

Bogotá, 16 de noviembre de 2017

Honorables Magistrados y Magistradas
Corte Constitucional
Sala Sexta de revisión de Tutelas
Atn: **Dr. José Fernando Reyes Cuartas**
Ciudad

Ref. Intervención dentro del Incidente de Nulidad contra la Sentencia T-063 A del 3 de febrero de 2017 proferida por la Sala Sexta de Revisión de la H.Corte Constitucional (Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio), dentro de la revisión de la Sentencia dictada por el Juzgado 21 Civil del Municipal de Bogotá, en la acción de tutela instaurada por JOHN WILLIAM FIERRO CAICEDO contra GOOGLE LLC (antes GOOGLE INC) y GOOGLE COLOMBIA LTDA.

Nosotros, Carolina Botero Cabrera, Directora de la Fundación Karisma y Julio César Gaitán Bohórquez, Director del Centro de Internet y Sociedad de la Universidad del Rosario -ISUR-, identificados como aparece al pie de nuestras firmas procedemos a presentar ante ustedes nuestro concepto sobre el tema de la referencia.

Más allá de los desafíos que supone la decisión en el proceso de la referencia en relación con la tensión entre los derechos a la libertad de expresión y a la intimidad, el caso evidenció que existen unos retos especiales que la Corte debe considerar al momento de tomar decisiones en relación con Internet. De la forma como la Corte asuma este compromiso depende en buena medida que este medio se mantenga como una herramienta clave para el disfrute y ejercicio de la libertad de expresión por cualquier persona. La sentencia T-063A/17 modificó sustancialmente la jurisprudencia que la propia Corte venía desarrollando, entre otros temas sobre los intermediarios de Internet, y además no cumple con los estándares de derechos humanos aplicables al entorno digital, eludiendo el análisis de asuntos de relevancia constitucional.

Creemos que el mejor aporte que la Fundación Karisma e ISUR pueden hacer en este contexto es el de resaltar el muy particular entorno tecnológico respecto del que correspondió a la Corte pronunciarse. Internet es un entorno cuyas características afectan e impactan el ejercicio de derechos fundamentales en formas que no son las mismas del mundo analógico aunque tampoco es un territorio sin ley. El marco jurídico aplica a esta red como lo hace en el mundo análogo. Sin embargo, no es posible hacer extensivo a Internet ese marco sin considerar sus particularidades y dimensionar las afectaciones más allá de los casos particulares.

La presente intervención se concentra, entonces, en explicar el rol de los intermediarios de internet en esa tecnología disruptiva que ha conseguido modificar ostensiblemente realidades sociales, como también ha reconfigurado el terreno jurídico. En este contexto, casos como el de la referencia no se pueden ver exclusivamente desde la tradicional tensión entre derechos fundamentales sino que se debe, además, proteger el potencial democratizador de Internet y ser consciente de que las decisiones que se tomen afectan su estructura.

En el pasado la Corte ha admitido que en el trámite de nulidad se presenten intervenciones ciudadanas que apoyen la solicitud y sirvan al análisis. El presente documento busca exponer las graves consecuencias de la decisión adoptada en la sentencia T-603A/17 que, como mostraremos, desconoce jurisprudencia asentada por la sala plena de la Corte y falla en considerar importantes argumentos que evidencian incongruencias entre la parte motiva y la resolutive, en particular en lo relacionado con los intermediarios de internet y llamando la atención sobre los efectos que puede tener en relación con el anonimato y su relación con la libertad de expresión. Creemos que los importantes efectos que este caso puede tener en el ecosistema de Internet justificaría incluso que la Corte programe una audiencia pública para escuchar a las diferentes partes interesadas en los efectos de este fallo y, de ser ese el caso, nos encantaría participar en un evento de ese tipo.

Los intermediarios de Internet

Para que Internet funcione hay un sinnúmero de facilitadores de tecnología sin los cuales no es posible realizar tareas cotidianas como enviar correos, montar una página web o leer el periódico. Para hacer todo eso se necesita de facilitadores en las tres capas de Internet: (1) la de infraestructura física, (2) la de estándares y servicios técnicos, y (3) la de estándares de contenidos y aplicaciones. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) propuso en 2011 una definición de estos actores clave:

*Los intermediarios de Internet acercan o facilitan transacciones entre terceros en Internet. Dan acceso a, hospeda, transmite o indexan contenido, productos y servicios originados por terceros en Internet o proveen servicios basados en Internet a terceros.*¹ (Traducción propia)

En esa estructura son varios y de diferente tipo los intermediarios que participan facilitando la conectividad. Dado el dinamismo de la red, difícilmente se puede hablar de una lista cerrada de categorías. Sin embargo, en 2011 la OCDE identificó 6 tipos de intermediarios

1. Proveedores de Servicios de Internet (PSI), que se refieren a quienes ofrecen la conexión, sea por cable o celular. Se conocen internacionalmente como *Internet access and service providers* (ISPs).
2. Procesadores de datos y proveedores de hospedaje para la Web, que incluye a los registradores de nombres de dominio.
3. Motores de búsqueda de Internet y portales.
4. Intermediarios de comercio electrónico.
5. Sistemas de pago para Internet.
6. Plataformas de trabajo colaborativo, que incluyen plataformas de publicación en Internet y de *broadcasting*. Usualmente este intermediario ni crea ni es propietario del contenido que protegen o emiten.

