



Bogotá, 17 de octubre de 2017

Honorables Magistrados y Magistradas
Corte Constitucional de Colombia
Bogotá D.C.
E.S.D.

Ref: Intervención ciudadana en incidente de nulidad respecto de la sentencia T-063A/17 en la causa titulada “Acción de tutela interpuesta por John William Fierro Caicedo, contra Google Inc. y otros”.

Proceso: T-5.771.452

Quien suscribe, Javier Jose Pallero, ciudadano argentino y encargado de políticas públicas en la organización internacional Access Now se dirige respetuosamente a ustedes para exponer la presente intervención en relación con el expediente de referencia.

Junto a nuestra organización, nos presentamos ante vuestra excelencia para acercar algunos comentarios sobre la sentencia T-063A/17 de esta excelentísima Corte, relativa al Expediente T-5.771.452 titulada “Acción de tutela interpuesta por John William Fierro Caicedo, contra Google Inc. y otros”. Vemos con preocupación la decisión de la excelentísima Corte respecto de temas como el de la remoción de contenido anónimo sin orden judicial previa (considerando 6.8, último párrafo) y la obligación de eliminar contenido “similar” a futuro.

Ambas disposiciones cometen el error de obviar que el discurso anónimo está amparado por la garantía de libertad de expresión y como tal, goza de las protecciones legales para su tutela y estrictos requisitos para su limitación¹. Para evaluarlos, es necesario que intervenga una

¹ Como ha indicado el Relator Especial para la Libertad de Opinión y Expresión de la ONU, David Kaye, “Las restricciones al cifrado y el anonimato, como elementos facilitadores del derecho a la libertad de expresión, deben cumplir tres requisitos bien conocidos: cualquier limitación a la libertad de expresión debe estar fijada por la ley; únicamente puede imponerse por razones legítimas (descritas en el artículo 19, párrafo 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); y debe ajustarse a estrictos criterios de necesidad y proporcionalidad”.

autoridad judicial imparcial e independiente en cada caso². Adicionalmente, la limitación del discurso debe referirse a contenidos específicos y no “similares”, de manera que no se vuelva una prohibición genérica o una limitación del funcionamiento de un medio de comunicación de manera incompatible con normas de derechos humanos³.

En particular, queremos ofrecer algunos comentarios sobre una disposición específica de la sentencia, que creemos que contiene errores que encarnan un peligro concreto para el goce de derechos fundamentales en Internet, como el derecho a la libre expresión. Asimismo, nos preocupa que estas disposiciones constituyan un precedente negativo, a la luz de la enorme influencia que la Corte tiene en la realidad jurídica colombiana y latinoamericana.

Nos referimos al punto cuarto de la parte resolutive, que ordena a la empresa Google Inc. y a Google Colombia Ltda. registrarse como servicios de telecomunicaciones ante el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

Centraremos nuestra argumentación en la siguiente premisa.

Las aplicaciones de Internet (como la plataforma Blogger, en este caso y la empresa Google que la controla) no son servicios de telecomunicaciones tradicionales. Obligarlos a someterse a la reglamentación de los servicios de telecomunicaciones genera riesgos para el ejercicio de la libertad de expresión, el derecho a la privacidad y puede desincentivar el crecimiento de la economía en Internet.

Reporte A/HRC/29/32. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, David Kaye. Disponible en http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/29/32

² Op. cit. Párrafo 34. “Habida cuenta de los derechos fundamentales en cuestión, las limitaciones deberían estar sujetas a una autoridad judicial independiente e imparcial, en particular para preservar el derecho de las personas a las debidas garantías procesales”.

³ Ver, por ejemplo, el párrafo 43 de la Observación General 34 al Artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; de autoría del Comité de Derechos Humanos de la ONU: *“Toda limitación al funcionamiento de los sitios web, los blogs u otros sistemas de difusión de información en Internet, electrónicos o similares, incluidos los sistemas de apoyo a estas comunicaciones, como los proveedores de servicios de Internet o los motores de búsqueda, solo serán admisibles en la medida en que sean compatibles con el párrafo 3. Las restricciones permisibles se deben referir en general a un contenido concreto; las prohibiciones genéricas del funcionamiento de ciertos sitios y sistemas no son compatibles con el párrafo 3...”* (parte pertinente). Disponible en www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/CCPR.C.GC.34_sp.doc

1. Consideraciones preliminares

Internet ha permitido que usuarios que solían ser meros consumidores de información, puedan convertirse en productores de la misma, agregando voces al debate público. Hoy en día, cualquier usuario de internet puede encarnar un canal de comunicación, a través de redes sociales, blogs, foros de discusión y sitios web de la más variada índole. Usuarios de internet también pueden desarrollar sus propias aplicaciones para la comunicación, propia o de terceros. Cada día aparecen nuevas herramientas para comunicarse a través de Internet. Por ello, internet ofrece oportunidades inigualables para la libre expresión y para el ejercicio de otros derechos fundamentales como el derecho a la educación y la libre asociación⁴.

