

Bogotá D.C, agosto 17 de 2021

Cámara de Representantes
Comisión Primera Constitucional Permanente
Honorable Representante
Adriana Magali Matiz

Ref: Comentarios al proyecto de ley n. 600 - Cámara “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.”

Cordial saludo,

A continuación, remitimos los comentarios de la Fundación Karisma sobre el texto del proyecto de ley 600/2021 Cámara, que cursa trámite en la Comisión Primera Constitucional de esa corporación.

Esperamos contribuir a la construcción de la política pública que impacta en el ejercicio de los derechos humanos en internet, y quedamos a su disposición en caso de que sea necesario ampliar los comentarios que siguen a continuación.

Cordialmente,

Carolina Botero
Directora
Fundación Karisma
carobotero@karisma.org.co

Comentarios generales

Sobre la participación ciudadana

A pesar de que el proyecto de ley n. 600 de Cámara se ocupa de temas actuales en la agenda regulatoria mundial, la protección de niños, niñas y adolescentes en línea, que requiere la participación de diversos actores -entre ellos las empresas intermediarias de internet- y reconociendo los matices que existen.

Esta regulación va a impactar otros derechos fundamentales. Será una restricción a derechos como la libertad de expresión, el acceso a la información, el derecho a la privacidad, etcétera, tanto de la población objetivo -niños, niñas y adolescentes-, como de cualquier otra persona. Por tanto, es crucial que se hagan amplias consultas y se facilite la participación “multi stake-holder”, tal y como se detalla en las Recomendaciones del Consejo de la OCDE sobre los niños y las niñas en el entorno digital¹ de mayo 2021 (en adelante Las Recomendaciones OCDE).

El proyecto que es iniciativa del Ministerio TIC tomó por sorpresa a demasiados grupos de interesados que no tuvieron la oportunidad de presentar observaciones antes de que iniciara su trámite en el Congreso, no hubo una audiencia pública antes del primer debate y su discusión fue impulsada de afán.

Ante la inminencia de críticas, comentarios y observaciones desde muchas partes de la sociedad, el Ministerio TIC y los ponentes abrieron en pasados días unos espacios que denominó como “audiencias públicas” y que tuvieron lugar sin que se conociera el texto a discutir, no se tenía un texto oficial de lo aprobado en primer debate y circulaba por correo electrónico, de manera informal, una versión de la ponencia para segundo. Tan solo unos días antes de la audiencia pública citada en el Congreso para el 9 de agosto, se hizo una publicación en el sitio de la Comisión Primera de un texto a considerar que no consta en la Gaceta del Congreso.

Este relato da cuenta de prácticas que impactan negativamente a la hora de requerir la participación pública en un proceso legislativo. Es importante que en estos procesos se dé claridad sobre el texto que se busca comentar, de lo contrario las participaciones serán inconsistentes y, tal como sucedió, señaladas de estar desactualizadas de cara a un texto que no había sido publicado con suficiente anticipación.

¹ <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0389%20#committees>

Es necesario que el proceso de participación convocado por el autor del proyecto así como sus ponentes sea en adelante público y abierto, transparente, con reglas claras de participación, tiempos establecidos y suficientes, textos claros e interlocutores definidos. La Fundación Karisma recomienda a los hacedores de política pública que tengan en cuenta las buenas prácticas de participación para la formulación políticas públicas². La ciudadanía tiene el derecho constitucional a participar en las decisiones que la afecten (art. 2 de la Constitución Política).

Comentarios de fondo

El análisis más jurídico desde el impacto en materia de derechos humanos e internet lo presentó Karisma junto con la alianza Índice Derechos Digitales --de la que hacemos parte y cuyo comentarios ya fueron remitidos a la Comisión Primera en días pasados--, con este texto buscamos hacer un análisis adicional de los problemas de inconveniencia que este proyecto de ley tiene.

- **El proyecto de ley afecta la libertad de expresión en Colombia, incluso la de la población que busca proteger**

Internet es un espacio de ejercicio de derechos para todas las personas, también para los niños, niñas y adolescentes, no es un medio de comunicación.

El proyecto de ley aborda el tema desde el temor, su eje de enfoque del articulado es el de bloqueo ante los riesgos, permitiendo que sea el miedo el que guíe la toma de decisiones que impactan el ejercicio de derechos. Cuando esto sucede no es posible mirar el ecosistema al que impactan estas medidas, y se afirma la idea de que no importan los medios si de lo que se trata es de lograr un fin, el de la protección.

Con esta mirada el proyecto termina afectando a todas las personas, incluso a la población que quiere proteger: desconoce su autonomía y afecta su propia libertad de expresión en extremos que ya la Corte colombiana ha moderado, derechos que son reconocidos y reivindicados en la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU. De hecho, las Recomendaciones de la OCDE piden respetar la libertad de expresión de esta población y propone como eje de las regulaciones la alfabetización digital que puede apoyar a niños y niñas así como a sus padres y representantes legales a entender y enfrentar los riesgos,

² La propia OCDE tiene líneas de trabajo sobre cómo facilitar este tipo de procesos que pueden consultarse en <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0389%20#committees>, <https://www.oecd.org/gov/open-government/good-practice-principles-for-deliberative-processes-for-public-decision-making.pdf>,

desarrollar pensamiento crítico y entender las reglas que giran alrededor de las plataformas digitales.