Según quién haga la clasificación, habrá otros intermediarios a considerar. Así por ejemplo, más recientemente y con una visión de respeto a derechos humanos, en el informe de 2016 del Relator de Naciones Unidas para la promoción y protección al derecho a la libertad de expresión, David Kaye, hablando sobre el rol del sector privado en la era digital clasificó

¹ OECD (2011). *The Role of Internet Intermediaries in Advancing Public Policy Objectives*. OECD Publishing. Recuperado en <http://dx.doi.org/10.1787/9789264115644-en>.

a los intermediarios, especialmente empresas privadas, en diferentes categorías que, dice, muchas veces se superponen. Estos intermediarios pueden ser los que:

1. facilitan la conexión a internet
2. diseñan y mantienen el hardware y los sistemas operativos que facilitan el procesamiento de la información y el acceso a internet.
3. asignan los nombres de dominio.
4. hospedan información
5. facilitan la agregación, el compartir y la búsqueda de información.
6. producen y regulan el acceso a nuestro propio contenido
7. conectan usuarios y comunidades
8. venden mercancías y servicios y facilitan las transacciones
9. recolectan, reutilizan y venden datos.

En todo caso, cualquier clasificación nos permite deducir algunas conclusiones acerca de los intermediarios:

- En términos generales, se trata de actores necesarios para el funcionamiento de Internet y en su calidad de intermediarios, en principio, no son responsables del uso que los usuarios hagan de sus servicios..
- Aunque las categorías buscan resaltar las diferencias en el papel de los diferentes intermediarios que hay en Internet, lo cierto es que usualmente un mismo intermediario tendrá actividades en más de uno de estos roles. Así, por ejemplo, ETB es una empresa que provee servicios de Internet y también presta servicios de alojamiento de contenidos para otros. Es un servidor en la capa de infraestructura que está a disposición de otros y al tiempo opera en la capa de contenidos y aplicaciones.
- Adicionalmente, la situación puede ser más compleja. Sabemos que los intermediarios también usan su plataforma o servicio para circular, comercializar u ofrecer contenidos o productos que le son propios. Así, Claro, que es un intermediario, ofrece además una plataforma de contenido para ver películas a quien se suscriba a su servicio de acceso a Internet y en ese sentido no será intermediario.

Ya que Internet está soportado en una arquitectura descentralizada y abierta a la que cualquiera se conecta con base en unos protocolos públicos, con estándares abiertos, los usuarios usualmente no son conscientes de la existencia de los intermediarios. Por ejemplo, una persona lee el periódico en línea en esencia de la misma forma como lo hace en papel. La diferencia estriba en que, en lugar de requerir a un vendedor del periódico de papel, la persona se conecta a Internet desde su computador o celular sin saber que cómo se transmiten las peticiones los servidores de la red y que, a partir de ese momento, hay varios intermediarios que lo ayudan a "navegar", acceder al contenido, comentar, etc. La persona percibe sencillamente que "entra" directamente al periódico.

El propósito esencial de clasificar a los intermediarios es resaltar que cumplen actividades diferentes que suponen procesos tecnológicos distintos, que tienen capacidades diversas, pero también tienen características comunes como facilitadores de la tecnología. Este entorno no ha sido ajeno al marco jurídico pues ha generado efectos importantes en el ejercicio de derechos y ha propiciado el desarrollo de sus propios marcos jurídicos.

La arquitectura descentralizada y abierta de Internet ha permitido maximizar el poder de los usuarios de innovar y crear; de buscar contenidos e información y de generarlos; de compartir ideas; de participar más ampliamente en el mercado laboral, en la vida política; de asociarse, de manifestarse, de educarse y un largo etcétera. Cuando existen controles excesivos, gubernamentales o privados, de cualquiera de las tres capas antes mencionadas, los beneficios sociales, políticos y económicos quedan mermados significativamente. En este sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha afirmado que

*Internet se ha desarrollado a partir de determinados principios de diseño, cuya aplicación ha propiciado y permitido que el ambiente en línea sea un espacio descentralizado, abierto y neutral. Es importante que cualquier regulación que se produzca [...] mantenga las características básicas del entorno original, potenciando su capacidad democratizadora e impulsando el acceso universal y sin discriminación*².

El acceso y uso de Internet, en una forma que respete esa arquitectura descentralizada y abierta amplía las posibilidades para el ejercicio de los derechos humanos, condición necesaria para el mantenimiento de democracias robustas pues la red ha permitido, además, que la información circule de manera rápida y amplia, sin discriminación de quien busque la información y, sobre todo, permite que quien la recibe no sea un mero receptor pasivo, sino que además puede ser **un activo publicador** que puede dar altavoz a su opinión, a sus ideas. Sin duda cabe reconocer que estas características no están exentas de riesgo y amenazas.