Incluso programas o aplicaciones que se usan para fines de intermediación económica, contienen un elemento de intermediación en comunicaciones que es esencial para su funcionamiento. Por ejemplo, una plataforma que acerca a consumidores con vendedores de productos o servicios, suele proveer la capacidad de enviar mensajes entre oferentes para concretar detalles de prestación de los servicios.

Esto genera desafíos regulatorios en la economía de Internet. Distintos países están ensayando soluciones variadas que incluyen desregulación, regulación ex ante, regulación ex post, principios generales y un largo etcétera. De todas las respuestas posibles, una de las más peligrosas por sus implicancias para los derechos fundamentales de los usuarios es la regulación de las aplicaciones y servicios de Internet como servicios de telecomunicaciones. En secciones subsiguientes daremos ejemplos de ese peligroso enfoque.

2. Entender a las aplicaciones de servicios de Internet como servicios de telecomunicaciones es peligroso para los derechos fundamentales

Los regímenes regulatorios deberían ser diseñados acorde al propósito que se quiera conseguir. Por lo general, los regímenes regulatorios de telecomunicaciones imponen a sus operadores obligaciones como las siguientes:

- Requisitos de licenciamiento o registro con las autoridades de telecomunicaciones
- Requisitos de retención y almacenamiento local de datos y acceso por parte de las autoridades de aplicación de la ley
- Imposición de impuestos como servicios de radiodifusión o servicios de telecomunicaciones

⁴ Naciones Unidas. Asamblea General. Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. A/66/290. 10 de agosto de 2011. Párr. 61. Disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=85

- Regulación como servicios públicos (incluyendo la recaudación fiscal y tarifas de licencia de las telecomunicaciones, el control gubernamental y las obligaciones de servicios públicos)

No deberíamos aplicar regulaciones de licenciamiento al estilo de las telecomunicaciones para los servicios de Internet o las aplicaciones móviles —incluso aquellos que ofrecen servicios de comunicación en línea.

Este tipo de regulación no es adecuada para las aplicaciones y servicios de Internet, y tendría consecuencias negativas para los usuarios de Internet, posiblemente afectando la libre expresión y la capacidad de innovación. En específico, solicitar que los individuos y compañías obtengan una licencia para proveer una aplicación o un servicio de Internet interferiría con el derecho a la libre expresión en relación con la actual interpretación de la normativa de derechos humanos del Artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Un informe histórico elaborado por el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Expresión en 2011 abordó este tema, y señaló que:

«Asimismo, a diferencia del sector de la radio y la televisión, en el cual ha sido necesario establecer registros o conceder licencias para que los Estados puedan distribuir frecuencias limitadas, esos requisitos no son justificables en el caso de Internet, que puede dar cabida a un número infinito de puntos de acceso y un número de usuarios prácticamente ilimitado»⁵.

Algunas propuestas para regular las aplicaciones y los servicios de Internet también tendrían un impacto en la Neutralidad de la Red. La Coalición Global para la Neutralidad de la Red indica que «la neutralidad de la red requiere que Internet se mantenga como una plataforma abierta, en la que los proveedores de acceso a la red tratan por igual y sin discriminación a todos los contenidos, aplicaciones y servicios»⁶. Exigir una licencia o registro para poder ofrecer aplicaciones o servicios de Internet involucra directamente estos principios fundamentales. Los usuarios de Internet ya no tendrían una plataforma abierta para el acceso a estas aplicaciones o servicios sin una interferencia discriminatoria sobre el nivel de la red de telecomunicaciones. En cambio, sus elecciones se verían limitadas a las aplicaciones y servicios con licencia o registro en las autoridades de telecomunicaciones.