Hay que agregar que las Recomendaciones OCDE son para niños y niñas, no mencionan adolescentes, como sí lo hace el proyecto de ley del Ministerio, una exclusión que de manera implícita reconoce que el tratamiento a la población que no ha superado el umbral de mayoría de edad legal, debe ser diferenciado.

Además el proyecto de ley -en alguna de sus versiones para comentar- tiene una definición muy amplia de lo que es un medio de comunicación, por lo que cualquier persona que produzca contenido para Internet tendría las mismas obligaciones de un medio tradicional. Esta discusión ya fue superada a inicios de la década anterior.

La Corte Constitucional lo ha reafirmado y no hay norma entre los países democráticos que haga esta asimilación que conlleva un tratamiento desproporcionado entre los actores que pretende uniformar a nivel regulatorio. Hacerlo tiene el efecto precisamente de que cualquier persona que produzca contenido para Internet tenga obligaciones exageradas porque se convierte en un medio de comunicación.

¿Esto significa que no debe haber responsabilidad para medios como internet? no, significa que la regulación debe ser diferente, no puede ser la de los medios de comunicación porque sus características estructurales son otras. El problema central es que el proyecto de ley se aproxima al tema con lógicas de hace más de una década en la que teníamos temor de una tecnología que no entendíamos, hoy en día esa tecnología es parte ya de nuestra cotidianidad y hay muchas cosas que se han aclarado pero que los responsables de este proyecto no consideraron. Como el centro del proyecto de ley está equivocado, todo el resto del proyecto es insostenible, tiene problemas graves de conceptualización y eso lo hace inaplicable.

- **Cuando a nivel internacional se habla de regular internet para proteger a niños y niñas se habla de “riesgos” y de formas de manejarlos, no de contenidos dañinos y bloqueos a priori, mucho menos se discuten contenidos “potencialmente” dañinos**

Mientras en los medios de comunicación es muy complicado, pero posible, regular contenidos -porque entre otras cosas hay un editor responsable que puede aplicar esta regulación-, en internet esto no es posible sin que el efecto sea la censura y, frecuentemente, censura previa.

Por eso hablar de contenidos dañinos es una excepción muy concreta que se aplica a temas como los contenidos de explotación sexual de menores de edad donde hay un consenso en la

sociedad sobre el extremo del daño que justifican medidas extremas que, pese a serlo, requieren superar igualmente estándares en derechos humanos para verificar su legitimidad, proporcionalidad y razonabilidad. Las discusiones sobre este tipo de controles son muy complejas y requieren balancear muchos intereses, insistimos.

Durante los últimos años expertos a nivel internacional han ido categorizando los riesgos, definiéndolos y haciendo recomendaciones sobre su gestión, esto sigue siendo una área en disputa pero se ha ido llegando a consensos. Lo que es claro es que los diferentes riesgos exigen un manejo diferente, todos ellos aproximados desde la educación y no desde el bloqueo, tal y como sostienen las Recomendaciones de la OCDE, dichos riesgos deben ser manejados según la edad, la madurez y el contexto de la población objetivo.

Es decir, no es lo mismo hablar de difusión de material de contenido sexual, que de piezas de mercadeo digital sobre productos ilegales para algunos grupos poblacionales, tal y como sucede con el tabaco y el alcohol. No es lo mismo que el acceso se dé a una bebé de dos años y que a un niño de 11, mucho menos si esto es para una joven de 17.

Cuando el proyecto de ley se enfoca en que definirá contenidos dañinos para niños, niñas y adolescentes -inclusive “potencialmente”-, no diferencia por edad, madurez o contexto, no hace caracterizaciones ni diferencias y, al contrario, deja todo en manos de una comisión con amplios poderes, que ordena consecuencias extremas de filtrado y bloqueo, agregando responsabilidad y sanción para los intermediarios (de eso hablaremos en el siguiente punto).

Por eso es que la comisión debe ser desestimada de plano, no importa su composición, no importa si hay revisión judicial previa o posterior, no importa si el catálogo es una lista de contenidos o de criterios para elegirlos, la fórmula es equivocada, por tanto, no importa quién la aplique estará equivocada, será un comité censura.

En suma, el proyecto de ley no hace ningún esfuerzo por balancear la protección de una población vulnerable con derechos fundamentales, adopta una forma de proteger que está fuera de los estándares internacionales precisamente porque el riesgo para los derechos de las personas -incluida la población que quiere proteger- son muy altos.

- **Como internet no es un medio de comunicación los intermediarios de internet no son en principio responsables por los contenidos que publican sus usuarios**

Este es uno de los temas más confusos en este proyecto. Tiene problemas conceptuales serios que eran corrientes hace más de una década pero que hoy, aunque siguen siendo polémicos, hay claridades tanto internacional como localmente que hacen de este proyecto totalmente anacrónico.