Ya para 2011, el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), resaltaron

*el carácter transformador de Internet, como medio que permite que miles de millones de personas en todo el mundo expresen sus opiniones, a la vez que incrementa significativamente su capacidad de acceder a información y fomenta el pluralismo y la divulgación de información.*³

Adicionalmente, el anterior Relator Especial de Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Expresión y de Opinión, Frank La Rue, fue enfático en señalar que, al actuar como catalizador para que las personas ejerciten la libertad de expresión y de opinión, Internet facilita también la realización de un amplio rango de derechos humanos.⁴ Más aún, en julio de 2012, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas emitió una resolución

² CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Libertad de expresión e Internet. oea/Ser.L/V/II. cidh/rele/inf.11/13. 31 de diciembre de 2013. párr. 11. Disponible en: <http://bit.ly/1WHr6cD>

³ Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet. 1 de junio de 2011, Considerando No. 4. Recuperado en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849&IID=2>.

⁴ Report of the Special Rapporteur on freedom of opinion and expression, Frank La Rue (2011, 6 May). A/HRC/17/27. Recuperado en http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf.

en la que resalta que Internet es un espacio de derechos humanos, por lo tanto, estos deben ser protegidos sin distinción a como ocurre en el contexto no digital.⁵ Ahora bien, en todos estos documentos se reconoce que la estructura libre y abierta de internet y su potencial de desarrollo efectivo de los derechos humanos de las personas depende en buena medida de los intermediarios.

El Relator de Naciones Unidas para la libertad de expresión, David Kaye, en su informe de 2016 sobre el rol del sector privado para el desarrollo de internet reconoce e identifica la profunda influencia que tienen en general los actores privados en el respeto a la libertad de expresión en la era digital, también busca desarrollar las responsabilidades que recaen sobre las autoridades para asegurarse que se proteja este espacio como uno en defensa y promoción de la libertad de expresión. En su documento, Kaye reconoce como problemático la tendencia de que los Estados hagan responsables a los intermediarios por los contenidos de terceros que alojan justificando esta intervención de muy diversas formas, entre otras difamación⁶. El informe llama la atención sobre las restricciones extralegales que se desarrollan en algunos Estados cuando presionan a “redes sociales y otras empresas que alojan contenido generado por usuario para monitorear y retirar contenido por su propia iniciativa, en lugar de esperar requerimientos con base legal”.⁷

Cuando la decisión de la corte que se comenta tan solo reconoce como intermediario a los buscadores (como Yahoo o Google) la sentencia T-603A desconoce todo el marco descrito hasta ahora. Google como propietario de la plataforma Blogger también tiene el carácter de intermediario, en este caso no es un motor de búsqueda y no es intermediario por ese motivo, pero lo es porque ofrece la plataforma para alojar contenido generado por terceros.

Google puede ser en ocasiones **motor de búsqueda de Internet y portales** es decir, **facilita la agregación, el compartir y la búsqueda de información**; mientras que en otras oportunidades, como en el caso que estudió la Corte, actúa como **plataforma de trabajo colaborativo**, es decir, **conecta usuarios y comunidades**. Como sea, en ambos casos se debe reconocer su rol de intermediario y ello no significa que en otras oportunidades su rol sea distinto, pero este no es el caso. Precisamente, en un contexto de ejercicio de la libertad de expresión, cuando es buscador facilita a las personas encontrar la información, mientras que cuando ofrece una plataforma para publicar blogs, le da a esas personas el altavoz, les permite publicar sus opiniones e ideas para que otros las conozcan.

Plataformas como Blogger proveen la infraestructura para que las personas activen el carácter transformador de Internet y por tanto pueden potenciar el ejercicio de su libertad de expresión. A través de estos intermediarios se permite que las voces de muchos se escuchen en Internet. Por eso, realmente la pregunta es si **¿los intermediarios de Internet son responsables de lo que hacen sus usuarios en la red?**

Al proveer los canales, las plataformas, los servicios necesarios para que se de la comunicación en Internet, los intermediarios son actores claves de este proceso. No obstante, es importante no perder de vista que los intermediarios son esencialmente

⁵ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2012, 29 de julio). *Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet*. A/HRC/20/L.13. Recuperado en http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_20_L13.pdf.

⁶ Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, A/HRC/32/38, 11 mayo 2016. párr. 76.

⁷ Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, A/HRC/32/38, 11 mayo 2016. párr. 45.

organismos privados. Resaltar este carácter en contexto de la libertad de expresión es importante pues como dice el Relator de Naciones Unidas para la libertad de expresión, David Kaye, “los intermediarios privados no suelen disponer de medios suficientes para determinar la ilegalidad de los contenidos”.⁸ Esta circunstancia hace que se termine removiendo contenidos legítimos y con ello vulnerando la libertad de expresión cuando son presionados y deben asumir responsabilidad por los contenidos de terceros.

Como los servicios que proveen los intermediarios pueden ser usados tanto para actividades totalmente legales como para otras tipificadas en las legislaciones nacionales como ilegales (tales como actividades de terrorismo, abuso sexual contra menores, fraude, piratería y un largo etcétera). Por tanto, no hay duda que existe una importante tensión para convertirlos en actores de control en el cumplimiento de las normas respecto de las personas que los usan. Por el papel que pueden jugar en ese control, durante las últimas décadas se ha discutido hasta dónde y cómo estos intermediarios son responsables de las acciones de los usuarios.