Imponer a miles de usuarios, potenciales intermediarios, obligaciones típicas de los servicios de telecomunicaciones, como la obligación de registro y licenciamiento, implica establecer un

⁵ Naciones Unidas - Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial para la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, Frank La Rue, 16 de mayo de 2011. Disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf (a pesar de esto, señala que «la situación es distinta en caso de registro ante un autoridad reguladora de los nombres de dominio, por razones de carácter estrictamente técnico, o de normas de aplicación general que no hacen distinción entre ningún tipo de operación comercial»).

⁶ Coalición Global para la Neutralidad de la Red, This Is Net Neutrality. Disponible en <https://www.thisisnetneutrality.org>

permiso estatal previo para crear un foro de opinión o una plataforma que permita reunirse, organizarse políticamente o ejercer el comercio mediante la comunicación. Por lo tanto, equivale a desincentivar la libre asociación, la participación política y el acceso a la economía digital.

En este último punto, destacamos que establecer obligaciones de servicios de telecomunicaciones sería un grave desincentivo a la generación de valor económico e innovaciones productivas, por la enorme variedad de servicios y aplicaciones que integran el ecosistema de Internet. Entre ellos hay servicios disímiles con objetivos muy diferentes, desde empresas de intermediación económica hasta foros de entusiastas, redes solidarias y mercados alternativos de acceso a bienes de consumo.

3. Los servicios de telecomunicaciones y las aplicaciones y servicios de Internet son técnica y jurídicamente diferentes

Existen importantes diferencias entre los servicios de telecomunicaciones y los servicios en Internet que ameritan distintas aproximaciones regulatorias. A continuación, exponemos algunas de ellas.

3.1 Servicios de telecomunicaciones

Existen importantes razones de interés público para regular los servicios de telecomunicaciones e imponer obligaciones específicas (como la disposición «must carry», el licenciamiento y registro, las tarifas reguladas, etc.).

Las industrias de telecomunicaciones explotan recursos escasos que pertenecen al «dominio público» de los estados: precisamente, el espectro de telecomunicaciones y en algunos casos la infraestructura construida por los gobiernos. La idea de «escasez» en el espectro de la radiodifusión es clave para entender las regulaciones «must carry» que a menudo se aplican a las telecomunicaciones, la televisión por cable y las «cuotas de contenido» que se imponen a los proveedores de servicios audiovisuales. Hay un interés público en la protección de la libertad de expresión en todas sus facetas y el pluralismo a través de la discriminación positiva cuando los actores privados obtienen derechos exclusivos o semiexclusivos para utilizar recursos públicos escasos como el espectro de radiofrecuencia y la infraestructura física mutua para las telecomunicaciones. Este no es el caso de Internet. Así está entendido, por ejemplo, por El Relator Especial de Naciones Unidas sobre Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante de la OSCE sobre Libertad de los Medios de Comunicación, el Relator Especial de la OEA sobre Libertad de Expresión y la Relatora Especial de la CADHP (Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos):

“Para promover la diversidad se debe utilizar el sistema menos invasivo para la administración del espacio radioeléctrico, tomando en cuenta reducciones en la regulación si disminuye el problema de escasez. El sistema de licencias, basado en la consideración de las ondas radioeléctricas como un recurso público limitado, no es legítimo para la transmisión a través de Internet”⁷.

Además, la explotación de recursos públicos por parte de las operadoras de telecomunicaciones trae aparejada una ventaja económica desde el principio y justifica las regulaciones de las cuotas de inversiones, las obligaciones de servicio universal, las tarifas sociales, etc. Esta ventaja se basa en una economía de escala. Esto es particularmente cierto actualmente, debido a las operadoras de «triple play» o convergentes que están emergiendo en todo el mundo. No todas las compañías tendrán la capacidad de ofrecer promociones o paquetes de comunicaciones tan eficientes; lo que hace que los mercados de telecomunicaciones cuenten con altas barreras de entrada y, por lo tanto, tiendan a la cartelización y concentración (falta de competencia).

3.2 Aplicaciones y servicios de Internet (también conocidos como “OTT” -over the top services-)

La Internet se define por la idea de abundancia, no de escasez. Aunque existen servicios/protocolos que cumplen la misma función que las tecnologías de telecomunicaciones (mensajería instantánea, Voz sobre IP, video on demand, etc.), las razones para regular su uso son diferentes. La arquitectura y apertura de Internet, junto al potencial de uso sencillo y escalabilidad casi sin inversión hacen innecesaria la intervención regulatoria del estilo de las telecomunicaciones para incentivar la diversidad o la competencia.

