

Bogotá, Septiembre 11 de 2014

Honorables Magistrados y Magistradas

Corte Constitucional

M.P. María Victoria Calle
Ciudad

REF: Intervención en el proceso T-4296509. *Acción de tutela instaurada por Leidy Hernández Caballero contra la Casa editorial El Tiempo.*

Nosotros, Pedro Vaca Villarreal, Emmanuel Vargas Penagos, Viviana Ordoñez Salazar y Sibelys Mejía, director, asesores y pasante de la Fundación para la Libertad de Prensa-FLIP, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, en atención a la amable invitación hecha por ustedes por medio de oficio OPT-A-649/2014, respetuosamente nos permitimos presentar ante ustedes este concepto de la tutela de la referencia.

Resumen

En la presente acción de tutela se debate el alcance de la libertad de prensa en entornos digitales. Esto, más allá de provocar la creación de nuevos límites a la libertad de expresión en internet, plantea el desafío de armonizar décadas de creación de estándares nacionales e internacionales sobre libertad de expresión que son aplicables al mundo digital.

El caso es de gran interés constitucional: una ciudadana que enfrentó un proceso judicial resultó mencionada en una nota periodística de alto interés público que para la fecha de publicación cumple con los requisitos de veracidad e imparcialidad. La nota es archivada (como sucede en las hemerotecas) en la edición web del medio y puede ser accesible a través de buscadores de internet como Google, esto a pesar de que con posterioridad a la publicación inicial el proceso penal caducó sin condena a partir de la prescripción de la acción penal.

La acción de tutela pretende “bajar y borrar” de todos los motores de búsqueda que existen en todos los medios virtuales cualquier información negativa de quien reclama amparo de sus derechos. A primera vista es una demanda legítima. Sin embargo, la garantía de los derechos de la accionante, a la luz de los estándares de libertad de expresión no es tan simple como “bajar y borrar” contenidos. Los límites a la libertad de expresión son anteriores al uso de internet y no hay suficientes motivos para generar nuevos criterios de control ulterior a la libertad de expresión. Se trata de un caso en el que se deben armonizar con el entorno digital los estándares de libertad de expresión pre existentes.

Para el caso concreto es claro que la nota periodística objeto de controversia es veraz e imparcial para el momento de su publicación. Sin embargo, la existencia en archivos digitales y la posibilidad de búsqueda a través de internet convierte la carga histórica en un peso vigente contra la accionante. ¿Es esta una carga desproporcionada? ¿Puede serlo para éste caso pero no para otros, como por ejemplo los procesos penales por violaciones a los Derechos Humanos? El punto está en definir cuál es el balance adecuado que no abra una puerta inmensa para que el propósito democratizador de la información de internet se convierta en retazos con información suprimida a solicitud de personas que se consideran afectadas por una publicación aun cuando esta sea veraz e imparcial.

La solicitud de retiro de la nota periodística de la web implica una restricción desproporcionada a la libertad de expresión. Por ende, de acceder a la solicitud la Corte Constitucional, se estaría vulnerando el derecho a la información y la libertad de expresión y se estaría poniendo en juego ese carácter transformador de derechos que tiene internet

Esta intervención se dividirá en 4 capítulos. i) Como punto de partida abordaremos la importancia de la libertad de expresión en internet con base en doctrina, soft law y derecho internacional; ii) se analizarán los estándares del derecho de libertad de expresión aplicables en Colombia, incluyendo un análisis sobre el derecho a la rectificación y el precedente establecido en la sentencia T-040 de 2013, donde se decidió sobre un caso similar. iii) Luego, se hará un análisis sobre los estándares de responsabilidad de intermediarios en la red. Y por último iii) se expondrán las conclusiones y sugerencias de balance entre los derechos en conflicto.

1. Libertad de expresión en internet

Internet, como se ha dicho en el informe de la Comisión Interamericana de DDHH, “constituye un instrumento que tiene la capacidad de fortalecer el sistema democrático, contribuir con el desarrollo económico de los países de la región, y fortalecer el pleno ejercicio de la libertad de expresión. Internet es una tecnología sin precedentes en la historia de las comunicaciones que permite el rápido acceso y transmisión a una red universal de información múltiple y variada, maximizar la participación activa de la ciudadanía”.¹

En el mismo sentido se ha pronunciado el Relator Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión en su informe especial de 16 de mayo de 2011 al afirmar que “Pocas apariciones de nuevas tecnologías de la información, por no decir ninguna, han tenido un efecto tan revolucionario como la creación de Internet. A diferencia de cualquier otro medio de comunicación, como la radio, la televisión y la

¹ CIDH, Comisión Interamericana de DDHH, Informe Anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión. Evaluación sobre el Estado de la Libertad de Expresión en el Hemisferio; D. Internet y Libertad de Expresión; 1999.

imprensa, todos ellos basados en una transmisión unidireccional de información, Internet representa un gran avance como medio interactivo.”²

Dicho medio de comunicación facilita la materialización del derecho de toda persona a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, en su calidad de red de redes interconectada y de cobertura mundial, sin mencionar que permite que las comunicaciones sean más rápidas y fáciles. En la actualidad, el derecho a la libertad de expresión encuentra en Internet un instrumento único para desarrollar su enorme potencial en amplios e, incluso, marginados sectores de la población. Esas características, que hacen de Internet un medio privilegiado para el ejercicio cada vez más democrático, abierto, plural y expansivo de la libertad de expresión, deben ser tenidas en cuenta al momento de establecer cualquier medida que pueda impactarla³.