El intermediario es un actor privilegiado para interferir en los contenidos y, en general, en la información que circula por Internet. Es por ello por lo que buena parte del debate sobre la circulación de contenidos indeseables, ilegales o su uso indebido o ilegal busca llevar al intermediario a una posición de “guardián” de la actividad de los usuarios.

La discusión ha tenido como eje jurídico las normas de responsabilidad civil existentes. Así, se busca aprovechar la posición privilegiada de los intermediarios en Internet para que se conviertan en guardianes que controlen las actividades indeseadas de las personas que las usan. Las discusiones se han concentrado principalmente en desarrollar las teorías de responsabilidad civil extracontractual para hacer extensiva la posible responsabilidad del usuario al intermediario que pudo ser vehículo de la infracción. Si bien también ha habido argumentos a favor de aplicar a los intermediarios la responsabilidad objetiva, es una opción que no ha tenido mucha acogida en la doctrina.

A través de la teoría del “ama de llaves” o “guardián”, se explica como efectivamente con el correcto incentivo un intermediario puede implementar mecanismos de control que apoyen el cumplimiento de determinadas disposiciones legales.⁹ Esto a pesar de que ni siquiera esté en su interés hacerlo, pues, solo requiere el debido incentivo. No se trata de una teoría nueva, no nació con Internet. No obstante, ilustra de manera muy gráfica el papel que ante los riesgos de conductas indeseables por las personas usuarias se busca que juegue el intermediario en este nuevo contexto tecnológico. Así, por ejemplo, si para evitar que niñas, niños y adolescentes beban alcohol, se impone la obligación al tendero de no venderlo a menores de 18 años o, de lo contrario, enfrentará sanciones concretas (como el cierre del establecimiento); también se puede buscar evitar que se distribuyan películas piratas haciendo que *YouTube* las bloquee o, de lo contrario, este intermediarios también podría enfrentar sanciones.

Jurídicamente se hace responsable al intermediario de la conducta indeseada del tercero, a menos que asuma un comportamiento determinado. La analogía es buena y tiene fines legítimos. Sin embargo, si no se tiene de presente el papel más complejo y decisivo que

⁸ Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, A/HRC/32/38, 11 mayo 2016. párr. 44.

⁹ Véase Cortés, C. Las llaves del ama de llaves: la estrategia de los intermediarios en Internet y el impacto en el entorno digital”, en Bertoni, E.A. (Comp., 2014). *Internet y derechos humanos: aportes para la discusión en América Latina*. Buenos Aires, Argentina: Del Puerto, pp. 61 y ss. Recuperado en <http://www.palermo.edu/cele/pdf/InternetyDDHH.pdf>.

tiene un intermediario en Internet (a diferencia del que puede tener un intermediario en el mundo analógico) y los efectos del propio Internet (el tiempo, por ejemplo, se mide diferente para cada caso; a un menor le niegan ahora la cerveza, a un internauta le sacan de circulación un video, pero los efectos son más permanentes y globales), el análisis queda a mitad de camino.

Este debate sobre la responsabilidad de los intermediarios en el mundo está desarrollando varios modelos para regular mecanismos que incentiven a los intermediarios a actuar como guardianes. Los modelos que se pueden describir son los siguientes:

1. Un sector de la doctrina reclama un modelo de responsabilidad objetiva para los intermediarios, del estilo de la derivada por “actividad peligrosa”. Esto supondría hacerlos responsables por las acciones de sus usuarios independientemente de su participación o conocimiento sobre la ilicitud, de acogerse esta teoría no habría inmunidad para los intermediarios. Los peligros de esta aproximación son evidentes y no tienen mayor acogida fuera del análisis académico.
2. Un segundo modelo es el de los puertos seguros o *safe harbors*. En este caso son sistemas que se han venido consagrando incluso legislativamente. Ofrecen a los intermediarios inmunidad, siempre y cuando cumplan una serie de condiciones. Se puede hablar de tres sistemas:¹⁰
 - a. **Privado o Notice-and-takedown** (notificación y retiro), que consiste en que la ley mantiene la inmunidad del intermediario si éste retira el contenido una vez tiene conocimiento de su presunta ilicitud. La notificación suele provenir de quien se siente vulnerado en su derecho. Es privado, pues, al final el incentivo y el procedimiento dejan en manos del intermediario la decisión sobre la ilicitud, ya que el remedio es inmediato y el intermediario tiene poco margen de maniobra. Este sistema no ofrece ningún incentivo para analizar el caso y sus posibles zonas grises. Si el intermediario bloquea el contenido está en puerto seguro, de lo contrario puede ser responsable legalmente.
 - b. **Administrativo**, que también puede derivarse de un procedimiento de notificación por quien se considera vulnerado, al intermediario. A diferencia del anterior, el procedimiento involucra a una autoridad administrativa (en un plazo relativamente corto), encargada de tomar la decisión y, eventualmente, ordenar el retiro o bloqueo del contenido al intermediario. En este caso, se espera que la autoridad administrativa haga una valoración de posibles conflictos de derechos, por lo cual la decisión final no es del intermediario.
 - c. **Judicial**, que se activa una vez el intermediario recibe la notificación y después de un procedimiento -que puede incluir o no notificación por el propio intermediario al presunto infractor (cuando esto sucede se busca que el presunto infractor actúe voluntariamente para retirar el contenido si es el caso)-. Como es de esperar, la decisión sobre una posible infracción o no la toma el juez. En este caso, se reconoce la existencia de posibles conflictos de derecho y el análisis está en manos del juez.

