

Bogotá, 08 de agosto de 2021

Estimados

Señora

Karen Abudinen

Ministra de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

Señore/as

Representantes

Cámara de Representantes

Correos electrónicos: comision.primera@camara.gov.co

Ref.: Concepto sobre las limitaciones a la libertad de expresión del Proyecto de Ley 600 de 2021, *“Por la cual se regulan las responsabilidades establecidas en el artículo 47 de la Ley 1098 de 2006 para el reconocimiento, garantía y protección de los derechos de la niñez, la infancia y la adolescencia y se adoptan medidas preventivas para evitar la vulneración de sus derechos.”*

Estimado/as

Reciban un cordial saludo,

La Fundación para la Libertad de Prensa (FLIP) es una organización no gubernamental que defiende la libertad de expresión y promueve un clima óptimo para que quienes ejercen el periodismo puedan satisfacer el derecho de quienes viven en Colombia a estar informados. Bajo ese mandato, la FLIP hace seguimiento a los casos de periodistas que se encuentran en riesgo, que son víctimas de acoso judicial o que presentan trabas injustificadas para acceder a información pública, así como el monitoreo de la actividad legislativa que tenga un impacto en la libertad de expresión y de prensa.

El pasado 26 de mayo de 2021, se realizó el primer debate al proyecto de Ley 600 de 2021, *“Por la cual se regulan las responsabilidades establecidas en el artículo 47 de la Ley 1098 de 2006 para el reconocimiento, garantía y protección de los derechos de la niñez, la infancia y la adolescencia y se adoptan medidas preventivas para evitar la vulneración de sus derechos”*, en la Cámara de Representantes. El 26 de abril el proyecto de ley [fue publicado](#). En el periodo de la legislatura en curso, tenemos conocimiento que desde el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones se ha impulsado un proceso de socialización del proyecto mediante audiencias públicas.

Respecto de este proyecto de ley, coincidimos en la finalidad de salvaguardar determinados intereses públicos, entre los que se incluyen los relacionados con la protección de menores, pero ponemos a su consideración nuestros comentarios sobre esta iniciativa legislativa, por considerar que contiene unas disposiciones normativas que limitan el núcleo esencial del derecho fundamental a la libertad de expresión¹, contraviniendo la protección constitucional del mismo y los estándares interamericanos, como explicamos a continuación.

Compartimos estas preocupaciones con el único fin de fomentar una deliberación de fondo sobre las implicaciones que representa este proyecto de ley para la libertad de prensa. Este impone la protección de la niñez mediante mecanismos que configuran censura previa, crean unos mecanismos que pueden ser instrumentalizados para acallar y se crea la responsabilidad de intermediarios en la difusión de información, contrario a los estándares internacionales.

1- Estándar de protección a la libertad de expresión.

El marco general de las limitaciones admisibles a la libertad de expresión, el cual como se dijo es de interpretación restrictiva, lo proveen los artículos 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. El primero dispone: “3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: (a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; (b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”

El derecho a la libertad de expresión es un derecho de toda persona y no cabe restringirlo a un grupo de personas o a una determinada profesión. Tiene una doble dimensión, individual y colectiva. Una de las consecuencias de esta doble dimensión es que no se puede menoscabar una de ellas invocando la justificación de la preservación de la otra. El derecho a la libertad de expresión comporta deberes y responsabilidades, pero cualquier limitación es legítima sólo bajo criterios muy específicos.

En razón a que la libertad de expresión constituyen en sí misma el ejercicio de otros derechos fundamentales y corresponde al ejercicio de un derecho constitucional

¹ “La Corte Constitucional ha reconocido la existencia de un derecho a la libertad de expresión en cabeza de los medios de comunicación, y ha aceptado en numerosas oportunidades que las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales según su naturaleza particular; en consecuencia, es claro que la libertad de expresión sí cobija a los medios de comunicación en tanto personas jurídicas, así como a quienes se expresan a través de ellos”. Sentencia T 391 de 2007. Corte Constitucional

específico, la jurisprudencia interamericana ha explicado que la interpretación de las restricciones a la libertad de expresión debe juzgarse haciendo referencia a las necesidades legítimas de las sociedades y las instituciones democráticas, dado que la libertad de expresión es esencial para toda forma de gobierno democrática.