Ese carácter transformador que tiene internet sobre la libertad de expresión ha sido destacado en la Declaración Conjunta Sobre Libertad De Expresión E Internet del 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), en la cual se indicó que “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.”

Además de lo anterior, para el caso que nos compete en la presente intervención, esa misma declaración conjunta indica lo siguiente:

“La libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación. Las restricciones a la libertad de expresión en Internet solo resultan aceptables cuando cumplen con los estándares internacionales que disponen, entre otras cosas, que deberán estar previstas por la ley y perseguir una finalidad legítima reconocida por el derecho internacional y ser necesarias para alcanzar dicha finalidad (la prueba "tripartita").”

El postulado anterior es de suma importancia, pues antes de hacer un llamado a la creatividad para generar nuevos estándares y requisitos para limitar la libertad de expresión en internet, se reconoce que pueden existir tensiones con otros derechos, pero que estas

²Organización de las Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, 16 de mayo de 2011. A/HRC/17/27

³Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Libertad de expresión e internet; 2013. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_Internet_WEB.pdf

deben resolverse con base en los desarrollos que existen para dirimir conflictos en el mundo análogo.

Cualquier restricción que se imponga a los derechos sobre libre comunicación en Internet, debe contar con un sólido apoyo constitucional. En el mismo sentido se ha referido la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al indicar que “Al evaluar la proporcionalidad de una restricción a la libertad de expresión en Internet, se debe ponderar el impacto que dicha restricción podría tener en la capacidad de Internet para garantizar y promover la libertad de expresión con respecto a los beneficios que la restricción reportaría para la protección de otros intereses.”⁴

En este sentido, cuando los jueces están tomando decisiones sobre libertad de expresión en internet no solo deben medir el alcance del caso concreto, sino el impacto sobre el uso de esta plataforma tecnológica a futuro. Internet es una herramienta de gran utilidad para los flujos de información de interés público. Sin embargo, borrar contenidos por el cambio de una situación procesal puede atentar contra el derecho a la verdad y a la memoria histórica.

Para el caso concreto es claro que la nota periodística objeto de controversia es veraz e imparcial para el momento de su publicación. Por otro lado, la existencia en archivos digitales y la posibilidad de búsqueda a través de internet convierte la carga histórica en una carga vigente contra la accionante. ¿Es esta una carga desproporcionada? ¿puede serlo para éste caso pero no para otros, como por ejemplo los procesos penales por violaciones a los Derechos Humanos? El punto está en definir cuál es el balance adecuado que no abra una puerta inmensa para que el propósito democratizador de la información de internet se convierta en retazos con información suprimida a solicitud de personas que se consideran afectadas por una publicación.

2. El Derecho a la Libertad de Expresión en el marco jurídico Colombiano

La libertad de expresión es un derecho que protege la emisión y recepción de todo tipo de pensamientos, opiniones, ideas e informaciones personales de quien se expresa. Tiene sustento en la Constitución Política de 1991, en el artículo 20, el cual reza:

“Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura”.

⁴ Ibídem

Es de fácil desprendimiento de la anterior disposición el derecho de todos y todas a expresar, difundir y recibir opiniones, ideas, pensamientos, narrar hechos, noticias, y todo lo que considere; además del derecho de todos y todas a recibir información veraz e imparcial.

En el mismo orden, y entendiendo el derecho a la libertad de expresión como un principio fundamental para una sociedad democrática, instrumentos internacionales de derechos humanos consagran también el derecho a la libertad de expresión, como por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 13, y la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión y la Declaración Americana, en su artículo IV, que ofrecen garantías para la protección preferente de esta libertad en el marco de los Estados democráticos.

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han resaltado que la libertad de expresión cumple una triple función en el sistema democrático: a) asegura el derecho de toda persona a pensar por cuenta propia y a compartir su pensamiento y opinión personal⁵, b) tiene una relación esencial y estructural con la democracia, y en esa medida, que responde al objetivo del artículo 13 de la Convención Americana de fortalecer el funcionamiento de sistemas democráticos, pluralistas y deliberativos, mediante la protección y fomento de la libre circulación de ideas y opiniones⁶, y c) es una herramienta clave para el ejercicio de los demás derechos fundamentales, ya que *“se trata de un mecanismo esencial para el ejercicio del derecho a la participación, a la libertad religiosa, a la educación, a la identidad étnica o cultural y, por supuesto, a la igualdad no sólo entendida como el derecho a la no discriminación, sino como el derecho al goce de ciertos derechos sociales básicos”*⁷.

