la Gran Sala del TEDH consideró en el caso *Delfi AS v. Estonia* que no había existido una violación de la libertad de expresión de un portal de noticias que había sido considerado responsable por los contenidos de terceros. Para llegar a esta conclusión, la Gran Sala consideró que Delfi tenía cierto control sobre la sección de comentarios de sus notas a través de la imposición de ciertas guías de uso y mecanismos de moderación y filtrado. Adicionalmente, la Corte consideró que el portal tenía un deber de prevenir la diseminación de contenido con “discurso de odio” y que incitaba la violencia.

Los jueces Sajo y Tsotsoria presentaron un voto disidente en este caso. Para estos jueces, la obligación prevenir la publicación de ciertos contenidos ilegales tiene como resultado que los intermediarios tengan que monitorear el contenido. Esto, de acuerdo a los jueces, el miedo a la responsabilidad por actos de terceros puede causar que los portales de noticias y operadores de blog tengan incentivos para dejar de incluir zonas de comentarios. Este tipo de regímenes, de acuerdo a los jueces, producen censura privada o colateral, pues existirán incentivos para limitar el acceso y comunicación de terceros con el fin de evitar sanciones.

El TEDH ha modificado su postura en casos posteriores. El primero de estos es el de *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete y INDEX.HU ZRT v. Hungría*. En esta decisión, que también trata sobre comentarios en una página web, la Corte se basó en lo dicho en *Delfi AS v Estonia* y consideró que el análisis de la responsabilidad de un intermediario en internet debe tener como criterio: el contexto de los contenidos; las medidas aplicadas por la empresa para prevenir o remover el contenido; la responsabilidad de los autores de los contenidos como alternativa de la responsabilidad del intermediario y las consecuencias que puedan causarse sobre estos últimos. A partir de esto, la Corte consideró, entre otras cosas, que la imposición de responsabilidad en este caso podía afectar la difusión de contenidos sobre asuntos de interés público. Adicionalmente, la corte consideró que la imposición de responsabilidad a un portal de internet por los comentarios de terceros puede causar un efecto inhibitorio a la libertad de expresión en internet. En 2017, la sección tercera tomó una decisión con contenido similar en el caso *Pihl v. Suecia*.

En 2014, el TJUE decidió en el caso de *Google Spain, S.L., Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*. El TJUE consideró que los motores de búsqueda tiene la obligación de eliminar enlaces conectados a un nombre de la lista de resultados cuando estos son sobre



información que “es inadecuada, no es pertinente, o ya no lo es, o es excesiva en relación con los fines del tratamiento”. El TJUE además consideró que este derecho tiene prevalencia sobre los intereses económicos del buscador y sobre los intereses del público de acceder a dicha información.

### **El marco jurídico interamericano**

Como punto de partida, se debe recordar la comparación hecha por la Corte Interamericana de Derechos Humanos entre los artículos 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos en la opinión consultiva 05/85. En esta oportunidad, la Corte Interamericana determinó que, a partir de esa comparación, se puede determinar que “las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas”<sup>18</sup>. Bajo este entendido, el análisis de alternativas comparadas para resolver conflictos de intereses legítimos en contravía de la libertad de expresión debe tener en cuenta este marco de referencia. Esto último se conecta con el requisito de necesidad de las restricciones a la libertad de expresión, que implica que “Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido”<sup>19</sup>.

Aunque no se han presentado decisiones judiciales sobre este tema a nivel interamericano, La Relatoría Especial para la libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido unos principios básicos que son importantes para la discusión. Como punto de partida, se debe resaltar que la Relatoría se ha referido al rol democratizador de internet y que cualquier regulación que se presente sobre ese medio debe apuntar a potenciar ese rol<sup>20</sup>. Esto último puede verse completamente alineado con la postura estadounidense, donde se da prevalencia a la promoción del desarrollo de internet y otros medios interactivos, entre otras cosas.

En este sentido, la Relatoría Especial ha dicho que “Responsabilizar a un intermediario en el contexto de una red abierta, plural, universalmente accesible y expansiva, sería tanto como responsabilizar a las compañías de teléfono por las amenazas que por vía telefónica una persona profiere a otra causándole con ello incertidumbre y dolor extremo.”<sup>21</sup> Complementariamente, la Relatoría Especial también ha adoptado la postura de que “En general, salvo casos extraordinariamente excepcionales, este tipo de mecanismos pone a los intermediarios privados en posición de tener que tomar decisiones sobre la licitud o ilicitud de los contenidos y, por las razones que ya han sido explicadas, genera amplios incentivos hacia la censura privada. De hecho, regímenes de notificación y

---

<sup>18</sup> Par. 50.

<sup>19</sup> Par. 46.

<sup>20</sup> Par 11, 101, 176

<sup>21</sup> Par 97

retirada extrajudicial han provocado frecuentemente la remoción de contenidos legítimos, incluso especialmente protegidos.”<sup>22</sup>

Esta postura de la Relatoría Especial se ve más cercana a la postura norteamericana y a lo expresado por los jueces Sajo y Tsotsoria en su voto disidente en *Delfi As v. Estonia*. En últimas, se puede concluir que la postura interamericana da más prevalencia a la posibilidad de que los intermediarios de internet no estén rodeados de incentivos legales que desencadenen en censura colateral o privada.

### **La aproximación de la Corte Constitucional**

La jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el tema es relativamente joven, pero se ha venido construyendo sobre un análisis juicioso de las alternativas aplicables al caso. Al final, como era de esperarse, la Corte Constitucional ha venido aplicando un razonamiento acorde con lo dicho a nivel interamericano. No obstante, el fallo que es objeto de este recurso de nulidad es completamente contrario a esta tradición que se estaba construyendo en la jurisprudencia de la Corte.

