

Bogotá, 17 de octubre 2017

Honorables Magistrados
Corte Constitucional
Sala Sexta de Revisión de Tutelas

Ref.: Escrito de *amicus curiae* en el incidente de nulidad contra la sentencia T-063A de 2017. Expediente T-5.771.452

Catalina Botero Marino y Carlos Eduardo Cortés Castillo, identificados como aparece al pie de nuestra firma, manifestando nuestro profundo respeto por las decisiones de la honorable Corte Constitucional, nos permitimos presentar este *amicus curiae* dentro del proceso de la referencia. Este escrito tiene la finalidad de coadyuvar la solicitud de nulidad iniciada contra la citada decisión.

La razón fundamental que nos lleva a presentar este escrito se refiere al impacto estructural que esta sentencia puede tener en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en Internet. Por una parte, esta decisión supone un cambio sustancial de los precedentes –sujetos al derecho internacional– que la propia Corte había venido construyendo en distintos temas, entre ellos, el relacionado con el rol de los intermediarios de Internet. Por la otra, la sentencia compromete el derecho al debido proceso de los usuarios finales de Internet. Pero la razón más importante de este escrito es que la sentencia impugnada deja de lado asuntos trascendentales para el sentido de la decisión y, como consecuencia de ello, afecta de manera grave y estructural el funcionamiento de Internet.

Como se prueba a lo largo de este documento, si esta decisión se consolida como precedente –en contra de los precedentes anteriores de la Corte– cualquier persona podría solicitar a cualquier intermediario de Internet que censurara, sin orden judicial, una información negativa cuyo autor no estuviera identificado plenamente. Por ejemplo, un político ofendido por las caricaturas de una persona como ‘Vladdo’, podría solicitar a todos los intermediarios (Google, Yahoo, Twitter, Facebook, e incluso a los blogs de medios de comunicación como La Silla Vacía o El Tiempo) que censurara las columnas firmadas con este seudónimo, sin que para ello tuviera que mediar una orden judicial.

Si la presente sentencia se mantuviera, el intermediario tendría la obligación de proceder de inmediato a sacar esa información de la esfera pública. Y tanto en este como en aquellos donde este precedente empiece a aplicarse, pierde la sociedad entera, que no tendrá derecho de acceso a una información legítima y muchas veces imprescindible. Pierde el autor, a quien no se le permitirá ejercer el derecho de defensa de su libertad de expresión. Y pierde la deliberación democrática al romper principios que estructuran el funcionamiento abierto, neutral y global de Internet de conformidad con los estándares internacionales.

1. Consideraciones iniciales

1.1. Procedencia de la intervención ciudadana en trámite de nulidad de sentencia de tutela y contenido del presente escrito

Según ha reconocido la Corte Constitucional, algunas de las causales de nulidad de una sentencia de tutela son el desconocimiento de la jurisprudencia asentada por la Sala Plena de la corporación, la violación del debido proceso y la incongruencia entre la parte motiva y la parte resolutive de la sentencia que “*genere incertidumbre respecto del alcance la decisión proferida*”.¹ Para la Corte, esta incongruencia también se configura cuando la decisión “*carece por completo de fundamentación*”² o cuando de manera arbitraria se dejan de analizar “*asuntos trascendentales para el sentido de la decisión*”.³

Por otro lado, la Corte Constitucional ha aceptado que en el trámite de la nulidad se reciban intervenciones ciudadanas que apoyen la solicitud y sirvan para el análisis del tribunal:⁴

Al no existir disposición constitucional ni legal que impida o limite la intervención, hay que aceptar que ésta se extiende a todas aquellas actuaciones que se surtan en el proceso, inclusive las que puedan surgir con posterioridad a la decisión que le pone fin, como serían por ejemplo, los incidentes de nulidad por cuestiones relacionadas con irregularidades en su trámite (...).⁵

La sentencia T-063A de 2017 desconoce la jurisprudencia asentada por el alto tribunal en materia de libertad de expresión, compromete el debido proceso y plantea una incongruencia entre la parte motiva y la resolutive en relación con la responsabilidad de los intermediarios de Internet frente a expresiones de terceros. Adicionalmente, de manera transversal, deja de analizar

¹ Corte Constitucional, Auto 410 de 2015.

² Ver, Corte Constitucional, autos 019 de 2000, 082 de 2002 y 165 de 2008.

³ Corte Constitucional, auto 003 de 2011.

⁴ Ver, por ejemplo, Corte Constitucional, Auto A072 de 2011.

⁵ Corte Constitucional, Auto A035 de 1997.

asuntos trascendentes que, de haber sido atendidos, necesariamente cambiarían el sentido de la decisión.

1.2. Delimitación del problema

En las últimas dos décadas la tecnología ha avanzado a una velocidad difícilmente alcanzable por el derecho legislado. Por eso, el papel de las cortes en la regulación de Internet está siendo de particular notoriedad. La gobernanza democrática de Internet depende hoy de que los jueces –y especialmente las cortes constitucionales– adopten decisiones que tengan en cuenta los principios que han permitido que la red sea un espacio de discusión verdaderamente libre, neutral y global.

Los temas técnicos de Internet suelen ser de enorme complejidad para quien no es especialista en la materia. En algunos casos, esto ha ocasionado que órganos reguladores y jueces constitucionales adopten decisiones que –sin advertirlo– tienen un gravísimo impacto colateral. Para quien no se ha especializado en la materia, estos efectos son difícilmente previsibles a simple vista. Este es el caso de la presente sentencia. Con la clara intención de proteger derechos fundamentales personalísimos, la Corte cambió sus precedentes y profirió una decisión que amerita ser revisada para evitar el grave impacto negativo que apareja en todo el funcionamiento de la red.

La sala de tutela varió los precedentes judiciales existentes –recogidos en estándares internacionales consolidados– e impuso a los intermediarios de Internet, a través de un caso particular, la obligación general de monitorear y eliminar contenidos de terceros, sin permitir siquiera que estos últimos puedan defender judicialmente su derecho a la libertad de expresión.

La sentencia recurrida considera particularmente problemático que las afirmaciones negativas objeto de la tutela se hicieran de manera anónima. Sin embargo, pasó por alto un punto fundamental: la plataforma Blogger.com cuenta con un registro de datos de los usuarios, a través del cual habría podido notificar al proveedor de la información sobre el cuestionamiento judicial que había frente a lo que había publicado. El hecho de que la publicación del blog no tuviera a primera vista los datos que identificaran plenamente al autor no significa que aquel no estuviera dispuesto a defender la veracidad de sus afirmaciones en sede judicial. En este sentido, la Corte vulneró el debido proceso de esa persona además de su libertad de expresión.

Igualmente, la Corte creó una especie de presunción de culpabilidad frente a publicaciones que son anónimas o donde el autor no está plenamente identificado con sus datos personales. Esto presenta dos problemas: por un lado, el intermediario se ve enfrentado a la tarea desproporcionada de determinar la autoría de contenidos de terceros, yendo además en contra de los propios términos de servicio que acordó con sus usuarios. Por el otro, se establece un

esquema restrictivo que puede fácilmente conducir a un sistema de censura previa contra los usuarios que no se expresan en Internet con su nombre propio, sino a través de seudónimos, nombres de parodia o nombres artísticos.

Finalmente, sobre los elementos esenciales que deja de analizar la sentencia y que habrían cambiado el sentido de la decisión, es necesario añadir un punto adicional. A juicio de la sala de tutela, las empresas Google y Google Col⁶ prestan servicios de telecomunicaciones y, por lo tanto, deben observar todas las obligaciones asignadas a este tipo de servicios, entre ellas inscribirse en el Registro TIC del Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Tal decisión omite y se aparta de toda la reglamentación en la materia, y de las razones por las cuales las propias autoridades especializadas han excluido a las redes sociales, los servicios de video, las plataformas de compras en línea, los buscadores y los blogs, entre otros, de ese registro y de las obligaciones legales relacionadas que se imputan a quienes prestan servicios de telecomunicaciones.

Imponerle esa serie de obligaciones a Google presupone que tendrán que hacerse extensivas a otro tipo de servicios y aplicaciones en línea, tanto de origen internacional como nacional. Así como Twitter, Facebook, YouTube o Amazon terminarían cobijadas por ese marco regulatorio, iniciativas que apenas comienzan o intentan consolidarse, como Tappsi, Rappi, VueltaAp– y en esencia todos los proyectos de la iniciativa Apps.co–, estarían igualmente cobijadas. Al hacer parte del registro del MinTic este ministerio quedaría con la facultad de regularlas, con lo cual se generaría un efecto inhibitorio a la innovación y se abriría una puerta para la censura mediante el control administrativo de contenidos.