La jurisprudencia interamericana ha referido que de manera excepcional es posible limitar la libertad de expresión, ello solo es convencionalmente aceptable cuando se cumple con un test consistente en tres condiciones simultáneas:

(i) Principio de legalidad. Toda limitación a la libertad de expresión debe haber sido prevista en forma previa, expresa, taxativa y clara en una ley, en el sentido formal y material. Al existir una prohibición absoluta de la censura previa, la ley que establezca una limitación a la libertad de expresión sólo puede referirse a la exigencia de responsabilidades ulteriores.

(ii) Principio de legitimidad. Toda limitación debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana, orientados a la protección de los derechos de los demás, la protección de la seguridad nacional, del orden público, de la salud pública o de la moral pública.

(iii) Principio de necesidad y proporcionalidad. La limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida; e idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr. El test de necesidad se aplica de forma estricta y exigente, requiriendo la demostración de que existe una necesidad imperiosa o absoluta de introducir limitaciones.

2. El proyecto de ley establece una serie de medidas que derivan en el establecimiento de una revisión previa de contenidos con el fin de proteger a los menores. Sin embargo, este tipo de protección no es constitucional ni convencionalmente aceptable, como se explica enseguida.

Primero, el proyecto apela de manera genérica a la protección de los niños, niñas y adolescente para restringir la libertad de expresión, cuando los estándares constitucionales e interamericanos permiten dicha restricción de manera estrictamente limitada a aquellos casos de espectáculos públicos y únicamente para regular el acceso a ellos. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión.

El proyecto de Ley contraría la interpretación jurisprudencial válida de la restricción a la libertad de expresión aceptada para la protección moral de la infancia y la adolescencia. Al respecto, resulta indispensable resaltar que existe una prohibición general de la censura previa y de la censura indirecta (arts. 13.5 y 13.5 de la Convención Americana y art. 20 de la Constitución). En principio, los Estados no pueden establecer restricciones previas, preventivas o preliminares al derecho a la libertad de expresión, tampoco pueden restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

Aunque esto se exceptúa en los casos estipulados por las normas internacionales, tales como la protección moral de la infancia y la adolescencia, no se trata de una habilitación indefinida y amplia de la censura bajo el argumento de la protección de un grupo poblacional específico. El artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece: “2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. // (...) 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.”

Así las cosas, el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite únicamente en el caso de los espectáculos públicos, pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión².

En Colombia, la misma Corte Constitucional ha sostenido que la interpretación de esta excepción es limitada. Ha resaltado que “son inadmisibles todas las formas de limitación previa a la expresión, salvo por la posibilidad de establecer normas legales

² En el Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile (2002), la Corte IDH revisó la prohibición que impusieron las autoridades judiciales chilenas a la exhibición de la película de cine, por petición de un grupo de ciudadanos que buscaban la protección de la imagen de Jesucristo y de la Iglesia Católica. La Corte IDH subrayó que el derecho a la libertad de expresión protege tanto la información favorable como la que es chocante u ofensiva para la sociedad. Concluyó que las autoridades chilenas habían incurrido en un acto de censura previa, proscrito por el artículo 13 de la Convención Americana.

que regulen el acceso de menores de edad a espectáculos públicos – excepción que, en virtud de la prohibición constitucional de la censura, es de interpretación estrictamente restringida, se refiere a la clasificación de tales espectáculos y no puede comprender la prohibición de proyectar cintas cinematográficas, realizar obras de teatro o efectuar espectáculos públicos.”³

La H. Corte se ha referido a la ponderación entre la libertad de expresión y la protección de derechos de terceros, como es el caso de los derechos de los menores - sujetos de especial protección constitucional conforme al artículo 44-, se debe tener en cuenta que “las expresiones cuya audiencia incluye niños están sujetas a especiales condiciones constitucionales orientadas a preservar el interés superior, el desarrollo integral y los derechos fundamentales de los menores.” Sin embargo, delimita la protección al señalar que:

“en casos en los que potencialmente esté de por medio la preservación de los derechos de menores de edad, en particular ante transmisiones de información e imágenes a través de los medios de comunicación que pueden ser perjudiciales para su desarrollo integral, los jueces han de prestar especial atención a su protección, y a la armonización concreta de los derechos enfrentados, sobre la base de la prevalencia de los derechos de los niños –que puede vencer, por mandato expreso del artículo 44 de la Constitución, la primacía ab initio de la libertad de expresión-. En ocasiones anteriores, la Corte Constitucional ha explicado que los conflictos entre la libertad de expresión y los derechos de los niños se han de abordar constitucionalmente sobre la base de la prevalencia de los segundos. Sin embargo, el carácter prevaleciente de los derechos de los menores de edad no otorga a las autoridades completa discrecionalidad para limitar la libertad de expresión a su agrado; las limitaciones establecidas para proteger a los menores de edad también deben cumplir con la totalidad de las condiciones constitucionales que se explican en el presente acápite, **y no pueden invocarse como un comodín para limitar la libertad de expresión cada vez que se anticipe que quizás algún niño sea receptor de la información, las opiniones y las imágenes divulgadas por un medio masivo de comunicación. Se debe recordar que en este tipo de casos, el juez constitucional ha de garantizar que, por virtud de la protección de los**

³ Sentencia T. 391 de 2007. Corte Constitucional.

derechos de los niños, no se termine restringiendo indebidamente la libertad de expresión.”⁴ (negrilla fuera del texto original)

Por lo anterior, la Corte defiende que toda regulación estatal en el ámbito de la libertad de expresión debe ser estrictamente neutral frente al contenido de la comunicación. Por ello, no es suficiente aludir a un riesgo potencial para su restricción. Este es inclusive el caso de la moderación para la protección de menores, respecto de la cual ha afirmado que la “característica del riesgo y del impacto, ha de ser claramente demostrada porque de lo contrario la mera alegación de la presencia potencial de algunos menores en la audiencia bastaría para restringir la libertad de expresión y privar a los ciudadanos del acceso a información u opiniones valiosas para ejercer como sujetos políticos de una sociedad democrática.”⁵ (destacado fuera del texto original)

Segundo, el Proyecto de Ley crea una Comisión de Expertos paralela a la Comisión de Regulación de las Comunicaciones -CRC en adelante-. La creación de la Comisión de Expertos es innecesaria pues ya existe la CRC que ejerce las facultades de regulación, vigilancia y control en materia de contenidos de televisión, conforme a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 1341 de 2009, modificada por la Ley 1978 de 2019 y el artículo 39 de esta última norma. De conformidad con los artículos 76 y 77 de la Constitución, existirá en el régimen jurídico colombiano una única entidad de orden nacional a cargo de la intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión, entidad que en la actualidad corresponde a la Comisión Nacional de Regulación (CRC).

Tercero, el proyecto de ley crea una Comisión de Expertos y, con ello, genera un mecanismo de censura previa que está proscrito constitucionalmente. Se otorga a la Comisión una competencia más amplia que la de la CRC para moderar el contenido, lo cual deriva en restricciones a la libertad de expresión a partir de mandatos legales vagos, ambiguos, amplios o indeterminados, en contravía de los estándares internacionales⁶.

El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad ulterior para quien lo haya cometido. En dado caso, se debe probar la coexistencia de las siguientes condiciones: la existencia

⁴ Sentencia T-391 de 2007. Corte Constitucional

⁵ Sentencia T-391 de 2007. Corte Constitucional

⁶ Por ejemplo, una causal prevista que adolece de esta amplitud consiste en el “ contenido que afecta la salud psíquica de un niño”.

previa de causales de responsabilidad previamente establecidas, la definición expresa y taxativa de esas causales por la ley, la legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas, y que dichas causales de responsabilidad sean " necesarias para asegurar " los mencionados fines⁷.