En Internet, cualquiera que tenga acceso a la red puede beneficiarse de sus características de neutral y abierta. La libertad y la elección del consumidor son, por definición, usualmente el factor principal que delimita qué tipo de contenido o servicio es popular. Además, gracias a que no existen cuotas fijas o limitaciones cuantitativas en cuanto al contenido, los actores que encuentran difícil obtener sus propios medios de comunicaciones, o cuyos puntos de vista opositores o minoritarios disuaden a las radiodifusoras, pueden llegar a comunidades interesadas en la Internet. En definitiva, la barrera de entrada al “mercado” de las comunicaciones en la Internet es lo suficientemente baja para que casi cualquier parte interesada pueda operar un servicio de comunicaciones o un medio informático, apoyando en la práctica la democratización de la expresión.

⁷ Relator Especial de Naciones Unidas sobre Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante de la OSCE sobre Libertad de los Medios de Comunicación, el Relator Especial de la OEA sobre Libertad de Expresión y la Relatora Especial de la CADHP (Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos) sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información. Declaración Conjunta sobre Diversidad en la Radiodifusión. 2007. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=719&>

4. Sobre la competencia y el entendimiento de ciertos servicios como “sustitutos”

Teóricamente, los actores económicos «compiten» para vender productos o servicios que pueden ofrecer un valor similar, y pueden funcionar como sustitutos uno del otro. Sin embargo, los usuarios están migrando en su elección de tecnologías más que en el uso de productos o servicios; los servicios de telecomunicaciones y los servicios basados en protocolos de Internet también son tan diferentes que casi no podrían considerarse como «sustitutos». Tomemos por ejemplo los SMS frente a las aplicaciones de mensajería por Internet como Viber, Signal, WhatsApp, o Snapchat: sus modelos de negocio son diferentes (consumo vs. explotación de datos); la tecnología que emplean es distinta; la barrera de entrada al mercado es diferente (y por lo tanto la oferta de alternativas también lo es); y su grado de disponibilidad al público también difiere (existen plataformas de mensajería que están abiertas para que cualquier persona las utilice, mientras que otras son cerradas o exclusivas. No tener acceso a una de ellas no implica poner en peligro el derecho a la comunicación, mientras que no tener acceso a los SMS, por ejemplo, deja al usuario con pocos sustitutos disponibles —o ninguno).

Las políticas públicas para Internet (y las tecnologías de comunicaciones convergentes) deben tomar en consideración el interés público en el ejercicio de los derechos humanos y satisfacer las necesidades de una manera que sea respetuosa de los contextos socioculturales. Es esencial distinguir entre un marco de regulación de la propia tecnología y la regulación del comportamiento humano mientras empleamos dicha tecnología. Regular a la propia tecnología —sin considerar su rol social y repercusiones forzando viejos esquemas para nuevas realidades— puede provocar desigualdades.

Proteger la libertad de expresión hace que debemos tratar a las aplicaciones de Internet —que incluyen el vídeo on demand (VOD), la Voz sobre Protocolo de Internet (VoIP), la mensajería móvil, y los blogs como Blogger.— de la misma manera en que tratamos cualquier otro tipo de tráfico de Internet. Por lo tanto, es de crucial importancia que examinemos meticulosamente las propuestas para nuevas leyes, regulaciones o enmiendas a marcos jurídicos existentes que puedan crear normas del estilo de licenciamiento de telecomunicaciones para las plataformas de Internet y los servicios en línea.

5. Conclusión. Pedido.

Por las razones expuestas, solicitamos a vuestra excelencia reconsiderar su decisión en la sentencia bajo estudio y retirar la orden de registrar un servicio de aplicaciones en Internet como servicio de telecomunicaciones. (Google Inc. y Google Colombia Ltda. en el caso)

También solicitamos que, por lo tanto, anule la disposición que ordena al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones emitir una regulación nacional para la protección de los usuarios de Internet, por no ser ese el espacio indicado para la discusión de un tema tan amplio y de consecuencias tan importantes para la libre expresión. Sólo el

Congreso Nacional debería ser capaz de, a través de un amplio debate público, decidir soluciones regulatorias para la protección de los derechos de los usuarios de una manera equilibrada que no ponga en riesgo la libre expresión en el país.

Javier José Pallero

Encargado de Políticas Públicas para Latinoamérica

Access Now

Pasaporte N°