La regla para internet es que no hay responsabilidad para los intermediarios

En contravía de esta norma, que es un estándar internacional, el proyecto de ley 600 responsabiliza de frente a las empresas intermediarias por el contenido que publiquen las personas que usan sus servicios (artículo 14). De nuevo, esta regla no es absoluta y la gran discusión a nivel internacional regulatoria es sobre los límites de esta regla de exoneración y entonces crear estas excepciones es una labor muy cuidadosa que debe considerar muchas aristas.

En cambio este proyecto de ley directamente dice que los proveedores de servicios de internet tienen prohibido alojar material o enlaces que puedan atentar contra los derechos de los niños, los responsabiliza por esos contenidos y los obliga a revisarlos, filtrarlos y evitar su circulación.

La disposición va en contravía incluso de las decisiones de la Corte Constitucional que ha dicho que los intermediarios de internet no son responsables por el contenido que publiquen las personas que usan sus servicios. El razonamiento de la Corte ha estado en línea con el estándar internacional pues, para este Alto Tribunal, asignarles esa responsabilidad a los intermediarios obstaculiza la libre expresión y les daría el poder de regular el flujo de información en internet³. En consecuencia, es claro que la responsabilidad es de quien publica la información directamente, esa es la regla, tomar medidas contra quien genera el contenido.

El proyecto de ley va en contravía de este criterio: les asigna la responsabilidad a las empresas intermediarias y obligaciones extremas; creando un mecanismo que ni siquiera existe para combatir el abuso sexual contra menores. Es extremo, exagerado, excesivo. Esta decisión hace que sean privados quienes tomen decisiones que debieran ser judiciales.

Hay diferentes tipos de intermediarios en internet y si se les va a asignar obligaciones o buscar excepciones a la regla de no responsabilidad es necesario distinguirlos, caracterizarlos y tener claro qué se les puede pedir según su rol en internet

El proyecto de ley dice que regulará internet en contravía del principio de no responsabilidad, y que ella recaerá en los intermediarios de internet, sin embargo, solo menciona a los proveedores de servicios de internet, a quienes exige un rosario de obligaciones que ni siquiera estarán en posición de cumplir con la misma porque técnicamente no pueden

La parte del internet que ellos facilitan no se los permite y de hacerlo estarían haciendo un control desproporcionado para la libertad de expresión. Que hay muchos tipos de intermediarios y cada uno tiene diferentes roles es ya algo conocido, una buena clasificación

³ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU420-19.htm>

y caracterización de ellos la hizo el relator de libertad de expresión de la ONU en 2016. Para profundizar sobre este tema puede verse el informe de David Kaye de 2016 en su informe “Freedom of expression, states and the private sector in the digital age”⁴.

En casos extremos, en los que a pesar de la regla general se decide asignar responsabilidades a las empresas intermediarias, es claro que no se le puede pedir a un proveedor de servicio de internet que bloquee contenidos concretos, porque no puede.

Esto además ya lo sabemos en Colombia. Recientemente se discutió cómo la Superintendencia de Industria y Comercio -con ayuda del Ministerio TIC- ordenó un bloqueo de dos URL concretas a los proveedores de servicio de internet y después de muchas quejas tuvo que modificar su orden, pues para cumplir, estos proveedores deben bloquear el sitio web en su totalidad, en contravía de la libertad de expresión de terceras personas.

Bloquear un sitio completo, sin importar lo ilegal o dañino de un contenido concreto hospedado en él, es desproporcionada y un mecanismo innecesario que viola la libertad de expresión, esto también es proscrito por los estándares de derechos humanos a nivel internacional. Esto además es precisamente lo que ya ha pasado con los contenidos sexuales de niños, niñas y adolescentes, una herramienta es el bloqueo pero no es la única, incluso porque es muy inefectiva, sobre todo la que pueden hacer los proveedores de servicio de internet.

La protección de poblaciones vulnerables para que sea efectiva requiere de una buena caracterización, de entender el rol de los diferentes actores, de conseguir que hagan lo que pueden hacer y eso supone aproximaciones diferenciales de múltiples niveles. Nada de eso está en este proyecto de ley.

Hay importantes discusiones a nivel internacional sobre la forma como se deberá regular a los intermediarios de internet, pero pretender unas obligaciones tan exageradas pone en riesgo la internet en Colombia ¿Cuántas empresas quedarán en el país si las obligamos a responder por lo que las personas publiquen?

En conclusión, este proyecto de ley necesita ser archivado por falta de rigor técnico y jurídico. Consideramos positivo este proceso de apertura a una discusión urgente, pero hacemos un llamado pues requiere de una reingeniería profunda. Esperamos que lo archiven y se replantee en su totalidad.

⁴ <https://www.ohchr.org/en/issues/freedomopinion/pages/privatesectorinthedigitalage.aspx>