En la misma línea de los órganos internacionales, la Corte Constitucional colombiana ha reconocido el peso del derecho a la libertad de expresión en el marco de una democracia:

“Aunque la libertad de expresar y difundir el propio pensamiento y opiniones es un derecho de toda persona, no es sólo un derecho individual, sino también garantía de una institución política fundamental. “la opinión pública libre”. Una opinión pública libre está indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito de funcionamiento del estado democrático. Sin una comunicación pública libre quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución

⁵ CIDH, Informe No. 11/96. Caso No. 11.230. Francisco Martorell vs. Chile. 1996, párr. 56.

⁶ Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985; La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

⁷ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH; “Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión”, 30 de diciembre de 2009. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion>

consagra, reducidos a formas hueras las institucionales representativas y participativas y absolutamente falseado el principio de la legitimidad democrática”⁸.

En consecuencia con ello, la misma corporación, dice en la Sentencia T-391 de 2007, que en caso de conflictos entre la libertad de expresión y otros derechos, se le da prevalencia, en principio, a la libertad de expresión. Esto porque su protección tiene presunciones constitucionales, tales como la presunción de cobertura de toda expresión por el ámbito de protección constitucional, la sospecha de inconstitucionalidad de toda limitación de la libertad de expresión, la presunción de primacía de la libertad de expresión sobre otros derechos, valores o intereses constitucionales con los cuales pueda llegar a entrar en conflicto y la presunción de que los controles al contenido de las expresiones constituyen censura⁹.

El contenido del derecho a la libertad de expresión, en sentido genérico, ha sido tratado por la corte constitucional en varias de sus sentencias, como en el mencionado fallo del año 2007, en donde resaltó once elementos que contiene el artículo 20 de la Constitución Política, como sigue.

“(a) La libertad de expresar y difundir el propio pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación de fronteras y a través de cualquier medio de expresión –sea oral, escrito, impreso, artístico, simbólico, electrónico u otro de elección de quien se expresa-, y el derecho a no ser molestado por ellas. Esta libertad fundamental constituye la libertad de expresión stricto sensu, y tiene una doble dimensión – la de quien se expresa, y la de los receptores del mensaje que se está expresando. (b) La libertad de buscar o investigar información sobre hechos, ideas y opiniones de toda índole, que junto con la libertad de informar y la de recibir información, configura la llamada libertad de información. (c) La libertad de informar, que cobija tanto información sobre hechos como información sobre ideas y opiniones de todo tipo, a través de cualquier medio de expresión; junto con la libertad de buscar información y la libertad de recibirla, configura la llamada libertad de información. (d) La libertad y el derecho a recibir información veraz e imparcial sobre hechos, así como sobre ideas y opiniones de toda índole, por cualquier medio de expresión. Junto con los anteriores elementos, configura la libertad de información. (e) La libertad de fundar medios masivos de comunicación. (f) La libertad de prensa, o libertad de funcionamiento dichos medios masivos de comunicación, con la consiguiente responsabilidad social. (g) El derecho a la rectificación en condiciones de equidad. (h) La prohibición de la censura, cualificada y precisada por la Convención

⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-403 de 1992.

⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-391 de 2007.

Americana sobre Derechos Humanos, (i) La prohibición de la propaganda de la guerra y la apología del odio, la violencia y el delito, cualificada y precisada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, (j) La prohibición de la pornografía infantil, y (k) La prohibición de la instigación pública y directa al genocidio.”¹⁰

La Corte Constitucional ha dicho, en la sentencia ya referenciada, del año 2007, que la libertad de información es una especie concebida dentro de la libertad de expresión, que supone la libertad de buscar o investigar información sobre hechos, ideas y opiniones de toda índole, lo mismo que recibir la información de forma veraz e imparcial; ésta facultad, cobija tanto información sobre hechos como información sobre ideas y opiniones de todo tipo, a través de cualquier medio de expresión¹¹. Además, En instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 19, dice que “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”¹², consagrando la libertad de información como corolario de la libertad de expresión, igual que en otros instrumentos internacionales importantes, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (1969).

En el mismo sentido, la misma corporación, ha dicho que la libertad de información es un derecho fundamental de doble vía, en la medida en que son titulares del derecho, tanto quien emite como quien recibe la información, el primero en calidad activa y el segundo en pasiva, con responsabilidades y cargas específicas que buscan evitar la vulneración de otros derechos fundamentales como el buen nombre, la dignidad y la honra¹³.

La nota periodística objeto de controversia es una manifestación de la libertad de expresión que está rodeada de todas las garantías mencionadas. Se trata de información veraz e imparcial para el momento de la publicación sobre asuntos de interés público como lo es el delito de trata de personas, contribuye al fortalecimiento de la democracia y al control y seguimiento del ejercicio del poder público (punitivo). Al margen de que la situación procesal haya cambiado, la Corte debe entrar a valorar si un contenido como este debe desaparecer y con ello la imposibilidad consulta histórica de un hecho real.

La nota también resguarda derechos de la accionante pues se constituye como una prueba de una actuación judicial precaria en su contra que tuvo como desenlace la prescripción de la

¹⁰ Ibídem.

¹¹ Ibídem.

¹² DUDH, Declaración Universal de los Derechos Humanos.

¹³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-040 de 2013; M.P. Jorge Ignacio Pretelt.

acción penal. En este sentido, la FLIP considera que la nota objeto de controversia no es en sí misma lesiva de derechos de la accionante.