En general, las reglas jurisprudenciales que la sentencia cuestionada establece incentivan a los intermediarios a censurar cualquier información que pueda ocasionarles problemas posteriores; impide que las personas puedan ejercer libremente su libertad de expresión en Internet sin el riesgo de ser silenciados; limita el potencial democratizador e innovador de la red, y elimina las condiciones de posibilidad del más importante espacio de discusión hasta ahora conocido por la humanidad.

Ese es, ni más ni menos, el impacto de la presente sentencia y, por esa razón, acompañamos la solicitud de nulidad para que la propia Corte pueda revisarla. A continuación, pasamos a desarrollar los argumentos de este *amicus curiae*.

⁶ Este escrito entiende que el intermediario que administra la plataforma es Google Inc. –cuya razón social se modificó recientemente a Google LLC–. De esta forma, cuando en este escrito aparezca la palabra sola ‘Google’, deber entenderse que se refiere a esa entidad.

2. Desconocimiento del precedente sobre el rol de los intermediarios y ausencia de consideración de asuntos trascendentales cuyo examen habría tenido un impacto sustancial en la decisión judicial que se impugna.

2.1. Alcance de la sentencia frente la responsabilidad de Google como intermediario

En agosto de 2016, el Juzgado Veintiuno Civil Municipal de Bogotá negó la acción de tutela del presente caso por considerar que Google no era competente ni responsable por la corrección, eliminación o complementación de la información subida por los usuarios. Con buen criterio, afirma el fallo que Google *“solo actúa como procesador de la herramienta, donde impone políticas a los usuarios, más no maneja no produce los contenidos”*.

El intermediario, en todo caso, no se estaba negando a eliminar el contenido denunciado, sino que alegaba que no le correspondía definir qué información puede o no permanecer en el dominio público. A su juicio, esta decisión correspondía a un juez de la República. No obstante, el fallo de la sala de tutela de la Corte Constitucional no estuvo de acuerdo, y afirmó en su parte motiva:

Con todo, la Sala estima pertinente advertirle a Google Inc. que, mientras no regule la materia de los blogs anónimos con contenido difamatorio, desproporcionado, calumnioso o injurioso en la política de contenidos de su herramienta “Blogger.com”, en los casos en donde el afectado por esta clase de blogs demuestre no tener la posibilidad de defenderse, controvertir o rectificar en igualdad de condiciones la información allí contenida por la naturaleza anónima de la publicación, deberá proceder a eliminar el contenido denunciado sin exigir una orden judicial previa (se subraya).

Posteriormente, en el inciso segundo del numeral segundo de la parte resolutive la Corte decide:

Adicionalmente, se advierte que en caso de crearse un nuevo blog anónimo en la herramienta “Blogger.com” con las mismas características, contra la misma persona y en los mismos o similares términos calumniosos y deshonorosos, Google Inc. deberá proceder como se ordena en esta sentencia.

En estos apartes precitados, la Corte le ordena a Google que elimine contenidos anónimos y ofensivos o calumniosos sin que deba existir previamente una orden judicial. Se trata probablemente de una decisión que persigue una acción inmediata y busca evitar congestión del aparato judicial. Sin embargo, esta decisión parte de varios presupuestos frente al intermediario: (i) que tiene la posibilidad de identificar quién usa un nombre distinto al que lo identifica legalmente, y si ese nombre es un seudónimo conocido o es una manera de mantenerse en el anonimato; (ii) que tiene la capacidad técnica y la claridad jurídica para identificar y diferenciar

sin riesgos los casos en que esos usuarios hacen afirmaciones “*en términos calumniosos y deshonorosos*” de aquellos en que hacen afirmaciones fundamentales para el debate público – como las que pueden referirse a violaciones de derechos humanos o actos de corrupción–; y (iii) que tiene la capacidad técnica para hacer este monitoreo en tiempo real.

En suma, la Corte le asigna al intermediario la responsabilidad de monitorear los contenidos para establecer los casos en que una información debe permanecer en la esfera pública y aquellos en los cuales debe ser excluida o censurada. Adicionalmente, al otorgarle a Google la potestad de que evite publicaciones injuriosas que además sean ‘anónimas’, la Corte le está dando la atribución que en general debe tener un juez de la República, consistente en resolver un conflicto entre derechos fundamentales y decidir si una expresión puede o no permanecer en la esfera pública. En suma, la sentencia está creando un fuerte incentivo para que la empresa resuelva cualquier solicitud en contra de la libertad de expresión para evitar ser demandada y asumir responsabilidad por contenidos de terceros.

Ahora bien, como queda claro al comparar los dos textos arriba citados, mientras la parte motiva de la sentencia le advierte a Google que debe crear un mecanismo privado de retiro de publicaciones ‘anónimas’ desproporcionadas, ofensivas o calumniosas, la parte resolutive lo obliga a hacerlo únicamente respecto de publicaciones relacionadas con el caso. La implementación de una u otra medida acarrearía distintas obligaciones para este intermediario, lo cual tendría también un efecto distinto en materia de libertad de expresión. No obstante, como pasa a explicarse, en ambos escenarios se está desconociendo la jurisprudencia nacional y los estándares internacionales que dichos precedentes habían incorporado.

La Corte Constitucional se ha referido de manera constante a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, a la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a los informes de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión como doctrina relevante para interpretar el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual integra el bloque de constitucionalidad.⁷

En particular, la Corte Constitucional ha empleado expresamente la doctrina de los órganos internacionales de protección de derechos humanos referida al rol de los intermediarios en Internet. Como pasa a explicarse, la sentencia que se impugna, desconoce dichos estándares internacionales y la reiterada jurisprudencia que los incorporó.

⁷ Sobre el bloque de constitucionalidad, ver, entre otras, Corte Constitucional, sentencias C-010 de 2000, C-370 de 2006, C-442 de 2001, C-715 de 2012 y C-327 de 2016.

Sobre la incorporación de la doctrina de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, distinta a temas relacionados con Internet y desarrolladas en este documento, ver, entre otras, sentencias T-256 de 2013 y C-467 de 2017.

2.2. Jurisprudencia nacional y estándares internacionales sobre el rol y la responsabilidad de los intermediarios

Los intermediarios de Internet son actores –usualmente privados– que de una u otra forma determinan y posibilitan las interacciones en línea. Existen distintos tipos de clasificaciones, pero en términos generales se dividen entre aquellos que suministran la conexión o un servicio técnico relacionado, y aquellos que alojan contenidos o prestan un servicio. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE, por su nombre en inglés) ofrece la siguiente clasificación, a la cual añadimos ejemplos entre paréntesis:⁸

- Proveedores de servicio a acceso a Internet. La empresa que provee la conexión (Claro o ETB).
- Proveedores de ‘hosting’ o alojamiento de páginas de Internet (GoDaddy).
- Motores de búsqueda (Google o Yahoo!).
- Intermediarios de comercio electrónico (Amazon).
- Sistemas de pagos en línea (PayPal).
- Plataformas de servicios y redes sociales (Facebook, YouTube o Blogger).

La regulación de los intermediarios define y delimita la responsabilidad que tienen por el contenido que publican terceros en su plataforma. Respecto a información presuntamente ofensiva, en Estados Unidos la Sección 230 del *Communications Decency Act* establece que ningún proveedor de un servicio interactivo electrónico puede ser tratado como el editor o autor de una información proveída por un tercero. Esta última opción se denomina inmunidad plena.

Siguiendo esta última línea, el Marco Civil de Internet de Brasil (Ley 12.965 de 2014) –la norma más avanzada en el hemisferio en materia de regulación de Internet– dispone:

Artículo 19. Con el objetivo de asegurar la libertad de expresión e impedir la censura, el proveedor de aplicaciones de Internet solamente podrá ser responsabilizado por daños que surjan del contenido generado por terceros si, después de una orden judicial específica, no toma las previsiones para, en el ámbito de los límites técnicos de su servicio y dentro del plazo asignado, tornar indisponible el contenido especificado como infractor, exceptuando las disposiciones legales que se opongán (se subraya).