La inmunidad derivada de procedimientos privados de puerto seguro (como el que existe para el bloqueo de contenidos infractores de derecho de autor en los Estados Unidos, establecido en la *Digital Milenium Copyright Act -DMCA*) ha sido fuertemente criticada por

¹⁰ Véase Botero, C (2013). El Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica (TPP). *Foreign Affairs Latinoamérica*. Recuperado en <http://karisma.org.co/?p=2270>.

su afectación al debido proceso para el usuario, por no incluir un análisis de posible afectación de sus derechos. La crítica también está asociado a los problemas derivados del poco o nulo incentivo del intermediario para considerar que cualquier retiro puede representar un riesgo importante para el ejercicio de la libertad de expresión para los usuarios, al final la decisión es de un privado que no tiene otro incentivo sino el de su propia inmunidad.

Ahora bien, los procedimientos administrativos al menos plantean el posible conflicto y no dejan en manos del intermediario (ente privado) la decisión sobre el bloqueo de contenidos,¹¹ pero son costosos y la decisión del conflicto entre posibles derechos fundamentales queda en manos de técnicos. Estos procedimientos se usan en casos en los que la sociedad está más dispuesta a tolerar un mecanismo menos garante, como cuando se habla de protección de poblaciones vulnerables, como lo son los menores. Prueba de ello son las decisiones que los Estados han tomado para bloquear contenidos considerados como abuso sexual de menores (antes conocidos como pornografía infantil, el procedimiento en Colombia es el único que existe hasta ahora y está en manos de la Policía y, sobre todo, del Ministerio de las TIC).

En todo caso, la consagración legal de estos modelos a nivel mundial ha sido implementado especialmente en el terreno de la protección del derecho de autor. En este sentido, el procedimiento judicial que incluye la modalidad de *Notice-and-Notice* (Canadá) o la que lo deja directamente en manos del juez (Chile) se han posicionado como los más garantes, pues, se reconoce una posible tensión de derechos que corresponde al juez dirimir, manteniendo inmunes a los intermediarios.

3. Un tercer modelo es el de inmunidad total que se encuentra en los Estados Unidos en el *Communications Decency Act* (atención, esto excluye las infracciones al derecho de autor, pues, la DMCA se encarga de proveer inmunidad condicionada para estos casos.¹²)

Con la inmunidad absoluta se protege a los intermediarios de una amplia gama de posibles infracciones. De acuerdo con Álvarez y Rabinovich, permitiendo la innovación de Internet, aunque se critica por la ausencia de deberes en cabeza de los intermediarios.¹³

En Colombia no hay disposiciones legales para la inmunidad de los intermediarios, excepto para contenidos sobre abuso sexual con menores, Colombia no ha regulado el tema generando un vacío que hasta ahora vienen llenando los jueces.

La jurisprudencia de la Corte ha reconocido este factor. En la sentencia T-277 de 15 una persona pide la tutela de sus derechos al buen nombre, la intimidad, el debido proceso, de petición y al trabajo frente al diario El Tiempo porque consideró que éstos eran vulnerados mediante la publicación de una nota de prensa informando sobre una supuesta participación de esa persona en hechos constitutivos de un delito sin que nunca se probara su participación, y luego esta información había sido indexada por el motor de búsqueda

¹¹ La ley Sinde en España, por ejemplo, adopta este procedimiento para el tema de derecho de autor. También es similar al que existe en Colombia para el bloqueo de contenidos relacionados con pornografía infantil.

¹² "No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the Publisher or speaker of any information provided by another information content provider." *U.S. Communications Decency Act (CDA)*, 47 U.S. §230(c)(1). Recuperado en <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/47/230>.

¹³ Álvarez Ugarte, R. & Rabinovich, E. (2013). Los intermediarios y los desafíos para la libertad de expresión. *Revista cuestión de derechos*, No 4. Recuperado en <http://www.cuestiondederechos.org.ar/pdf/numero4/Articulo-8.pdf>.

Google.com.