Según el art. 12, esta nueva Comisión estaría a cargo de crear un catálogo de contenidos que, de manera preliminar y genérica, se considera que podrían atentar con la integridad moral, psíquica o física de los derechos de la niñez, la infancia y la adolescencia, sin definiciones claras. Sobre este punto, **las vaguedades y ambigüedades de las disposiciones normativas generan espacios interpretativos que pueden ser usados para un uso arbitrario, contrario a la libertad de expresión. Imponer sanciones por conductas no definidas con claridad, es contrario a los postulados del artículo 29 constitucional sobre el debido proceso y el mandato de que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes.** Genera también preocupación que ninguna de estas autoridades es técnica para un eventual establecimiento de un catálogo de conductas a partir del contenido. Esto es altamente indeseable⁸.

La Constitución en su artículo 20 prohíbe cualquier acto de censura, provenga del órgano estatal de donde provenga. La jurisprudencia constitucional ha explicado detalladamente que la tipología del control previo sobre la libertad de expresión abarca cuatro formas principales, que sin embargo no agotan el espectro posible de intervenciones proscritas: el control previo sobre los medios de comunicación y su funcionamiento, el control previo sobre el contenido de la información, el control previo sobre el acceso a la información y el control previo sobre los periodistas. Respecto de la segunda modalidad, la Corte detalló que

⁷ Corte IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5. Para 39.

⁸ Ver. No. 10-1293. *Supreme Court of the United States, Federal Communications Commission and United States Of America, V. Fox Television Stations, Inc. And United States Of America*. La Corte Suprema de los Estados Unidos refiere que la vaguedad de la regulación sobre el contenido impone una afectación a la libertad de expresión, por su capacidad de crear un efecto inhibitorio ante una eventual sanción, toda vez que por la amplitud de la disposición normativa corre el riesgo de ser manipulada. En esta decisión la Corte demuestra que esta falla promueve un amplio margen interpretativo, que da pie a la inconsistencia en su aplicación. Adicionalmente, destaca que aún en casos de protección de menores, se debe optar por la medida menos lesiva, inclusive el recurso de tecnología antes que la censura de contenido. Por ejemplo, recurrir a V-chips, para bloquear el acceso a menores, en lugar de impedir la difusión general del contenido, permite cumplir con ambas obligaciones de garantía de la libertad de expresión y la protección de menores.

(b) El control previo sobre el contenido de la información, que en todo caso es contrario a la prohibición constitucional de la censura por desconocer la regla sobre neutralidad frente al contenido[310], abarca (i) la conformación de juntas o consejos de revisión previa de la información[311], (ii) las reglas de autorización para la divulgación de información, sea sobre temas clasificados como sensibles por un régimen[312], o sobre temas específicos cuya aprobación se asigna a una autoridad que hace las veces de censor con facultades para modificar o recortar el contenido[313]; (iii) la prohibición, bajo sanción, de divulgación de determinados contenidos informativos[314], (iv) la creación de controles judiciales o administrativos posteriores tan severos que inducen, mediante su efecto disuasivo, a la autocensura por parte de los mismos medios de comunicación[315]; (v) la exclusión del mercado de determinados medios de comunicación en tanto represalia[316], o (vi) la atribución de facultades a organismos estatales para suspender la transmisión de programas a través de los medios masivos de comunicación[317]. La Corte ha precisado que cada una de estas modalidades admite distintas variantes, sutiles e indirectas: “dentro de cada uno de estos tipos de control previo, hay modalidades sutiles e indirectas que no es necesario entrar a detallar”⁹.

Así, el proyecto de ley que crea un comité de censura viola la prohibición constitucional, al igual que la orden judicial que exija cumplir dicha ley inconstitucional o cualquier acción de un tercero en este sentido.

Cuarto, no se garantiza la independencia de la Comisión de Expertos, que en su mayoría tiene un origen en el gobierno de turno. No incluye un contrapeso real de la sociedad civil, academia y expertos, por el contrario, se advierte el riesgo de su instrumentalización política por su composición. Ello deja algunas interrogantes como: ¿Cómo se va a garantizar la independencia e idoneidad, así como el alcance de la competencia que no puede derivar en censura previa? ¿Cómo se garantiza que la decisión sea técnica y no política?