A pesar de la claridad del Marco Civil, en una reforma electoral expedida a comienzos de octubre el Congreso brasileño incluyó sorpresivamente un artículo que lo desconocía abiertamente: según el artículo propuesto, las plataformas de redes sociales estaban obligadas a eliminar, en un plazo de 24 horas y sin orden judicial, contenido falso u ofensivo contra

⁸ Ver, OCDE, *The Economic and Social Role of Internet Intermediaries*. Abril de 2010.

candidatos o partidos. Si un usuario cualquier lo denunciaba a través de los mecanismos de reporte del servicio, la empresa debía entrar a evaluarlo y tomar una decisión.⁹

La oficina en Brasil de la organización internacional *Artículo 19*, que defiende la libertad de expresión y el acceso a la información, rechazó tajantemente la reforma por violar el Marco Civil de Internet y constituir una “*medida legal que puede generar más censura sobre el debate público, sobre todo en el momento actual de crisis política que atraviesa el país*”.¹⁰ Por cuenta de la presión de la sociedad civil y los medios de comunicación, el presidente Michael Temer vetó la enmienda.¹¹

El hecho de que los intermediarios no tengan que responder legalmente por los contenidos de terceros y no tengan la obligación de darlos de baja antes de recibir una orden judicial, se considera una garantía para el ejercicio de la libertad de expresión en línea y en contra de la censura. No se trata entonces de una defensa de los intermediarios. Como lo muestra toda la literatura en la materia, esta regla se ha construido especialmente a solicitud de organizaciones civiles y de defensores de derechos humanos para defender las expresiones críticas frente a la censura que las empresas podrían imponerles si su responsabilidad se encontrara comprometida.

Esto significa que deben descartarse de plano los regímenes de responsabilidad objetiva o aquellos que asignen responsabilidad al intermediario por contenido de terceros, toda vez que “[*por un lado*] implica imponerles obligaciones difusas a [*los intermediarios*], más allá de las que realmente podrían cumplir. Por el otro, se traduciría en mayores restricciones para los usuarios de Internet, en contravía de derechos y garantías fundamentales”.¹²

Resulta entonces desproporcionado responsabilizar al intermediario por información de terceros que puedan afectar a un particular, y lo es aún más si ese actor privado debe entrar a evaluar si el contenido supuestamente ofensivo lo produjo una persona que no está plenamente identificada por el público. La desproporción no se refiere únicamente a la labor que tendrá que ejecutar la

⁹ Ver el texto final de la ley, previo a sanción presidencial, en <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7219617&disposition=inline>.

El artículo 57B dice: “§ 6º A denúncia de discurso de ódio, disseminação de informações falsas ou ofensa em desfavor de partido ou candidato, feita pelo usuário de aplicativo ou rede social na internet, por meio do canal disponibilizado para esse fim no próprio provedor, implicará suspensão, em no máximo vinte e quatro horas, da publicação denunciada até que o provedor certifique-se da identificação pessoal do usuário que a publicou, sem fornecimento de qualquer dado do denunciado ao denunciante, salvo por orden judicial”.

¹⁰ ‘ARTIGO 19 repudia emenda que legaliza censura nas eleições brasileiras’, 6 de octubre de 2017. Traducción informal. Disponible en: <http://artigo19.org/blog/2017/10/06/artigo-19-repudia-emenda-que-legaliza-censura-nas-eleicoes-brasileiras/>.

¹¹ Ver, ‘Michel Temer veta emenda que buscava censurar a internet’, 6 de octubre de 2017. Disponible en: <http://www.carlostrentini.com.br/2017/10/06/michel-temer-veta-emenda-que-buscava-censurar-a-internet/>.

¹² Cortés, C. ‘Las llaves del ama de llaves: la estrategia de los intermediarios en Internet y el impacto en el entorno digital’. En: Internet y derechos humanos. Aportes para la discusión en America Latina. Bertoni, E., compilador. Universidad de Palermo, 2014, p. 87.

empresa, sino también –y sobre todo– a la afectación para los ciudadanos, que dependerán de la decisión del intermediario y no del juez frente a qué información permanece en la esfera pública.

Frente a la posición de poder que ostentan los intermediarios, los estándares internacionales han buscado impedir que se les atribuya la facultad de censurar información o que se creen sistemas regulatorios que la incentiven –tal y como lo termina haciendo la sentencia impugnada–. Para tal efecto, el derecho internacional y los más avanzados regímenes regulatorios han liberado a los intermediarios de de Internet de cualquier responsabilidad, “*siempre que no intervengan específicamente en los contenidos ni se nieguen a cumplir una orden judicial que exija su eliminación*”.¹³ En otras palabras, los intermediarios solo son responsables si han contribuido al contenido o si se niegan a obedecer la orden judicial de darlos de baja.

Para el Relator de Naciones Unidas David Kaye, “*los intermediarios privados no suelen disponer de medios suficientes para determinar la ilegalidad de los contenidos*”.¹⁴ Al no contar con la capacidad para ponderar los derechos en juego, los actores privados obligados a implementar regímenes de notificación y retiro de carácter extrajudicial, terminan removiendo contenidos legítimos y vulnerando la libertad de expresión de sus usuarios. Es en ese sentido, entonces, que la inmunidad de los intermediarios redundaría en una protección del debate público. En el mismo sentido se orientan los ‘Principios de Manila’, propuestos por la sociedad civil como marco de referencia y buenas prácticas en la materia.¹⁵

Por todas las razones mencionadas, los cuatro relatores de libertad de expresión de Naciones Unidas, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, la Organización de Estados Americanos y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, manifestaron en 2011:

- a. 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’).
- b. 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

¹³ Op. Cit., Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Libertad de Expresión e Internet, Informe 2013, párr. 518.

¹⁴ Op. Cit., Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, párr. 44.

¹⁵ Ver, <https://www.manilaprinciples.org/es/principles>.

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).¹⁶

Se reitera: en los casos en que exista un reclamo contra determinado contenido que no viola los términos de servicio del intermediario, aquel no puede ser excluido de la deliberación pública hasta tanto se dé una orden de un juez independiente e imparcial que, luego de respetar todas las garantías del debido proceso y de realizar una justa ponderación de los derechos en conflicto, tome esa decisión. El intermediario deberá proceder entonces a excluir ese contenido de Internet, y será responsable sólo en caso de desobedecer la orden impartida.

La sentencia T-277 de 2015 –mencionada por el fallo cuestionado– cita la declaración y añade:

Es decir que [el derecho internacional] 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.

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. En cuanto a quienes generan la información, la Relatoría para la Libertad de Prensa ha indicado que las responsabilidades ulteriores solamente pueden ser impuestas a los autores de lo expresado en Internet, es decir, a quienes son directamente responsables de la expresión ofensiva (se subraya).

¹⁶ Declaración conjunta sobre libertad de expresión en Internet. Emitida por el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) 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). 1 de junio de 2011.

En una sentencia anterior –la T-040 de 2013, también citada en el fallo cuestionado, pero de manera incompleta– la Corte plantea el mismo argumento en materia de responsabilidad de intermediarios:

Finalmente, advierte la Sala que en el caso concreto, el responsable de la información emitida, y por ende de su posible rectificación, es el medio de comunicación que recolectó, analizó, procesó y divulgó la noticia, es decir, la casa Editorial El Tiempo, a través de su página electrónica oficial. En ese orden a quien procede realizar la rectificación, en caso dado, es a esta entidad. Por el contrario, para la Sala de Revisión, Google Colombia S.A. no es responsable de la noticia “Los hombres de la mafia de los llanos”, pues como bien lo explicó esta empresa en el escrito de contestación, Google presta un servicio de búsqueda de la información que hay en toda la red, y no es quien redacta o publica tal información, sino que es un simple motor de búsqueda al cual no se le puede endilgar la responsabilidad sobre la veracidad o imparcialidad de un respectivo artículo, noticia o columna que aparezca en sus resultados (se subraya).

Las reglas desarrolladas por esas sentencias, que incorporan de manera acertada los estándares internacionales, pueden resumirse de la siguiente manera:

- Para garantizar la libertad de expresión en línea e impedir la censura previa, es necesario dotar a los intermediarios de Internet de inmunidad por los contenidos que terceros (usuarios de Internet) difunden a través de sus plataformas.
- Atribuir responsabilidad a los intermediarios por las acciones de terceros supone crear un régimen que incentiva la censura. Para evadir dicha responsabilidad, los intermediarios se verían obligados a implementar sistemas de filtrado de contenidos o de eliminación automática –a partir de palabras clave, por ejemplo– para evitar que haya en sus servicios expresiones que puedan parecer ofensivas o negativas para cualquier persona.
- Los intermediarios no tienen los conocimientos jurídicos, el contexto o la capacidad técnica para evaluar adecuadamente qué debe ser censurado y qué puede circular en términos de veracidad y buen nombre.
- Atribuir responsabilidad a los intermediarios por las acciones de terceros supone darles la atribución de controlar el flujo de contenidos, es decir, de decidir qué puede y no puede circular en la red. Esto termina por darles poderes exorbitantes de censura.
- Las responsabilidades ulteriores solo pueden ser impuestas a los autores de las expresiones cuestionadas. El intermediario no es quien redacta la información, y en esa medida no puede responder por la veracidad o imparcialidad de los contenidos.
- El intermediario debe proceder a retirar el contenido cuando quiera que un juez imparcial y autónomo, previo un ejercicio adecuado de ponderación de derechos fundamentales, decida que la información debe ser excluida de la esfera pública.