En relación con Google la sentencia acogió la Declaración Conjunta sobre libertad de expresión e internet ya mencionada¹⁴ y reconoció:

“... en torno a la responsabilidad que cabe a los intermediarios de internet, la mencionada declaración conjunta señala: "Ninguna persona que ofrezca únicamente servicios técnicos de Internet como acceso, búsquedas o conservación de información en la memoria caché deberá ser responsable por contenidos generados por terceros y que se difundan a través de estos servicios, siempre que no intervenga específicamente en dichos contenidos ni se niegue a cumplir una orden judicial que exija su eliminación cuando esté en condiciones de hacerlo ("principio de mera transmisión"). Es decir, que se propende por dotar a los intermediarios de internet de cierta inmunidad, de tal forma que no se les haga responsables por los contenidos y actividades que los usuarios del sistema desarrollan. Lo anterior se explica porque atribuir responsabilidad a quienes prestan estos servicios, por lo general actores privados, podría afectar la neutralidad de internet y sus principios de no discriminación y acceso en condiciones de igualdad, al convertir a los intermediarios en censores que controlarían el contenido y tipo de información que comparten los usuarios”.

Efectivamente en esa disposición la Declaración no se refiere a intermediarios que ofrecen plataformas y como la sentencia de 2015 se refería a motores de búsqueda le bastó con esa referencia. Sin embargo, en el párrafo 2b de la Declaración se hacen extensivas las consideraciones sobre inmunidad para otros intermediarios, incluidos los de plataformas, indicando:

Debe considerarse la posibilidad de proteger completamente a otros intermediarios, incluidos los mencionados en el preámbulo, respecto de cualquier responsabilidad por los contenidos generados por terceros en las mismas condiciones establecidas en el párrafo 2(a). Como mínimo, no se debería exigir a los intermediarios que controlen el contenido generado por usuarios y no deberían estar sujetos a normas extrajudiciales sobre cancelación de contenidos que no ofrezcan suficiente protección para la libertad de expresión (como sucede con muchas de las normas sobre "notificación y retirada" que se aplican actualmente).

En consecuencia, una sentencia en 2017 que se refiere a otros intermediarios debe hacerles extensiva la inmunidad que la Corte reconoció en 2015, siempre que ese intermediario, como se dijo en la declaración, no intervenga con dicho contenido ni se niegue a cumplir una orden judicial.

La jurisprudencia de la Corte había sido consistente, había recogido los estándares internacionales que se están construyendo en esta materia para concluir que el responsable del contenido es su generador y que el intermediario debe ser beneficiario de una suerte de inmunidad que es lo que garantiza el ejercicio de derechos fundamentales por parte de las personas usuarias de sus servicios, siempre que cumpla con unas condiciones. A la sentencia de 2015 se suma en un análisis similar la decisión T-040 de 2013.

En todo caso, en el análisis que haga el juez es importante que se refleje el principio de legalidad. La legislación colombiana solo permite el bloqueo de contenidos en Internet cuando se trata de material de abuso sexual de niños, niñas y adolescentes. Cuando el

¹⁴ Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet. 1 de junio de 2011, Considerando No. 2. Recuperado en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849&IID=2>.

acceso a internet se limita más allá de lo que expresamente está previsto en la ley, el juez proveería por vía general una barrera que no es compatible con su deber de ofrecer y garantizar acceso a una Internet libre y abierta, además de que violaría el derecho a la libertad de expresión por vía de obstaculizar injustificadamente el acceso a la información. En suma, un juez al analizar el caso está sujeto al principio de legalidad y a definir el caso concreto. No puede adoptar mecanismos generalizados de remoción de contenidos por parte del intermediario como hizo en la sentencia que se comenta. En todo caso, cabe resaltar que el intermediario no está capacitado para hacer el análisis de tensión de derechos y determinar la ilegalidad del contenido, ese es un análisis que pasa por estándares de derechos humanos y está sujeto a la ponderación que en cada caso debe realizar el juez.

Anonimato como garantía para el ejercicio de la libertad de expresión y respeto al derecho a la intimidad

De los muchos otros temas que podemos abordar en relación con la sentencia T-063A de 2017, creemos que es necesario hablar y cuestionar la forma como la Corte aborda el tema del anonimato. La presunción que hace de la nocividad y el daño que la expresión anónima vulnera gravemente los derechos a la libertad de expresión y a la intimidad. En su informe sobre anonimato y cifrado de 2016 el relator para la libertad de expresión de la ONU, David Kaye, concluye:

“el cifrado y el anonimato, y los conceptos de seguridad detrás de estos temas, proveen la privacidad y seguridad necesarias para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en la era digital. Esa seguridad puede ser esencial para el ejercicio de otros derechos incluyendo los derechos económicos, la intimidad, el debido proceso, la libertad de reunión y asociación y el derecho a la vida y a la integridad personal. Por su importancia para los derechos a la opinión y a la libertad de expresión, las restricciones al cifrado y al anonimato deben ser estrictamente limitadas de acuerdo con los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y legitimidad en el objetivo”¹⁵

El anonimato entonces juega un rol importante en proteger la intimidad de las personas y en consecuencia en el ejercicio de la libertad de expresión, y es clave para la participación y el debate político. En su informe “Libertad de expresión e Internet” la relatora especial para libertad de expresión de la OEA en 2013, Catalina Botero, retomaba también las palabras del ex-relator de la ONU ese mismo año para afirmar:

“En virtud de esta relación estrecha entre libertad de expresión y privacidad, los Estados deben evitar la implementación de cualquier medida que restrinja, de manera arbitraria o abusiva, la privacidad de los individuos (artículo 11 de la Convención Americana), entendida en sentido amplio como todo espacio de intimidad y anonimato, libre de amedrentamiento y de represalias, y necesario para que un individuo pueda formarse libremente una opinión y expresar sus ideas así como buscar y recibir información, sin ser forzado a identificarse o a revelar sus

¹⁵ Naciones Unidas. Informe del Relator Especial para la promoción y protección del derecho a la libertad de expresión, David Kaye. A/HRC/29/32. Mayo 22 de 2015. Párr. 56. Recuperado en http://www.globalmediapolicy.net/sites/default/files/Report%20A.HRC_.29.32%20Special%20Rapporteur.pdf

creencias y convicciones o las fuentes que consulta”.¹⁶

El informe de Kaye destaca cómo una tendencia de la era digital es afectar la seguridad y la privacidad en línea especialmente justificados por amenazas terroristas. Considera preocupante la mencionada tendencia y para ilustrar su preocupación ofrece una lista de los problemas y los ejemplos que identifica alrededor del mundo. De ese listado nos permitimos resaltar dos preocupaciones: la prohibición del anonimato en línea que interfiere con el derecho a la libertad de expresión¹⁷ y la responsabilidad de intermediarios¹⁸

En el caso de las prohibiciones al anonimato en línea que interfieren en el derecho a la libertad de expresión menciona desde prohibiciones constitucionales al anonimato como sucede en Brasil y Venezuela, el registro obligatorio de quienes usan computadores en cibercafés de Irán, o el registro celular colombiano que existe desde 2011¹⁹. También menciona cómo en Rusia se exige a los blogueros que tienen más de 3000 lectores que se registren como medios ante la autoridad, que se identifiquen públicamente y a los usuarios de cibercafés se les exige identificarse para acceder a la conexión WiFi. Para el relator estos y otros son ejemplos de políticas que afectan directamente el anonimato, especialmente entre quienes acceden a internet solo mediante tecnologías móviles²⁰ y van en contravía de la obligación del Estado que es precisamente la de proteger y promover el respeto por las herramientas que permiten el ejercicio de derechos humanos.

En relación con la responsabilidad de intermediarios, Kaye menciona que algunos Estados y Cortes han tomado decisiones para imponer responsabilidades a los proveedores de internet y las plataformas para regular los comentarios por usuarios anónimos. Menciona como ejemplos la ley de medios en Ecuador, o el caso Delfi v. Estonia (No. 64569/09) de la Corte Europea de derechos humanos que confirmó una ley de Estonia que impone responsabilidad a una plataforma de medios por declaraciones anónimas difamatorias publicadas en su sitio. Este tipo de medidas que responsabiliza a los intermediarios, pueden llevarlos a establecer políticas de identificación con el nombre verdadero, lo que socava el anonimato, o a decisiones de retirar contenidos de los sitios pues resulta demasiado oneroso implementar sistemas de filtrado, lo que finalmente afecta a los medios pequeños e independientes²¹. La reflexión de Kaye en este punto termina invitando a los Estados a revisar e implementar los Principios de Manila en responsabilidad de intermediarios que fueron diseñados por un grupo de organizaciones de la sociedad civil²².

La sentencia bajo análisis debe ser revisada pues no puede quedar como otro ejemplo de vulneración de los derechos fundamentales cuando la obligación del Estado es la promoción y el respeto de estos derechos.

Conclusión

Ante la ausencia de legislaciones, los casos en que se plantea la obligación para los

¹⁶ OEA, “Libertad de expresión e internet”, Catalina Botero, 31 diciembre de 2013, párr. . Recuperado en http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_internet_web.pdf.

¹⁷ Naciones Unidas. Informe del Relator Especial para la promoción y protección del derecho a la libertad de expresión, David Kaye. A/HRC/29/32. Mayo 22 de 2015. Párr. 49. Recuperado en http://www.globalmediapolicy.net/sites/default/files/Report%20A.HRC_.29.32%20Special%20Rapport_eur.pdf.

¹⁸ Ibidem, párr. 54.

¹⁹ Castañeda, J.D. “Un rastreador en tu bolsillo” (2017). Fundación Karisma. Disponible en: <https://nomascelusvigilados.karisma.org.co/>

²⁰ ibidem. párr. 49.

²¹ Ibidem, párr. 54.

²² Documento que puede consultarse en <https://www.manilaprinciples.org/es>.

intermediarios de bloquear de alguna forma contenidos de sus usuarios quedan directamente en manos del juez quien está obligado a resolver la tensión de derechos. En ese proceso el Juez deberá hacer un ejercicio de ponderación para analizar la infracción.

Adicionalmente, el juez debe considerar que en general no es fácil establecer cuál es el contenido ilegal que se comunica en Internet. El principal problema es que cuando el Juez decide trasladar esta responsabilidad al intermediario, usualmente empresas de carácter privado, las convierte en un sabueso investigador que tomará decisiones sobre la legalidad o no del contenido o de su uso, lo que puede afectar la naturaleza de Internet, de su arquitectura, haciéndole perder, precisamente, su potencial democratizador.