El precedente establecido en la sentencia T-040 de 2013

El señor Guillermo Martínez, accionante, fue acusado el 7 de noviembre de 1997, como presunto infractor en calidad de autor de la conducta descrita en el artículo 64 de la Ley 30 de 1986.

El 10 de junio de 1997, el diario El Tiempo publicó una nota con el título “*Los hombres de la mafia en los Llanos*”, en la que se refería, entre otras personas, al accionante como integrante de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de estupefacientes. Varios años después, el accionante alega que se le han vulnerado sus derechos a la presunción de inocencia, al buen nombre, la dignidad y la honra, ya que al digitar su nombre completo en la página del buscador Google Colombia, sigue apareciendo como primer resultado de dicha búsqueda, el artículo titulado “*Los Hombres de la mafia en los Llanos*”, publicado por el Tiempo, en donde efectivamente aparece su nombre como persona a quien le emitieron orden de captura por hecho delictivos.

El 4 de julio de 2012, luego de notificada la acción de tutela en su contra, El Tiempo incluyó en el artículo una aclaración previa en la que se deja constancia que la autoridad judicial puso fin al proceso penal en contra del señor Guillermo Martínez, mediante cesación del procedimiento por prescripción de la acción penal.

Como consideración previa al estudio del caso, la Corte Constitucional manifestó que “Como anotación previa, la Sala debe aclarar que el derecho fundamental de habeas data invocado por el actor, no es aplicable al caso, toda vez que la discusión se centra en la información periodística difundida por un medio de comunicación en el ejercicio de la libertad de expresión, y en su rectificación, no de una información de una base de datos o archivos regulada por la Ley Estatutaria analizada por esta Corporación en sentencia C-748 de 2011.”

En esta oportunidad la Corte Constitucional decide ordenar a la Casa Editorial El Tiempo S.A., que además de mantener la noticia con la nota previa ya incluida, proceda a modificar el título de la noticia “*Los hombres de la mafia en los Llanos*”, ya que considera que dicho título induce a los lectores al error, en la medida en que la información no fue presentada de manera cuidadosa y conforme a los parámetros jurisprudenciales para la denuncia de hechos delictivos. Adicional a ello, se le ordena a El Tiempo, que al final del artículo modifique la frase que presenta el listado de quienes tienen investigación por los hechos referidos, por el de “*personas presuntamente vinculadas*”, e incluya en la noticia un breve relato de los hechos y razones por las cuales se incluyó el nombre del señor Guillermo Martínez Trujillo.

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

En opinión de los intervinientes la decisión de la Corte en dicha acción de tutela es alejada de los estándares de protección del derecho de libertad de expresión y del derecho de rectificación. La Constitución plantea de manera clara los límites de la información, que son, la veracidad y la imparcialidad para el momento de la publicación.

Si con posterioridad a ella se presentan hechos sobrevinientes, corresponde la actualización de la información mas no la edición judicial de una nota que para el momento de su publicación era cierta. Esta decisión no responde a los criterios de necesidad y de proporcionalidad, instituidos por esta misma corporación en jurisprudencias anteriores y una decisión más razonable pudo haber sido la de ordenar la creación de una nueva nota de prensa, conservando la integridad de la anterior, con el mismo despliegue informativo, garantizando así los derechos a la libertad de expresión de El Tiempo; el derecho a la información de los ciudadanos y ciudadanas colombianas, y también, el derecho de rectificación bajo la modalidad de actualización de la información sobre el accionante, por medio del cual se protegerían los derechos que alega como vulnerados. Por esta razón, la presente intervención contará a continuación con un desarrollo de los estándares de aplicación del derecho a la rectificación en Colombia, toda vez que pueden ser de utilidad para dar una decisión ponderada de los derechos fundamentales en aparente conflicto.

El derecho a la rectificación en Colombia

El derecho a la rectificación se encuentra consagrado en el sistema jurídico Colombiano y en instrumentos internacionales de Derechos Humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Este derecho permite proteger la honra y el buen nombre de quienes sienten que en el ejercicio de la libertad de expresión sus derechos se ven afectados, sin que ello signifique una afectación al derecho a la libertad de expresión o una censura para el medio que ha publicado la información. A continuación explicaremos brevemente lo que en el ámbito internacional y nacional se ha entendido sobre el tema.

En el ámbito internacional, el artículo 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos consagra lo siguiente:

Artículo 14. Derecho de Rectificación o Respuesta

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.

2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.

3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión consultiva 7 se refirió específicamente sobre este derecho y señaló:

La ubicación del derecho de rectificación o respuesta (art. 14) inmediatamente después de la libertad de pensamiento y expresión (art. 13), confirma esta interpretación. La necesaria relación entre el contenido de estos artículos se desprende de la naturaleza de los derechos que reconocen, ya que, al regular la aplicación del derecho de rectificación o respuesta, los Estados Partes deben respetar el derecho de libertad de expresión que garantiza el artículo 13 y este último no puede interpretarse de manera tan amplia que haga nugatorio el derecho proclamado por el artículo 14.1 [...]