Además de los fallos reseñados de nuestra Corte Constitucional, estas reglas han sido recogidas por el derecho comparado en varios casos en la región. Entre otros, están el caso contra Google y The Clinic en Chile, donde la Corte Suprema de ese país consideró que era imposible atribuirle un deber de supervisión al intermediario por los contenidos de un tercero; el caso de Belén Rodríguez contra Google en Argentina, donde la Corte Suprema descartó un régimen de responsabilidad objetiva para los intermediarios, y el caso del estado de Espirito Santo en Brasil, donde la Corte Suprema de ese país sostuvo el estándar según el cual los intermediarios de Internet no son responsables por contenido que no es de su autoría.¹⁷ Igualmente, como fue mencionado, en Estados Unidos, en aplicación de la Sección 230 del *Communications Decency Act* previamente mencionado, el intermediario de Internet ha sido protegido judicialmente por expresiones de terceros en diversas oportunidades.¹⁸ El Marco Civil de Internet de Brasil, por su parte, exige la orden judicial para que un intermediario pueda proceder a dar de baja una información simplemente porque una tercera persona se considera ofendida.

Igualmente, varias de las sentencias que involucran a Google y que cita el fallo cuestionado para sustentar su decisión, incluyen más bien argumentos para entender la necesidad de delimitar la responsabilidad de los intermediarios de internet, o simplemente no aplican a los hechos del presente caso.

En el caso *Tamiz vs. Google Inc.* la Corte Europea de Derechos Humanos rechazó la acción iniciada por un político local contra el Reino Unido al considerar que su reputación fue afectada por afirmaciones incluidas en un blog de Blogger. La Corte del Reino Unido ya había desestimado previamente la acción del afectado. La Corte Europea consideró justa esa decisión del juez nacional, y reiteró “*el importante rol que los proveedores de servicio de Internet como Google Inc. juegan en la facilitación del acceso a la información y el debate frente a una amplia gama de temas políticos, sociales y culturales*”.¹⁹ Para el alto tribunal europeo, además, el afectado podía haber iniciado otras acciones para buscar la protección del derecho supuestamente vulnerado.²⁰ Resulta claro que ese precedente va en la dirección opuesta de la sentencia que nos ocupa.

¹⁷ Corte Suprema de Chile, sentencia de 6 diciembre de 2016 (Recurso de Protección 88729/2016); Corte Suprema de Argentina, sentencia de 28 de octubre de 2014, R. 522. XLIX; Corte Suprema de Brasil, decisión Rcl. 18685-ES de agosto de 2014.

¹⁸ Ver, por ejemplo, *Global Royalties, Ltd. v. Xcentric Ventures, LLC*, 544 F.Supp.2d 929 (D. Ariz. 2008) y *Batzel v. Smith*, 333 F.3d 1018 (9th Cir. 2003).

¹⁹ European Court of Human Rights (First Section), sitting on 19 September 2017. Application no. 3877/14. Párr. 90 (traducción informal).

²⁰ Ver, *ibidem*, párrafo 82: “[T]he Court notes that this is not a case in which no measures were in place to enable the applicant to protect his Article 8 rights. On the contrary ... he had at least three options available to him to protect any perceived damage to his reputation. First of all, he could have brought libel proceedings against the authors of the comments. While this option would not have been without its difficulties, as the authors were unlikely to be readily identifiable, there was the possibility of making a Norwich Pharmacal application to seek disclosure of their identities from Google Inc”.

A su turno, el caso *Pia Grillo vs. Google Inc.* se refiere a Google como prestador del servicio de Google Maps Street View y no a una plataforma de blogs. A pesar de que se determinó responsabilidad en contra de Google, los hechos distan mucho del caso que fue analizado por la sala de revisión de Colombia en el fallo cuestionado. En esta oportunidad la Corte determinó que hubo una violación de la vida privada y la imagen de una mujer por imágenes publicadas en dicho servicio. En las imágenes la demandante aparecía frente a su casa, con la cara borrosa, mientras que su cuerpo se veía de forma nítida y se podía ver su pecho. Las imágenes habían sido capturadas por la compañía. Se trata, pues, de un asunto relativo a la divulgación de imágenes íntimas sin el consentimiento de la afectada que, además, fueron obtenidas por la misma empresa sin debida autorización.

Finalmente, el caso *Yeung vs. Google Inc.* se refiere al rol de Google como motor de búsqueda y, en particular, a la aparición de determinadas palabras en la función de autocompletar y en la aparición de contenidos en respuesta a unos términos de búsqueda hechos por el demandante. No obstante, se resalta que esta es una decisión en la que se analizan asuntos relativos a jurisdicción, no a la responsabilidad de Google. Este fallo no desarrolla la responsabilidad de intermediarios, ni mucho menos establece un precedente que fundamente la decisión de la sentencia cuestionada.

2.3. La sentencia desconoce la jurisprudencia de la Corte Constitucional y no tiene en cuenta aspectos centrales que han sido expuestos en el acápite anterior y que tienen un impacto determinante en la decisión.

La sentencia cuestionada tiene razón al sostener que éste es el primer caso que aborda la Corte Constitucional en materia de información publicada en un blog por una persona que usa un seudónimo o que no está plenamente identificada ante el público. No obstante, esta circunstancia no constituye una diferencia sustancial a la hora de aplicar la regla jurisprudencial que ha sido mencionada anteriormente.

El hecho de que la persona que creó el contenido cuestionado utilice un seudónimo o no suministre su nombre real, no implica que no pueda ser notificada de un proceso judicial o, eventualmente, identificada. Como se mencionó antes, para usar los servicios de Blogger.com –al igual que la mayoría de plataformas en línea– el usuario debe registrarse con unos datos generales y suministrar un correo electrónico asociado. Esto significa que el proveedor del servicio, previa orden judicial, puede notificarle a ese usuario la existencia del proceso judicial para que ejerza, si así lo desea, su defensa del derecho a la libertad de expresión.

Por otro lado, en situaciones excepcionales –como casos de terrorismo o la posible comisión de un delito grave, una condena penal o una indemnización por responsabilidad civil–, el intermediario podrá suministrar información para ayudar a identificar a un usuario (por ejemplo,

suministrando la dirección IP de su conexión). En esos casos, “*las autoridades judiciales estarían autorizadas para tomar medidas razonables tendientes a descubrir la identidad del emisor de conductas prohibidas para aplicar la respuesta proporcionada que prevé el ordenamiento jurídico*”.²¹

En uno u otro caso, Google ofrece avenidas para reportar contenido ilegal (de explotación sexual de menores, por ejemplo) o para remitir una orden de una Corte, y afirma que “*podrá enviarle la notificación original al supuesto infractor*”.²² Este tipo de acciones, que emanan de los términos de servicio de la plataforma, no son un simple gesto unilateral de la empresa. Las múltiples partes interesadas en la gobernanza de Internet –sociedad civil, organismos internacionales, empresas y gobiernos– han mantenido un diálogo constante con los intermediarios de Internet para que sus términos de servicios se adecúen al marco general de protección de los derechos humanos. Sobre el particular, la Relatoría Especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos manifestó:

(...) los actores privados deben establecer e implementar condiciones de servicio que sean transparentes, claras, accesibles y apegadas a las normas y principios internacionales en materia de derechos humanos, incluyendo las condiciones en las que pueden generarse interferencias con el derecho a la libertad de expresión o a la privacidad de los usuarios. En este sentido, las empresas deben buscar que cualquier restricción derivada de la aplicación de los términos de servicio no restrinja de manera ilegítima o desproporcionada el derecho a la libertad de expresión.²³

Se equivoca entonces la sentencia al afirmar que la persona ofendida se encuentra indefensa. Así como el intermediario debe respetar el derecho del usuario que no está plenamente identificado, también debe ofrecerle opciones al usuario que considera que sus derechos han sido vulnerados²⁴. Y, en cualquier caso, la justicia tiene siempre la potestad de ordenarla a un

²¹ Cfr. Op Cit., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ‘Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, párr. 135.

²² Ver, ‘Removing content from Google’ en:

<https://support.google.com/legal/troubleshooter/1114905?hl=en#ts=1115645%2C3331068%2C1115795>.