El mayor riesgo de poner a los intermediarios en una posición de guardianes es el de asignarles la potestad de dirimir conflictos de derechos civiles. Si el único incentivo para estos intermediarios es no ser responsables de actos de terceros, la posibilidad de que alguien busque decisiones equilibradas entre los derechos en juego para la sociedad virtualmente desaparece (i.e. libertad de expresión, intimidad, seguridad, derecho de autor). En definitiva, “siempre es más barato borrar a un sitio marginal que pagar abogados”²³ o sanciones. La verdad es que en estos casos el intermediario actuará en forma conservadora y, ante la duda, irá más allá, será precavido. Así, por ejemplo, la orden judicial en Argentina de bloquear el sitio *Leakymails* llevó al cierre transitorio de cientos de otros.²⁴

Por el ciberespacio circulan contenidos e información que sirven a propósitos indeseados, pero también circulan contenidos e información perfectamente legales. Incluso los mismos contenidos e información que en un contexto pueden ser no deseados, en otro están al servicio de propósitos loables y legales. Al momento de fallar casos concretos se debe considerar el verdadero alcance de la decisión. En 2007, un fallo de la justicia brasileña, que intentaba evitar la difusión de un video con escenas de sexo de la modelo Daniela Cicarelli, tuvo como consecuencia el bloqueo de todo YouTube en Brasil durante varios días y obligó al tribunal a revertir y graduar la decisión.²⁵ El fallo del juez debe buscar la mínima afectación. Desafortunadamente eso no fue lo que sucedió con el fallo T-063A.

La neutralidad de la red se predica de los intermediarios de Internet. Ellos por virtud de este principio son los llamados a evitar discriminar. Cuando la autoridad (legislativa, ejecutiva o judicial) le impone deberes de bloqueo o filtrado de contenidos a los intermediarios les impone una obligación de la que no pueden sustraerse y las personas usuarias de esos servicios ya no podemos reclamar siquiera la neutralidad del intermediario. La neutralidad como principio no se predica del Estado, impone la obligación de garantizar para su ciudadanía que las normas que provea permitan que los intermediarios sean neutrales. Cuando el Estado exagera en su capacidad de determinar el bloqueo o filtrado de contenidos, nos retira la garantía de esa neutralidad. En ese sentido, las autoridades están obligadas a hacer un análisis juicioso de los derechos en conflicto y evitar tomar decisiones que hagan inocuas las disposiciones y garantías de neutralidad que exigimos a los intermediarios.

²³ Álvarez Ugarte, R. & Rabinovich, E. *op. cit.* (nota 37), p. 115.

²⁴ De Zárate, F (2011, 20 de agosto). Por un error en el bloqueo a “leakymails”, salen de servicio un millón de blogs. *Clarín*. Recuperado en http://www.clarin.com/politica/bloqueo-leakymails-servicio-millon-blogs_0_539346207.html.

²⁵ YouTube vuelve a ser accesible en Brasil tras el bloqueo por el vídeo de Cicarelli (2007, 9 de enero). *El País*. Recuperado en http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2007/01/09/actualidad/1168334884_850215.html.

Por otra parte, la sentencia T063A/17 no será recordada como una disposición garantista y promotora del anonimato que es herramienta de ejercicio de derechos fundamentales, sino como ejemplo de decisiones judiciales que socavan los derechos humanos sin las consideraciones debidas.

Ciertamente la decisión de la Corte es muy problemática en relación con el anonimato. La Corte en su análisis parece recoger un estigma que se generaliza en la sociedad en torno a la expresión anónima como una expresión negativa, cobarde, que debe ser silenciada. La afirmación desconoce que en muchas circunstancias la expresión anónima es la que garantiza la voz de las personas, que es a través de esta herramienta que muchas personas pueden decir lo que piensan y evitar la censura o el silenciamiento. Pero, quizá lo más preocupante del análisis de la Corte es que no diferencia entre el anonimato público y la posibilidad de pedir al intermediario que contacte al generador del contenido para que éste incluso defienda su derecho a la libertad de expresión. Es decir, también vulnera el derecho a la libertad de expresión de la persona que genera contenido y la publica en la plataforma Blogger.

En suma, la sentencia debe ser anulada en la medida en que (i) desconoce y modifica sustancialmente la jurisprudencia constitucional en la materia y (ii) no cumple con los estándares de derechos humanos aplicables al entorno digital, eludiendo el análisis de asuntos de relevancia constitucional, como los que se hemos presentado en este escrito, que implican una omisión de aspectos de fondo que, de haberse considerado, hubieran determinado una decisión diferente.²⁶

Cordialmente



CAROLINA BOTERO CABRERA
CC. 52.022.199
Directora KARISMA
carobotero@karisma.org.co



JULIO C. GAITÁN BOHÓRQUEZ
CC. 79.430.028
Director ISUR
julio.gaitan@urosario.edu.co

²⁶ Ver: Corte Constitucional, Sala Plena, Auto 031A de 2002, Mo. Po. Dr Eduardo Montealegre Lynett.