Quinto, con gran preocupación, advertimos que traslada la aplicación de la censura previa a terceros, en contravía de los Principios de Manila sobre

⁹ Sentencia T 391 de 2007. Corte Constitucional.

responsabilidad de intermediarios (2015), propuestos por la sociedad civil, recomiendan que los Estados “no requieran la restricción o remoción de contenidos salvo mediante orden judicial, emitida conforme a los derechos y garantías del debido proceso (Principios 2 y 3)”. Principalmente, se integran en la cadena de censura previa a dos actores principales:

1. *Prestadores de servicios.* En el artículo 10 se crea la obligación para los prestadores de eliminar contenido sin una orden judicial previa es censura previa. El artículo 10 establece que los Proveedores de Servicios de Internet deberán “establecer mecanismos técnicos de bloqueo por medio de los cuales se pueda proteger a los usuarios del acceso a material que atente directa o indirectamente contra la integridad moral, psíquica o física de la niñez. Esto es problemático porque se traslada al particular la aplicación de una sanción que sólo debe ocurrir mediante un proceso judicial.
2. *Medios de comunicación.* El proyecto reconoce el rol de los medios y les da poder para limitar la emisión de ciertos contenidos: el medio de comunicación que detecte que un contenido podría potencialmente poner en riesgo los derechos superiores de la niñez, infancia y adolescencia, podrá ordenar como medida cautelar que de forma inmediata se abstenga de transmitir el contenido hasta que se emita una decisión de fondo”. Esto no es deseable en un país sin un fuerte apoyo al sistema de medios públicos e independientes porque puede ser utilizado para no reportar sobre violaciones a derechos humanos.

Sexto, en contravía de los estándares internacionales de protección de la libertad de expresión, el proyecto de ley promueve la responsabilidad de intermediarios.

El artículo 1 define puntualmente que “la presente ley tiene por objeto regular las responsabilidades especiales de los medios de comunicación”, pero su alcance es mayor por cuanto incluye a “todo aquel que, mediante el uso del espectro radioeléctrico, transmita o publique información y contenidos, con independencia de la tecnología que se utilice para el efecto” (art. 2). En este sentido, involucra tanto a ciudadanos como a proveedores, o todo aquel que intervenga en la difusión de contenido.

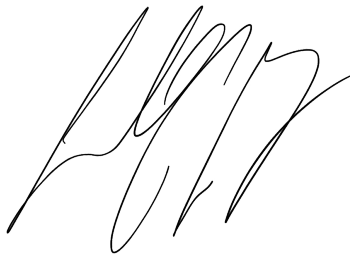
Es decir, no hace distinción en términos de responsabilidad entre el que crea el contenido, quien lo difunde, el que transmite el mensaje de datos, quien comparte. Genera una responsabilidad de todo aquel en la cadena de creación, transmisión, difusión, dejando de lado las especificidades. Por ejemplo, establece obligaciones a prestadores de servicios y plataforma, sin atender a las diferencias entre ISP y

proveedores de Internet. Lo anterior, genera directamente un efecto inhibitorio, mediante el bloqueo y censura previa como mecanismo preventivo frente a una eventual sanción por la difusión de contenido potencialmente problemático.

Por lo expuesto, el tipo de protección promovida por este proyecto de ley no es constitucional ni convencionalmente aceptable porque afecta sustancialmente el marco de protección constitucional de la libertad de expresión. Por tal motivo, advertimos que en caso de ser aprobada la iniciativa legislativa deberá ser declarada inconstitucional por la Corte Constitucional.

Reiteramos que en una sociedad democrática, se debe procurar la mayor información posible al usuario para que evalúe el acceso al contenido a su disposición, sin embargo, el único que debe tener control sobre el contenido que consume es el usuario final, de lo contrario, se constituye una forma de censura previa.

Cordialmente,



Jonathan C. Bock
Director Ejecutivo
Fundación para la Libertad de Prensa