‘Submit a court order to Google’ en:

https://support.google.com/legal/contact/lr_courtorder?product=blogger&uraw=.

‘Report other legal removal issue’ en:

https://support.google.com/legal/contact/lr_legalother?product=blogger&uraw=.

²³ Op. Cit., Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Libertad de Expresión e Internet, Informe 2013, párr. 112.

²⁴ No sobra mencionar que, en todo caso, si dentro de un servicio como Facebook o Blogger una comunidad decide crear un espacio distinto (como un grupo o un fanpage), éste puede someterse a reglas adicionales de servicio, convivencia y comportamiento para que ese lugar se ajuste a las normas que rigen la comunidad a la que pertenece. Por ejemplo, sería el propósito para prevenir el matoneo o la discriminación. En ese caso, el administrador o moderador puede (y algunas veces debe) remover el contenido sin orden judicial, aunque su acción puede tener un eventual control constitucional.

intermediario la remoción de un contenido –como lo hizo en este caso y frente a lo cual Google dio cumplimiento–.

El elemento contingente del posible anonimato no puede ser, tampoco, un factor para determinar qué tipo de responsabilidad debe asumir el intermediario. Según los estándares internacionales mencionados y recogidos por la jurisprudencia constitucional colombiana, el intermediario es legalmente responsable, exclusivamente, cuando no obedece una orden judicial y no cuando la publicación que se cuestiona no permite la identificación plena, pública e inmediata de su autor.

Que se trate de una publicación anónima no desvirtúa la protección del intermediario; que éste no sea responsable por la veracidad de los contenidos que aloja incluye también aquellos contenidos que no tienen un autor identificado o identificable. Lo que el precedente sobre protección de intermediario busca es maximizar la libertad de expresión y el libre flujo de información, no condicionarlo a cierto tipo de expresiones, en determinados formatos o con requisitos que no exige ni la ley ni la jurisprudencia.

Asimismo, que ambos precedentes de la Corte Constitucional colombiana se refieran a Google como motor de búsqueda y no como plataforma de blogs –Blogger.com–, no implica que el precedente deje de aplicarse a este caso. De hecho, en el escrito de tutela el actor comienza mencionando el blog pero termina refiriéndose al motor de búsqueda, y la sentencia cuestionada no hace una distinción expresa que justifique adoptar una decisión en contravía del precedente.

De todo lo anterior resulta claro que la regla general que se deriva de la sentencia cuestionada es contraria al precedente existente –y a los estándares internacionales– pues obliga al intermediario a eliminar, sin orden judicial, el contenido que pueda resultar ofensivo y donde su autor no se identifique plenamente de manera pública. Según considera la Corte en esta sentencia, si el intermediario no elimina de inmediato y de manera proactiva cualquier información similar a la que se ordena eliminar, incurre en responsabilidad por violación de los derechos personalísimos del actor.

La idea de que el intermediario elimine contenidos de autores no identificados es, además de violatoria del precedente, desproporcionada e inaplicable en la práctica. Peor aún si a eso se suma la tarea de eliminar proactivamente contenido ofensivo. Para ilustrar este punto dejamos sobre la mesa un par de ejemplos:

- ‘Tola y Maruja’ tienen una cuenta en la red social de micro-blogs Twitter (@tolaymaruja) donde caricaturizan la realidad nacional y se burlan de personajes públicos. ¿Se trata entonces de una cuenta anónima? ¿Debe Twitter evaluar si es ofensivo un trino que se burla del Presidente o de un Ministro?

- ‘Bacteria’ y ‘Matador’ tienen blogs en Blogger.com.²⁵ Aunque muchos colombianos pueden saber cuáles son sus nombres reales, para una plataforma se trata simplemente de dos blogs donde se publica contenido bajo seudónimos. Si la empresa da de baja sus contenidos porque alguien los reporta como ofensivos, ¿no viola la libertad de expresión de estos caricaturistas?
- Existe en Blogger.com un blog dedicado al departamento del Caquetá.²⁶ Se trata de un espacio “*dirigido para niños de educación primaria, donde se da a conocer la Región Amazónica colombiana (...)*”. Para todos los efectos, se trata de un blog anónimo, ya que no se identifica en él a una persona natural o jurídica. Dando cumplimiento a la orden de la sentencia en cuestión, ¿debe Google revisar una publicación que se haga ahí donde hablen, por ejemplo, de los muebles que venden en Caquetá? ¿Cómo puede saber el intermediario que se trata del departamento y no de la empresa que busca proteger el fallo?

En definitiva, la orden concreta de la sentencia obligaría al intermediario a implementar un sistema de monitoreo proactivo, donde no solo identifique expresiones que puedan vulnerar los derechos de un particular, sino que retire contenidos a partir de una evaluación privada, subjetiva y poco transparente. En el escenario de que cumplir tal obligación fuera posible, se configuraría por virtud de una orden judicial una instancia de censura previa, que para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos constituye “*el prototipo de violación extrema y radical de la libertad de expresión, ya que conlleva su supresión*”.²⁷

El Relator Especial de Naciones Unidas resume de manera acertada la forma como estos esquemas terminan perjudicando severamente el funcionamiento de la democracia:

La labor de censura privada se complica por la gran cantidad de denuncias y de contenido sospechoso que los intermediarios identifican diariamente. Las plataformas de mayor tamaño también pueden subcontratar la gestión del contenido, lo que distancia más aún a los moderadores del contenido de las decisiones internas en materia de formulación de políticas e intensifica las incoherencias en el cumplimiento de la ley. Los intermediarios que operan en una amplia gama de mercados se enfrentan inevitablemente a “complejos

²⁵ Ver, <https://matadorcartoons.blogspot.com.co/> y <https://bacteriaopina.blogspot.com.co/>.

²⁶ Ver, <https://visitandoelamazonas.blogspot.com.co/p/departamento-del-caqueta.html>.

²⁷ Op. Cit. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. ‘Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión’, párr. 146. “Tiene lugar cuando, por medio del poder público, se establecen medios para impedir en forma previa la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias, por cualquier tipo de procedimiento que condicione la expresión o la difusión de información al control del Estado, por ejemplo, mediante la prohibición de publicaciones o el secuestro de las mismas, o cualquier otro procedimiento orientado al mismo fin”.

juicios de valor”, problemas relacionados con la sensibilidad cultural y la diversidad y “difíciles decisiones sobre conflictos de legislaciones”.²⁸

Nada de esto supone que las afirmaciones que fueron estudiadas en el caso concreto no merezcan análisis constitucional. Lo que se trata de afirmar es que (i) el juez habría podido solicitar la participación del proveedor de contenidos en el proceso de manera distinta; (ii) si el usuario hubiera decidido no defenderse, habría sido competencia de la Corte definir si en el caso concreto la información violaba o no derechos fundamentales; (iii) la consideración de la Corte según la cual los intermediarios deben hacer un monitoreo constante y proceder a retirar una determinada información sin orden judicial previa, so pena de ser responsables, viola el precedente constitucional, asigna a los intermediarios la función de censurar y compromete estándares internacionales.

Un último punto es la complejidad técnica que implica la orden de la sentencia y la forma como desconfigura el rol que tienen los intermediarios en Internet. Al tratarse de una orden que se refiere a afirmaciones, significados y contextos, la empresa no puede simplemente detectar y dar de baja lo que supuestamente es violatorio, porque terminaría produciendo un número infinito de ‘falsos aciertos’ y eliminando de la discusión pública toda la información que eventualmente pueda ofender a una persona y donde su autor no se haya identificado plenamente con su nombre oficial (o tal como figura en su cédula de ciudadanía).

Otra opción sería usar un equipo inmenso de personas para monitorear si el autor de la información está plenamente identificado; si aquella corresponde a la identificación oficial de la persona –donde quiera que se encuentre en el mundo–, y si la información es ofensiva sin que exista una razón que la justifique. Esta no solo es una tarea que le corresponde a un juez, sino que en muchos casos resulta técnicamente imposible de realizar y, en todo caso, se producirían incontables errores.

La moderación de contenidos en las empresas de Internet la realizan generalmente empleados o incluso equipos externos entrenados de manera general para aplicar las reglas de plataforma. No tienen –ni podrían tener– un conocimiento profundo de cada país. Así, en el caso eventual de que una persona de una empresa como Google, Facebook o Twitter tuviera que aplicar el fallo, considerarían el seudónimo ‘Vladdo’ –volviendo al ejemplo anterior– tan falso como cualquier otro. Por lo tanto, toda la información que pueda provenir de este autor y eventualmente ofender a una tercera persona, sería inmediatamente eliminada de la red. Todo lo anterior, sin mencionar que esta regla no sería escalable a servicios que se cuentan en los miles de millones de usuarios (Facebook, por ejemplo, tiene más de dos mil millones).