En el ámbito nacional la Constitución consagra en el ya mencionado artículo 20 el derecho a la rectificación al indicar que *”Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad.”*

Por su parte, la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado la importancia que tiene el derecho a la rectificación y cómo este es compatible con el derecho a la libertad de expresión. La Corte ha dicho que el derecho a la rectificación tiene que ser visto de dos formas, *“a) [de] un derecho que tiene el afectado por la información errónea o falsa para que ésta sea corregida o aclarada, por un aparte; y por otra, b) de una obligación del medio de comunicación para aclarar, actualizar o corregir la información emitida”*¹⁴

¹⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-256 de 2013. Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Ahora bien, es necesario hacer una aclaración, el derecho a la rectificación solo puede operar cuando la nota periodística es de carácter informativo. En estos casos es totalmente factible la revisión y por ende rectificación de la información proporcionada ya que sobre estas recae una exigencia de veracidad a diferencia de lo que ocurre en artículos de opinión, en donde lo que se expresa es la postura del autor frente a un determinado tema. Así las cosas y teniendo en cuenta lo dicho en un acápite anterior sobre el derecho a la información, vale la pena referirnos a lo dicho por la Corte Constitucional en la citada sentencia T-040 de 2013 sobre este particular:

*El derecho a la información, como lo ha subrayado la jurisprudencia, es de doble vía, con lo cual se quiere significar que puede ser reclamado tanto por el sujeto activo como por los sujetos pasivos de la relación informativa, es decir, por quien emite las informaciones y por quien las recibe. Este último puede exigir que le sean suministradas con veracidad e imparcialidad y aquél, por la misma razón, tiene a su cargo los deberes correlativos, (ii) del lado del receptor, la garantía del derecho a la información implica que ésta sea cierta –verdadera y sustentada en la realidad-, objetiva –su forma de presentación no es sesgada, pretenciosa o arbitraria- y oportuna –entre los hechos y su publicación existe inmediatez, es decir, que entre el hecho y la información no medie un tiempo amplio en el que la noticia pierda interés o incidencia-, (iii) la relevancia de la responsabilidad social de los medios de comunicación, la cual implica que la información que difundan sea veraz e imparcial [...]*¹⁵

Con respecto al requisito de veracidad, En la Sentencia SU-1723 de 2000 el Alto Tribunal Constitucional señaló:

“El principio de veracidad se constituye en requisito y a la vez límite del derecho a informar que impone al emisor la obligación de actuar de manera prudente y diligente en la comprobación de los hechos o situaciones a divulgar. No se exige que la información sea estrictamente verdadera, sino que comporta la necesidad de haber agotado un razonable proceso de verificación, aunque la total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales siempre y cuando no afecten la esencia de lo informado. Sobre el particular esta Corte ha dicho que, “la definición de lo que es veraz puede arrojar muchas dificultades (...) pero más aún, en muchos eventos puede ser imposible para el informador determinar con precisión si el hecho que llega a su conocimiento es absolutamente cierto o no. Si en este último caso se aplicara una noción absolutamente estricta de veracidad se podría

¹⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-040 de 2013. Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

paralizar la actividad investigativa de los medios de comunicación, con lo cual se afectaría en forma fundamental su labor de control a las instancias de poder”.

Finalmente, la Corte ha señalado cómo debe darse la rectificación y ha establecido unos requisitos, especialmente cuando la información a rectificar tiene que ver con un proceso judicial, ha dicho el Alto Tribunal “[e]l derecho a la rectificación en equidad queda satisfecho cuando: i) el despliegue informativo es equivalente; ii) cuando el medio de comunicación reconoce la equivocación; iii) cuando se hace oportunamente y; iv) siempre y cuando el medio no se limite a difundir lo que dice la persona o entidad que ha sido perjudicada con la información”¹⁶.

Ahora, con respecto a lo que se refiere al derecho a la rectificación en internet, el ya mencionado informe sobre Libertad de Expresión e Internet de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, hace referencia a este mecanismo como la medida menos restrictiva para la libertad de expresión e indica que este medio de comunicación presenta facilidades para que dicho derecho pueda ejercerse de forma efectiva e inmediata. Dicho informe recalca sobre este derecho lo siguiente:

[...] la rectificación de información errónea es la forma menos costosa desde el punto de vista de la libertad de expresión para reparar daños vinculados a ella. En este sentido, esta Relatoría ha dicho que sólo cuando la rectificación “sea insuficiente para reparar el daño que se ha causado, podrá apelarse a la imposición de responsabilidades jurídicas más costosas para quien abusó de su derecho a la libertad de expresión, y con ello generó un daño cierto y grave sobre derechos de otras personas o bienes jurídicos especialmente tutelados por la Convención Americana”. Desde este punto de vista, la rectificación debería excluir otro tipo de responsabilidad, especialmente cuando se trata de discursos especialmente protegidos, que sólo pueden habilitar responsabilidad si se demuestra que el emisor tuvo “real malicia” al momento de publicar la información falsa que produjo el daño. También cabe recordar los estándares de la CIDH, que desincentivan el uso del derecho penal como respuesta a daños causados en el ejercicio de la libertad de expresión y recomiendan que —en caso de no ser suficiente la rectificación— se recurra a responsabilidades civiles proporcionadas¹⁷

En el presente caso es importante distinguir qué puede llegar a ser lesivo de derechos de la accionante, i) ¿una nota veraz e imparcial para el momento de su publicación?, ii) ¿la carencia de una actualización que, sin modificar la nota inicial, informe sobre una variación

¹⁶ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 003 de 2011. Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo.