En la sentencia T 040 de 2013, la Corte Constitucional analizó el rol de Google como motor de búsqueda. En su razonamiento, la Corte dice que no es competencia ni responsabilidad de Google hacer la rectificación, corrección, eliminar o complementar la información que arroja una búsqueda concreta, sino que es de competencia del medio de comunicación, escritor, columnista, etc., que incluye y procesa la información en internet; así, cuando se trate de información referida a hechos delictivos cometido o supuestamente cometidos por ciudadanos mencionados en ella, los medios masivos de comunicación tienen derecho de denunciar públicamente sin que deban esperar a que se produzca un fallo para informar de la ocurrencia de un hecho delictivo. Sin embargo, si tienen la obligación de ser diligentes y cuidadosos en la divulgación de la información que incrimine, pues no pueden poner en tela de juicio la inocencia de las personas sobre situaciones que aún no han sido corroboradas integralmente por las autoridades competentes<sup>23</sup>.

Posteriormente, en la sentencia T-277 de 2015, la Corte Constitucional también se refirió al rol de Google como buscador. En esta oportunidad, la Corte Constitucional examinó asuntos más generales con respecto a la responsabilidad de intermediarios en internet.

La postura que adoptó la Corte en este caso es cercana a lo dicho por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH. Incluso, se debe destacar que la

---

<sup>22</sup> Par 105

<sup>23</sup> En opinión de los intervinientes la decisión de la Corte en dicha acción de tutela es alejada de los estándares de protección del derecho de libertad de expresión y del derecho de rectificación. La Constitución plantea de manera clara los límites de la información, que son, la veracidad y la imparcialidad para el momento de la publicación. Adicionalmente, los intervinientes consideran que la jurisprudencia recinte de la Corte con respecto al derecho de actualización es desafortunada, pues establece una carga desproporcionada sobre los medios de comunicación. Contrario a lo que ha dicho la Corte, estos actores no deben estar obligados a actualizar contenidos de forma oficiosa. No obstante, este asunto no será objeto de esta intervención.

Corte Constitucional citó directamente los estándares establecidos por esa oficina. En últimas, se puede observar que la Corte Constitucional dio prelación al rol democratizador de internet. En este sentido, la Corte afirmó que “La relación existente entre el libre tráfico de ideas en la red y la libertad de expresión se deriva de que este derecho no solo faculta a las personas para manifestar sus ideas y opiniones, y para transmitir información, sino que también protege que el contenido expresado se difunda y llegue a otros. Así las cosas, imponer responsabilidades a los intermediarios de Internet por los contenidos transmitidos limitaría de forma importante la difusión de ideas por este medio de comunicación, pues les daría el poder para regular el flujo de información en la red”.

La Corte también analizó la posibilidad de adoptar una postura como la establecida por el TJUE que se mencionó anteriormente. No obstante, la Corte determinó que esto no era procedente en el marco jurídico colombiano por razones prácticas y por razones de fondo. En el fondo, se destaca que la Corte consideró que debía darse prevalencia a la garantía de la libertad de expresión en internet, que la Corte consideró atada al principio de neutralidad de la red. Según la interpretación de la Corte, este principio “se orienta a garantizar el acceso a internet en condiciones de igualdad para todas las personas que se valen de este medio para expresar sus ideas y opiniones. Lo anterior demanda evitar situaciones de bloqueo, interferencia o filtración, que puedan llegar a implicar tratamientos diferenciales entre quienes pretenden hacer uso de la red. Esto a su vez, implica la eliminación de controles previos o de cualquier tipo de censura, salvo en aquellos supuestos específicos contemplados en la ley, por ejemplo, para evitar la difusión de pornografía infantil, entre otros.”

La sentencia que es objeto del recurso de nulidad dejó por fuera los elementos que se mencionan en este capítulo. Era de esperarse que la Corte Constitucional examinara las diferentes aproximaciones que se pueden dar a la responsabilidad de intermediarios de internet y que, a partir de eso, decidiera cuál era más acorde a la garantía de la libertad de expresión como está concebida en el marco jurídico colombiano. Complementariamente, se destaca que la Corte omitió un análisis sobre la forma en que este tipo de decisión podría afectar la estructura y el desarrollo de internet en su rol democratizador. En este caso, la Corte decidió adoptar una postura extremista, contraria al marco jurídico interamericano y a su jurisprudencia constitucional en el tema.

\* \* \*

Teniendo en cuenta la relevancia de este caso para las garantías de un internet donde la libertad de expresión sea un derecho garantizado para los colombianos, solicitamos a la honorable Corte Constitucional tomar en consideración este escrito en el trámite del incidente de nulidad planteado.

En virtud de lo anterior, consideramos que la Corte debe declarar la nulidad del fallo T-063A de 2017 y, en su lugar, denegar el amparo solicitado.

De igual forma, dada la complejidad que denota el funcionamiento de internet, sugerimos a la Corte convocar a una audiencia pública donde se puedan exponer criterios auxiliares como el presentado en este escrito con el fin de sumar más voces en una discusión constitucional que nos compete a todos como sociedad.

Cordialmente,

Pedro Vaca Villareal  
Director ejecutivo - FLIP  
C.C.

Emmanuel Vargas Penagos  
Asesor de Dirección - FLIP  
C.C.

Luisa Fernanda Isaza Ibarra  
Asesora legal – FLIP  
C.C.