²⁸ Naciones Unidas A/HRC/32/38 Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, 11 de Mayo de 2016. Párr. 54.

Frente a una orden como la del fallo cuestionado, la única opción para el intermediario sería modificar la estructura del servicio, la relación con el usuario y la configuración del ecosistema que ofrece: de un servicio abierto pasaría a una arquitectura de control absoluto, donde únicamente aceptaría a usuarios previamente aprobados, cuya plena identidad fuera pública y correspondiera a la identificación oficial. Estos usuarios tendrían que aceptar onerosas condiciones para que el intermediario pudiera ofrecerles el servicio. La plataforma se convertiría en un club y el efecto democratizador de la red se habría extinguido.

Este precedente implicaría sacar de Internet toda la información que algún usuario pudiera considerar negativa, con lo cual se reducirían las voces disponibles. En este sentido, la decisión ‘purifica’ Internet de una deliberación que, en algunos casos, es indispensable para frenar casos de corrupción o violaciones de derechos humanos. Con esta decisión se eliminan las condiciones de posibilidad para que la red opere como un espacio libre, abierto y global de deliberación sobre asuntos de interés público, con las únicas restricciones que de manera legítima y proporcionada pueda imponer la ley o la justicia, luego de la valoración ponderada del caso concreto. Todo lo anterior en violación de la regla jurisprudencial largamente asentada, según la cual la doctrina y la jurisprudencia internacional en materia de libertad de expresión, debe ser considerada por el juez constitucional antes de adoptar una determinada decisión.²⁹ Si la regla estudiada cambia el precedente y se generaliza, Internet no será nunca más como lo conocemos hoy.

En este sentido, se configura otra de las causales de nulidad mencionadas, pues no sólo se desconoce el precedente en materia de fuentes, sino que se puede estar comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado, lo cual no habría ocurrido si la Corte hubiera tenido la oportunidad de conocer los elementos expuestos.

3. Desconocimiento de los precedentes asentados en materia de libertad de expresión

3.1. Ponderación con el derecho a la honra y al buen nombre

El análisis que hace la sentencia cuestionada sobre la vulneración a la honra y el buen nombre del accionante, en su condición de propietario de un establecimiento de comercio, desconoce flagrantemente el precedente constitucional asentado sobre el ámbito de protección del derecho a la libertad de expresión. En particular, el fallo se aparta del deber de ponderación de los derechos enfrentados y de los estándares de veracidad e imparcialidad.

²⁹ Al respecto, pueden consultarse las siguientes sentencias de este tribunal: T-1319/01, T-213/04, T-679/05, T-1025/07, T-391/07, T-681/07, C-491/07, T-049/08, T-1037/08, T-298/09, T-218/09, T-219/09, C-417/09, C-575/09, T-439/09, T-260/10, T-714/10, T-1037/10, T-511/10, T-263/10, T-327/10, T-043/11, C-442/11, T-949/11, T-325/11, T-550/12, C-592/12, T-040/13, T-088/13, T-256/13, T-904/13, T-608/13, T-139/14, T-135/14, T-541/14, T-277/15, T-015/15, SU-626/15, T-110/15, T-731/15, T-312/15, T-688/15, C-634/16, C-221/16.

Según la sentencia analizada, la vulneración de los derechos a la honra y al buen nombre se configura por la siguiente razón:

(...) en la medida en que en el blog acusado se realizan una serie de afirmaciones (como se vio en los hechos de la demanda) en las que le imputan al accionante la comisión del delito de estafa, sin que tales aseveraciones hayan sido denunciadas y probadas en un proceso penal o administrativo relacionado con la protección de los derechos del consumidor, vulnerando con ello también el derecho a la presunción de inocencia del actor (artículo 29 Superior). En efecto, el desconocimiento de estos derechos también se perfecciona cuando los hechos que afectan el prestigio y la reputación de la persona, no se encuentran probados o son falsos (numeral 6.7).

En otras palabras, para la sentencia las afirmaciones del blog constituyen una violación de los derechos fundamentales del afectado por cuanto se trata de imputaciones fácticas que no vienen acompañadas de un expediente penal o administrativo. Este argumento contradice el precedente constitucional que de manera clara y precisa ha establecido que las expresiones ofensivas o perturbadoras no necesitan estar amparadas en decisiones judiciales o administrativas para gozar de protección constitucional e, incluso, que en algunos casos dichas expresiones pueden ser protegidas a pesar de que exista una decisión judicial en contrario.

Según la jurisprudencia reiterada de la Corte, para determinar si una información aparentemente ofensiva o calumniosa no encuentra amparo constitucional –es decir, no está protegida por la libertad de expresión– es indispensable aplicar un test frente a la veracidad de la información.

En este sentido la Corte ha considerado que no suministrar la prueba de un hecho “*no quiere decir que sea falso (...) ni que [la expresión sea] delito, pues es posible que aunque no se demuestre la certeza de la imputación, tal [expresión] sea amparado por la Constitución*”.³⁰

Al resolver un conflicto entre el derecho fundamental al buen nombre y la difusión de información, la Corte considera que debe aplicarse un *test de veracidad*, que supone la prueba de la *verosimilitud* de la expresión ofensiva. Para adelantar este juicio, la Corte tiene en cuenta el contexto en el que se produce la información y la totalidad de la información que ha sido producida y no simplemente la expresión aislada.³¹

³⁰ Ver, Corte Constitucional, sentencia C-417 de 2009.

³¹ Ver, por ejemplo, sentencia T-066 de 1998. Sobre la aplicación de la doctrina y la jurisprudencia internacional que exigen la realización de un test tripartito para identificar la legitimidad de un reclamo en materia de libertad de expresión ver, entre otras, las citadas sentencias Al respecto, pueden consultarse las siguientes sentencias de este tribunal: T-1319/01, T-213/04, T-679/05, T-1025/07, T-391/07, T-681/07, C-491/07, T-049/08, T-1037/08, T-298/09, T-218/09, T-219/09, C-417/09, C-575/09, T-439/09, T-260/10, T-714/10, T-1037/10, T-511/10, T-263/10, T-327/10, T-043/11, C-442/11, T-949/11, T-325/11, T-550/12, C-592/12, T-040/13, T-088/13, T-256/13, T-904/13,

La sentencia SU-1723 de 2000 señala que mientras la difusión de opiniones no tiene en principio límites, la difusión de información debe sujetarse a los estándares de veracidad e imparcialidad. Para la Corte, este estándar supone analizar, en concreto, qué tanto la información difundida dista de la realidad y qué tan posible es determinar exactamente lo que sucedió.³² De ninguna manera, una denuncia debe estar acompañada de una decisión judicial o administrativa para encontrarse amparada por la libertad de expresión. Es la ponderación concreta, la que permite determinar si existe vulneración del derecho al buen nombre. En cualquier caso, la Corte ha indicado que la aplicación de este estándar busca crear un espacio en el cual pueda existir un debate vigoroso y abierto y eliminar las barreras que inhiben de forma arbitraria el debate público.³³

En el presente caso, la Corte no aplicó ese test y consideró, de plano y sin permitir el derecho de defensa de la libertad de expresión, que la información era calumniosa. La sentencia estudiada cambia la jurisprudencia de la Corte al omitir la ponderación mencionada y exigir que la denuncia se encuentre amparada en una actuación judicial o administrativa. Tal y como fue expuesto, el precedente constitucional asentado obligaba a llevar a cabo un análisis detallado de los supuestos fácticos incluidos en el blog –lo cual sólo podía hacerse con el autor de la publicación y no con el intermediario que la aloja–. Exclusivamente en el caso de que el autor de la información no pudiera ser ubicado o hubiere renunciado a su derecho a la defensa, la Corte podría proceder de plano, evaluando sin más elementos el contenido literal de la información.

En este punto el fallo cuestionado sanciona el uso de comentarios que considera “*desproporcionados, difamatorios y calumniosos*”, sin permitir que la persona que difundió esta información pudiera defenderse. Con esta decisión, la sentencia desconoce el precedente constitucional que protege las expresiones chocantes cuando quiera que las mismas puedan estar soportadas en elementos razonables. Según este precedente,

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

T-608/13, T-139/14, T-135/14, T-541/14, T-277/15, T-015/15, SU-626/15, T-110/15, T-731/15, T-312/15, T-688/15, C-634/16, C-221/16.