¹⁷ Informe RELE párrafo 70

de los hechos, o iii) la posibilidad de que el contenido esté indexado en motores de búsqueda.

Ninguno de los escenarios es atribuible o responsabilidad de Google. A juicio de los intervinientes, no existe razón constitucional para encontrar lesiva la nota inicial; es legítima una actualización en una nota adicional que informe sobre el cambio de la situación procesal.

Por otro lado, la posibilidad de ordenar la no indexación de los artículos periodísticos es delicada, de adoptarla puede comprometerse el derecho a la memoria y a la verdad en Colombia, pues, otra persona cuya situación procesal varíe podría reclamar la no indexación y “desaparecer” búsquedas sobre notas que hablen de graves violaciones a los derechos humanos u otros asuntos de interés público.

3. Responsabilidad de los buscadores como intermediarios en internet

El funcionamiento y desarrollo de internet depende de muchas relaciones de intermediación entre los usuarios y los productores de contenidos. Entre este tipo de actores se encuentran los proveedores de servicios de internet, los servicios de alojamiento o hosting (por ejemplo, espacios para crear blogs), los motores de búsqueda, los intermediarios de comercio electrónico, los sistemas de pago online, entre otros.¹⁸

Los intermediarios de internet tienen una función crucial para que los usuarios puedan acceder o publicar información. No obstante, los intermediarios no tienen injerencia en la creación de los contenidos. Son puros facilitadores.

En varios lugares del mundo se ha dado la discusión sobre cuál debe ser la responsabilidad de dichos intermediarios con respecto a las actividades ilegales que realicen sus usuarios. Tal y como lo explican algunos expertos, el enfoque hacia la responsabilidad objetiva no tiene mucha aceptación. Esto ocurre porque se asumiría que la prestación de un servicio en internet es una actividad que conlleva un riesgo. El principal problema de esta visión es que los intermediarios optarían por no prestar el servicio o harían modificaciones estructurales que desnaturalizarían el funcionamiento del mismo.¹⁹ En ese sentido se ha referido la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH en su informe sobre libertad de expresión e internet al indicar que “Responsabilizar a un intermediario en el contexto de una

¹⁸ OECD (2011), “Internet intermediaries: Definitions, economic models and role in the value chain”, in *The Role of Internet Intermediaries in Advancing Public Policy Objectives*, OECD Publishing. http://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/the-role-of-internet-intermediaries-in-advancing-public-policy-objectives/internet-intermediaries_9789264115644-4-en

¹⁹ Iniciativa por la Libertad de expresión en Internet (ILEI), del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo en Argentina, “Las llaves del ama de llaves: la estrategia de los intermediarios en Internet y el impacto en el entorno digital.” Disponible en <http://www.palermo.edu/cele/pdf/LasLlavesDelAmaDeLlaves.pdf>

red abierta, plural, universalmente accesible y expansiva, sería tanto como responsabilizar a las compañías de teléfono por las amenazas que por vía telefónica una persona profiere a otra causándole con ello incertidumbre y dolor extremo.”²⁰

Por otro lado, los regímenes legales se han inclinado entre la inmunidad absoluta o condicionada para los intermediarios. En el primero de estos, el intermediario carece de responsabilidad en cualquier caso que se cometan infracciones por parte del usuario. En el segundo, el intermediario debe responder en aquellos casos en los que tiene conocimiento de que existe una actuación ilegal, ya sea por medio de una orden judicial o de una notificación hecha por el afectado, dependiendo de lo que se haya regulado en cada jurisdicción.

Estos últimos regímenes pueden ser funcionales en aquellos casos en los que no se impone una obligación difusa de vigilancia o monitoreo de los contenidos que fluyen por la plataforma que administra el intermediario²¹. En caso contrario, los incentivos hacia hacer bloqueos generales o innecesarios serán mayores. Tal y como anotan Álvarez y Rabinovich, “Los intermediarios son empresas privadas con intereses comerciales: perder algunos clientes es una pérdida marginal en relación a los riesgos económicos que representa desobedecer un pedido de remoción o –de una forma aún más preocupante- aumentar el riesgo de simplemente ser demandados. Ello genera prácticas demasiado amplias que tienen el efecto directo de *silenciar* a ciertas voces sin que ellas tengan la más mínima oportunidad de defenderse.”²²

En este sentido se ha pronunciado la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH en su informe sobre libertad de expresión e internet al anotar que “En general, salvo casos extraordinariamente excepcionales, este tipo de mecanismos pone a los intermediarios privados en posición de tener que tomar decisiones sobre la licitud o ilicitud de los contenidos y, por las razones que ya han sido explicadas, genera amplios incentivos hacia la censura privada. De hecho, regímenes de notificación y retirada extrajudicial han provocado frecuentemente la remoción de contenidos legítimos, incluso especialmente protegidos.”²³ Teniendo esto en cuenta, la Relatoría ha indicado que los regímenes de responsabilidad condicionada solo son compatibles con la Convención Americana cuando el intermediario se niega a cumplir una orden de retiro que proviene de una orden judicial que señale de forma precisa el contenido a remover, evitando que se afecten expresiones legítimas junto a una determinación de lo ilícito del contenido bajo las garantías del debido proceso.²⁴ Las