³² Para la Corte los elementos que deben analizarse en cada caso son:

“(i) eventos en los que se determina de manera diáfana que la información suministrada dista de los hechos reales, (ii) cuando la información pese a ser cierta deja de analizar elementos que darían otro enfoque, y (iii) situaciones en las que es

imposible determinar la veracidad de la información por lo que se exige que el medio haya emprendido los esfuerzos necesarios para determinar la verdad”. Sentencia T-725 de 2016.

³³ Ver, Corte Constitucional, sentencia T-298 de 2009.

las creencias y posturas mayoritarias, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su tono.³⁴

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para la cual la libertad de expresión garantiza tanto las informaciones consideradas favorables como aquellas que inquietan u ofenden a una persona o a una parte de la población.³⁵

Al distanciarse del precedente constitucional y considerar que las expresiones constituyen *en sí mismas* la vulneración de la honra y el buen nombre, el fallo en cuestión tampoco se ocupa de evaluar la ocurrencia efectiva de un daño por cuenta de la difusión de expresiones en Internet. Para hacer esta evaluación, el juez constitucional debe tener en cuenta las circunstancias del caso sin hacer presunciones que no tienen sustento técnico.³⁶

La sentencia presupone, erróneamente, que el contenido tiene un alto impacto por el simple hecho de estar disponible en Internet. Efectivamente, si un contenido se comparte masivamente en redes sociales o mucha gente está accediendo directamente a él, la persona afectada podría ser objeto de un daño sustancial y eventualmente encontrarse en una situación de desigualdad e *indefensión* para cuestionarlo o contrarrestarlo.

Sin embargo, a diferencia de lo que se deduce de la sentencia, el daño o la *indefensión* no son consustanciales a Internet y deben ser demostrados en cada caso concreto. Dada la vertiginosa cantidad de información que circula en la red y los múltiples canales de comunicación que existen, no es inusitado suponer que puedan presentarse casos en los cuales una información negativa disponible en Internet puede ser fácilmente contrarrestada por otra que circule por el mismo medio, sin que exista daño considerable o desequilibrio alguno. Generalmente dos individuos que se encuentran en la misma posición social disponen del mismo megáfono para expresarse en Internet.

La sentencia mencionada dejó de aplicar, al caso concreto, el juicio de veracidad y el test de proporcionalidad que la jurisprudencia ha elaborado de manera sostenida para resolver este tipo de problemas e impuso una exigencia desproporcionada para la protección de las denuncias en Internet: la existencia de una actuación judicial o administrativa que la soporte.

³⁴ Corte Constitucional, sentencia T-434 de 2011.

³⁵ Ver, entre otras, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Herrera Ulloa. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 113; Corte I.D.H., Caso de “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 69.

³⁶ Ver, Op. Cit. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Libertad de Expresión e Internet. Párr. 71.

Como se explica adelante, esta decisión no sólo es contraria a la jurisprudencia asentada de la Corte, sino que tiene un efecto silenciador o inhibitorio que es incompatible con una sociedad genuinamente democrática.

En todo caso, no sobra recordar que el juicio de proporcionalidad en este tipo de asuntos tiene que incluir un análisis sobre el impacto sistémico que la decisión puede tener sobre el ejercicio de la libertad de expresión en Internet. Es cierto que los derechos humanos se deben proteger en línea y fuera de ella, pero la ponderación debe incluir la valoración propia del impacto de cualquier decisión en el entorno digital y la necesidad de proteger los principios que hacen de éste un entorno libre, abierto y descentralizado.

2.2. Ponderación con el derecho a la intimidad

La sentencia impugnada considera también que el contenido publicado en Blogger.com vulnera el derecho a la intimidad del accionante: “(...) *para la Sala tal afectación se concreta en la publicación en el blog acusado del nombre del demandante, así como las direcciones y teléfonos de su fábrica y empresa*” (numeral 6.6, se subraya). Para justificar su posición, la Corte cita el precedente constitucional de la sentencia T-787 de 2004, reiterado en la sentencia T-634 de 2013, según el cual la intimidad garantiza la existencia de una esfera privada de la vida persona y familiar al margen de intervenciones estatales o de particulares. En concreto, dicha protección prohíbe la divulgación no autorizada de asuntos referidos a esa vida personal o familiar.

El fallo cuestionado omite aplicar el precedente en su integridad. Si lo hubiera hecho habría quedado claro –más allá de toda duda razonable– que en el presente asunto, según la jurisprudencia asentada de la Corte, no se produce una violación del derecho a la intimidad.

Para la Corte Constitucional existen distintos grados de intimidad: la personal, familiar, social y gremial.³⁷ La intimidad social, que interesa a los fines del caso, “*involucra las relaciones del individuo en un entorno social determinado, tales como, las sujeciones atinentes a los vínculos labores o públicos derivados de la interrelación de las personas con sus congéneres en ese preciso núcleo social*”.³⁸ En la órbita social se restringe voluntariamente la protección de la intimidad, toda vez que el individuo expone información o actividades sobre sí mismo que tienen un impacto social, y que pueden incluso tener relevancia pública.

Esta fue, justamente, la información que se compartió en el blog tantas veces citado. La sentencia impugnada desconoce la jurisprudencia constitucional al sostener que viola el derecho a la privacidad de un comerciante la información que, por la naturaleza misma de su actividad, aquel comparte públicamente de manera voluntaria. Difundir la información de contacto y el nombre

³⁷ Ver, Corte Constitucional, sentencias C-489 de 2002 y C-452 de 2016.

³⁸ Ver, Corte Constitucional, sentencia T-787 de 2004.

de un comerciante no constituye una violación de ese derecho, mucho menos si lo que se hace es aludir a datos que están disponibles en directorios públicos por voluntad de su titular, datos a los cuales aludió el autor del blog a través de un enlace externo que la propia sentencia recoge.³⁹

No sobra mencionar, además, que las personas jurídicas no tienen como tal un derecho a la honra. Si bien la Corte Constitucional ha permitido una protección relacionado con el ‘good will’ o reputación de la empresa, la ponderación de derechos no puede hacerse alrededor de la vida familiar o social de ésta. De una u otra forma, el caso que aborda el fallo cuestionado no gira alrededor de información que debió permanecer en la esfera privada de un empresario o su negocio. Se trata de una discusión alrededor del impacto público que tienen éstos, y frente a lo cual es de la esencia poder emitir opiniones e informaciones.⁴⁰

3. Violación de la jurisprudencia constitucional relativa a la aplicación del artículo 13 de la Convención Americana y al juicio de necesidad que debe hacerse a las órdenes impartidas: el juez está obligado a adoptar la decisión que tenga el menor impacto en el entorno digital como medio para el ejercicio de la libertad de expresión.

En la sentencia T-277 de 2015 la Corte Constitucional, siguiendo la jurisprudencia reiterada sobre el valor de la doctrina y la jurisprudencia interamericana, indica que es obligación del juez adoptar aquella medida que sirva para reparar el derecho vulnerado pero que no restrinja más allá de lo necesario el derecho a la libertad de expresión. A juicio de la Corte, el juez debe “*verificar si existen otros medios constitucionalmente admisibles que resulten igualmente idóneos para el objetivo propuesto y sean menos lesivos para el derecho a la libertad de expresión (...)*”.

Este análisis permite también identificar las posibilidades que tiene el afectado de encontrar un remedio efectivo en el mismo entorno digital donde resultó afectado. En palabras de la Relatoría Especial, “*a la hora de establecer el remedio que debe emplearse, es necesario identificar las facilidades que Internet puede otorgar a una persona para ejercer de manera inmediata y efectiva su derecho de rectificación o respuesta*”⁴¹

Sobre el particular, la sentencia cuestionada afirma de manera equivocada que las opciones disponibles para el afectado eran mínimas:

(...) la única posibilidad que el demandante tuvo de ofrecer una suerte de contestación a las referidas afirmaciones, fue a través de una comunicación titulada “Muebles Caquetá

³⁹ Ver numeral 6.6. y cita a pie de página número 79 de ese documento. .

⁴⁰ Ver, Corte Constitucional, T-462 de 1997 y T-094 de 2000.

⁴¹ Op. Cit. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Libertad de Expresión e Internet, párr. 71.

informa al público en general. En especial a nuestros clientes de más de 30 años de vida comercial” en el espacio de comentarios del blog acusado, que no tiene mayor visibilidad en la plataforma porque permanece oculto y para llegar a él es necesario hacer click en el vínculo “comentarios”.

Esta consideración parte del supuesto de que el único espacio disponible para controvertir las afirmaciones está en el blog mismo y que esta posibilidad es insuficiente. Sin embargo, no estudia si el afectado podía haber difundido información con la misma relevancia en otro blog de la misma plataforma, en una página de Internet distinta o en una red social. Una respuesta de ese tipo le serviría al comerciante como réplica a la opinión del supuesto cliente, y en todo caso no lo habría privado de iniciar acciones judiciales contra el autor.