²⁰ Informe relatoría de libertad de expresión par 97

²¹ Op. cit. Iniciativa por la Libertad de expresión en Internet (ILEI), del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo en Argentina,

²² Álvarez Ugarte, Ramiro et al. “Los intermediarios y los desafíos para la libertad de expresión en internet” *Cuestión de Derechos. Revista electrónica*. Disponible en <http://www.cuestiondederechos.org.ar/pdf/numero4/Articulo-8.pdf>

²³ Informe relatoría libertad de expresión e internet p 105

²⁴ *Ibidem* pp 106 y 107

limitaciones ulteriores a la libertad de expresión deben estar en manos del poder público que se ha comprometido a garantizar los derechos fundamentales, delegar el control o borrado de contenidos en internet a un organismo privado es sustraer la obligación del Estado como garante de derechos.

En el caso de los motores de búsqueda, la Corte Constitucional ya tuvo un pronunciamiento inclinado hacia la inmunidad absoluta, que fue la ya mencionada sentencia T 040 de 2013 en la que indicó que “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.”.

Esta noción es importante si se tiene en cuenta la forma en que funcionan los motores de búsqueda en internet. El funcionamiento de estos intermediarios en la red parte de una labor de indexación de los contenidos en internet. Esto parte de una búsqueda por medio de softwares automáticos que crean índices que vinculan las palabras con la determinada dirección URL. Es a partir de dicho índice que se alimentan las búsquedas de los usuarios. De esa búsqueda surgen resultados que dependerán de varios factores como la coincidencia de las palabras o diferentes programaciones del algoritmo usado por el motor de búsqueda al que acudió el usuario.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que dada la automaticidad de los procesos que manejan los motores de búsqueda, son los productores de contenidos los que cuentan con la capacidad de decidir que sus contenidos no aparezcan en los resultados de búsqueda de los usuarios, ya sea por medio de técnicas que eluden el software o que le ordenan su no indexación. En este sentido, la responsabilidad de un intermediario que ejerce la actividad de buscador solo podría darse en ese caso extremo en que es absolutamente imposible compeler al productor del contenido para que haga la debida eliminación. Esto, sin olvidar que la decisión debe provenir de una orden judicial que cumpla con todas las garantías del debido proceso.

4. Conclusiones sobre el caso concreto

Con respecto a la Casa Editorial El Tiempo

En el caso que nos ocupa la accionante solicitó el retiro total en la plataforma virtual de el diario El Tiempo de cualquier información que atente contra su buen nombre, en relación al artículo publicado por dicho diario el 29 de agosto de 2000 y titulado “*Empresa de trata de blancas*”, en el cual se señalaba la desarticulación de una red de trata de personas que operaba en Cali. En la nota se indicó la captura de varias personas quienes habían sido vinculadas al proceso penal, entre la lista de capturados aparece el nombre de la Sra. Hernández.

Tal y como ocurre en la sentencia T 040 de 2013, es importante resaltar que en este caso no es aplicable la ley estatutaria 1581 de 2012, no solo por dicho precedente, sino porque la misma ley indica en su artículo 2, literal d que dicha norma “...no será de aplicación: ... d) A las bases de datos y archivos de información periodística y otros contenidos editoriales”. Más allá de esto, la Corte Constitucional dijo en control previo de dicha disposición por medio de la sentencia C-781 de 2011 que:

“En concordancia, el literal d) del artículo 2 pretende evitar que las bases de datos y archivos de carácter periodísticos se vean sometidos a los mismos límites que la información general, lo que podría traducirse en una limitación desproporcionada de la libertad de prensa, e incluso en censura -piénsese por ejemplo en la posibilidad de la obligación de revelar las fuentes. No obstante, debe esta Sala reiterar que en razón de la especial consideración que el constituyente otorgó a la libertad de expresión, las posibles colisiones con el derecho al habeas data deben ser resueltas por una regulación especial.”

Esta perspectiva corta de plano la posibilidad de traslapar decisiones como las del Tribunal Europeo sobre Habeas Data al contexto colombiano, pues se trata de una ley estatutaria, parámetro de constitucionalidad que no da tratamiento de bases de datos a información periodística.

Basados en lo anterior, y observando los diferentes principios constitucionales previamente desarrollados se puede concluir que la solicitud de retiro de la nota periodística de la web implica una restricción desproporcionada a la libertad de expresión y por ende de acceder a la solicitud la Corte Constitucional estaría vulnerando el derecho a la información y la libertad de expresión y se estaría poniendo en juego ese carácter transformador de derechos que tiene internet por las razones que a continuación se expondrán.