La breve referencia de la sentencia a este tema pone de presente la ausencia de un verdadero juicio de necesidad, de conformidad con la doctrina y la jurisprudencia constitucional.

El fallo en cuestión también desconoce el precedente de la Sala Plena al disponer que un ciudadano no puede manifestarse por el medio que elija y en las condiciones que elija, pues si elige manifestarse de manera anónima o por seudónimo, su expresión no tendrá ninguna protección y no será llamado a defenderse cuando se discuta si ésta debe o no permanecer en la esfera pública.

Pero hay otra regla que parece derivarse de la sentencia y que contradice la jurisprudencia de la Corte sobre el derecho de las personas a escoger el mecanismo que quieran utilizar para hacer denuncias públicas. Por un lado, la sala de tutela considera que la persona que se manifestó en el blog debió haber usado canales institucionales para hacerlo; por el otro, prohíbe implícitamente que una persona se exprese a través de Internet. Afirma la sentencia:

(...) la Sala también debe señalar que cualquier persona que quiera manifestar una o varias inconformidades con una empresa o con un producto en particular -como el “bloguero” anónimo en el caso sub examine-, bajo la legislación colombiana, cuenta con diferentes mecanismos legales para hacer su reclamo o denuncia efectivos sin necesidad de recurrir a publicaciones desproporcionadas u oprobiosas; en ese sentido puede acudir a denunciar su caso ante la Superintendencia de Industria y Comercio (área de protección del consumidor) o incluso puede recurrir a los diferentes mecanismos que contempla la Ley 1480 de 201187 o “Estatuto del Consumidor”.

Este argumento, que sustenta la orden que da la sala de tutela en la parte resolutive, contraría lo manifestado por la Corte Constitucional entre otras en la sentencia C-442 de 2011. Para la Sala Plena de la corporación, *“la expresión puede efectuarse a través de cualquier medio elegido por quien se expresa, teniendo en cuenta que cada medio en particular plantea sus propios*

problemas y especificidades jurídicamente relevantes, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su forma y su manera de difusión (...)”.

Resulta contrario al precedente y abiertamente violatorio del artículo 20 de la Carta Política que se le prohíba a un ciudadano que exprese su insatisfacción sobre un servicio público o comercial por el hecho de que existen canales institucionales para ventilar su inconformidad. Bajo esa línea de razonamiento utilitario y anti-democrático, solo estarían permitidas las expresiones que no cuentan con un mecanismo institucional de manifestación. Las reseñas sobre libros, restaurantes o eventos, que hacen de Internet un espacio de construcción colectiva del conocimiento, no estarían permitidas. Expresar la opinión sobre el voto estaría en últimas prohibido.

- 4. Desconocimiento del precedente según el cual el juez debe escoger la decisión que afecte de menor manera los derechos en conflicto, vinculado con aquel según el cual las decisiones *extra-petita* deben tener estrecha relación con el caso estudiado, deben ser necesarias para proteger el derecho fundamental ofendido y no deben proferirse con vulneración del debido proceso.**

Dejando de lado la orden del fallo de que era indispensable la eliminación concreta del contenido –y las acciones subsiguientes de eliminación proactiva–, lo cierto es que nada de lo que dice la sentencia permite justificar las restantes órdenes contenidas en los numerales cuarto y quinto de la sentencia. Se trata, como ya ha sido explicado antes, de órdenes que imponen obligaciones exorbitantes a los intermediarios de Internet (y no solo a Google) y, sin embargo, la sentencia no indica las razones por las cuales dichas decisiones son indispensables para proteger el derecho del actor o son necesarias para proteger derechos fundamentales. Asimismo, pese al enorme impacto que tienen dichas decisiones, no pudieron ser discutidas en el curso del proceso por parte de la comunidad multisectorial que tiene interés directo en éstas. Esta última circunstancia, constituye también una afectación del debido proceso.

Imponer las obligaciones de que tratan las ordenes referidas a Google presupone que tendrán que hacerse extensivas a otro tipo de servicios y aplicaciones en línea, tanto de origen internacional como nacional. Así como Twitter, Facebook, YouTube o Amazon terminarían cobijadas por ese marco regulatorio, iniciativas que apenas comienzan o intentan consolidarse, como Tappsi, Rappi, VueltaAp –y en esencia todos los proyectos de la iniciativa Apps.co–, estarían igualmente cobijadas. Al hacer parte del registro del MinTic este ministerio quedaría con la facultad de regularlas, con lo cual se generaría un efecto inhibitorio a la innovación y se abriría una peligrosa puerta para la censura mediante el control administrativo de contenidos.

A juicio de la sentencia las empresas Google Inc. y Google Colombia prestan servicios de telecomunicaciones y, por lo tanto, les caben todas las obligaciones asignadas a estos servicios.

Esta decisión se aparta— sin mencionarla— de toda la reglamentación en la materia y de las razones por las cuales las propias autoridades especializadas, han excluido a las redes sociales, los servicios de video, las plataformas que permiten compras en línea, los buscadores o los blogs, del registro MinTic.

Por otra parte, la quinta orden del fallo cuestionado exhorta,

(...) al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para que, de no haberlo hecho, establezca una regulación nacional con miras a lograr la protección de los derechos de los usuarios de Internet, especialmente en lo que tiene que ver con publicaciones abusivas, difamatorias, deshonrosas, calumniosas e injuriantes, que atenten contra el honor de las personas en Internet, para evitar la repetición de hechos como los tratados en la presente acción (...).

La sala de tutela desconoce un precedente constitucional fundamental, como es la reserva exclusiva de ley al momento de regular aspectos esenciales del derecho a la libertad de expresión e información. Sobre el particular, la sentencia C-442 de 2011 afirma:

(...) la libertad de expresión puede ser objeto de limitaciones, esa posibilidad se desprende claramente del artículo 13 de la CADH [Convención Americana de Derechos Humanos] cuando señala que su ejercicio puede ser objeto de responsabilidades ulteriores fijadas por la ley y necesarias para garantizar los derechos y la reputación de los demás, la seguridad nacional, el orden público o la moral pública. En el mismo sentido el artículo 19 del PIDCP [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] expresamente señala que este derecho puede ser objeto de restricciones siempre y cuando estén expresamente fijadas por la ley y sean necesarias asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

5. Desconocimiento del debido proceso

Recogiendo lo planteado a lo largo del documento, la sentencia cuestionada desconoce el debido proceso del autor de las afirmaciones cuestionadas cuya expresión fue considerada difamatoria. En efecto, pudiendo solicitar a Blogger.com que le informara del proceso en su contra, la sala de tutela decidió adoptar la decisión sin escucharle. La gravedad de la decisión no se limita al presente caso. El problema del precedente es que los jueces podrían ordenar sacar cualquier información negativa de Internet cuando consideren que el autor no se ha identificado con su verdadero nombre, sin indagar la manera de asegurar su derecho a la defensa. Los proveedores de información valiosa para el público, si no exponen junto con la información los datos personales que permitan su plena identificación, no tendrían derecho a defender en las cortes su

derecho a la libertad de expresión. En otras palabras, para este fallo, el derecho al debido proceso y el derecho a la libertad de expresión, dependen por entero de que la persona que publica una información, desde el inicio, lo haga exponiendo claramente su nombre real –sin seudónimos, nombres artísticos o ninguna forma de anonimato. Esta decisión vulnera abiertamente el derecho de defensa–.

De otra parte, la sentencia tiene un impacto que va más allá de ordenar que se retire una información emitida por un tercero sin permitir que éste se defienda. El fallo ordena actuaciones que no fueron debatidas durante el proceso judicial y que generan cargas exorbitantes no sólo para el intermediario que es parte del proceso, sino para todos los intermediarios de Internet. Dado que el razonamiento que conduce a estas órdenes no aparece claramente establecido en la sentencia y que, en todo caso, dichas órdenes no pudieron ser discutidas durante el proceso, se configura una segunda violación del derecho de defensa consagrado en el artículo 29 de la Carta Política.

* * *

Dada la importancia del presente proceso para la defensa de Internet como el más poderoso espacio de libertad de expresión y mecanismo de democratización de las comunicaciones hasta hoy conocido, rogamos respetuosamente a la honorable Corte Constitucional tener en cuenta este escrito al momento de estudiar la solicitud de nulidad que ha sido referida.

De los señores magistrados con sentimientos de respeto y consideración,

Catalina Botero Marino
C.C.



Carlos Eduardo Cortés Castillo
C.C.