En primer lugar, es necesario aclarar que la nota periodística objeto de la controversia es una nota informativa, la cual cumplía en su totalidad con los requisitos que esta misma Corte en reiterada jurisprudencia ha señalado debe tenerse en cuenta a la hora de proporcionar información. La nota publicada en El Tiempo, es veraz e inequívoca, toda vez que al momento de su publicación la señora Hernández efectivamente aparecía dentro de las personas privadas de su libertad por estar vinculadas al proceso. Es inequívoca, porque dentro de la nota es claro que los nombres que ahí aparecen corresponden a quienes estaban siendo investigados, adicionalmente los requisitos no han dejado de existir con el paso del tiempo. En la página web en donde está disponible el contenido, es claro que la nota está catalogada como de archivo y no como una noticia actual. La publicación indica la fecha de los hechos en el momento que sucedieron y no los ubica en momentos ajenos a la realidad.

Por otro lado, la libertad de expresión incluye el derecho de todas las personas a acceder a la información de temas que son de interés general. En este caso lo que hicieron los periodistas que redactaron la nota, fue dar a conocer detalles de un tema que a todas luces era importante para la comunidad.

Debido a que la nota informativa cumple con los requisitos exigidos, pensar en la posibilidad de borrarla o retirarla del periódico, resulta totalmente contrario a la libertad de expresión. Eliminar el contenido significa imponer una censura al diario, el retiro es imponer una responsabilidad ulterior totalmente desproporcionada.

Entendiendo las dificultades que la actora cita, lo menos lesivo para la libertad de expresión y que al mismo tiempo tutelaría los derechos de la accionante, es que se ordene la rectificación bajo la modalidad de actualización tal y como lo ordenó en su oportunidad el juez constitucional de primera instancia. Una decisión que vaya encaminada hacia la eliminación de contenidos puede generar un efecto inhibitorio frente al ejercicio de la libertad de expresión con respecto a informaciones relacionadas con procesos judiciales. La inseguridad frente a la situación jurídica de una persona en el futuro puede desencadenar una preferencia por no referirse a tales asuntos mientras no exista una decisión definitiva.

Aunque la nota objeto de controversia está desactualizada hoy en día porque en el desarrollo del proceso penal contra la Sra. Hernández ocurrió el fenómeno de la prescripción, ello no quiere decir que la nota no sea veraz o haya sido temeraria. Es veraz indicar que la señora estuvo vinculada a dicho proceso penal durante la fecha de los hechos. Por lo tanto solicitar el retiro de la publicación de internet es absolutamente lesivo para la libertad de expresión y el derecho a la información; por otro lado, optar por la decisión adoptada en la T 040 de 2013 de modificar la nota implicaría alterar la historia en sentido figurado e incluso atentaría contra el deber de veracidad; así las cosas, la solución idónea para proteger los derechos en conflicto en el presente caso es la rectificación bajo la modalidad de actualización de la información.

En el presente caso la rectificación deberá entenderse como una actualización de la noticia, en ella debe señalarse que la Sra. Hernández demostró su inocencia frente a los delitos por los que se le acusó. Dicha actualización deberá estar en una nota informativa cuya publicación cumpla con los requisitos que anteriormente se mencionaron para que la rectificación cumpla de forma real con su cometido. Con el fin de que la nota actual no perjudique los derechos de la accionante y haya un balance con el derecho a la libertad de expresión se puede considerar que la actualización puede estar acompañada de la nota inicial.

Con respecto a Google

De acuerdo a lo desarrollado anteriormente, no se observan razones suficientes para considerar que Google pueda ser encontrado responsable de obligación alguna en el caso objeto de estudio. Esto ocurre por cuatro razones:

1. El papel de Google como intermediario se limita a una indexación de palabras asociadas a vínculos. A partir de esa labor es que se generan los resultados de manera automática cuando un usuario utiliza cualquier motor de búsqueda.
2. La responsabilidad de Google solo podría darse en el caso en que no exista posibilidad alguna de compeler al productor de la información para que retire la información o que dicha entidad se estuviera negando al cumplimiento de una orden judicial. No obstante, estos supuestos fácticos no se cumplen. Además, tal y como se expuso anteriormente, la nota no debe ser eliminada.
3. La posibilidad de hacer que un enlace no aparezca en los resultados de búsqueda recae con mayor facilidad sobre el productor de la información, que es El Tiempo.
4. La imposición de medidas desproporcionadas, amplias y difusas de eliminación de contenidos por parte de los intermediarios puede repercutir en prácticas que afecten el carácter transformador de internet y, por consiguiente, lesivas el derecho a la libertad de expresión.

Por todo lo anteriormente expuesto, la FLIP considera que la Corte Constitucional deberá pronunciarse en el sentido de ordenar a El Tiempo que realice una actualización sin hacer ningún tipo de eliminación o modificación de contenidos. Esta actualización, a fines de que haya un balance entre el derecho a la información y los invocados por la accionada, se puede incluir como un aparte visible al momento de consultar la nota objeto de controversia. Por su parte, la FLIP considera que en el caso de estudio no existe responsabilidad alguna que se aplique a Google.

Cordialmente,

Pedro Vaca Villareal, director ejecutivo (FLIP)

Emmanuel Vargas Penagos, coordinador legal (FLIP)

Viviana Ordoñez Salazar, asesora legal (FLIP)

Sibelys Mejía, practicante (FLIP)