

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL

COMUNICADO No. 35

Septiembre 11 y 12 de 2019

APLICACIÓN Y ALCANCE DEL ARTÍCULO 322 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO, EN EL MARCO DE ACCIONES DE TUTELA TRAMITADAS Y DECIDIDAS EN SEDE DE INSTANCIA POR PARTE DE LAS SALAS DE CASACIÓN CIVIL Y LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

I. EXPEDIENTE T-6.695.535 AC - SENTENCIA SU-418/19 (septiembre 11)

M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

La Sala Plena de la Corte Constitucional se pronunció en relación con cuatro acciones de tutela promovidas en su momento por varias personas que, habiendo obrado como demandantes dentro de distintos procesos civiles ordinarios, consideraron vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia como consecuencia de las decisiones que cada una de las autoridades judiciales de conocimiento adoptó en segunda instancia, escenario en el que procedieron a fijar una determinada interpretación sobre el artículo 322 del Código General del Proceso, en el sentido de dar trámite al recurso de alzada, a pesar de no haber sido sustentado en la audiencia de sustentación y fallo, o bien declarándolo desierto ante la falta de sustentación. A la presente actuación también se acumuló un proceso contentivo de una acción popular, cuya problemática residía en la suficiencia de las razones de inconformidad para sustentar el recurso de apelación.

En este contexto, aunque de entrada, se planteó la existencia de un debate interpretativo de orden eminentemente legal, ajeno, en principio, a la órbita del juez constitucional, el pleno de la Corte evidenció que cada uno de los casos bajo estudio revelaban la existencia sostenida de posiciones dispares en la jurisdicción civil, lo que conducía a decisiones contradictorias que iban en detrimento del derecho a la igualdad y, en cierta medida, del acceso a la administración de justicia, teniendo en cuenta que las personas tienen derecho a recibir una respuesta uniforme, en los términos que disponga el ordenamiento jurídico. Así mismo, destacó que la mencionada divergencia interpretativa tenía lugar en el marco de acciones de tutela, lo que justificaba no solo que la Corte abordara el estudio de los asuntos acumulados, sino que unificara la jurisprudencia sobre el particular, a partir de la fijación de una línea interpretativa que, hacia adelante, excluya la disparidad de criterios en la jurisdicción ordinaria civil.

Evidenciada, entonces, la necesidad de intervención del juez constitucional, la Sala Plena fijó una serie de criterios orientadores a los que debe sujetarse el juez de tutela, cuando quiera que deba intervenir para hacer frente a diferencias interpretativas recurrentes en la interpretación de la ley: *(i)* interpretación conforme a la Constitución; *(ii)* verificación sobre la existencia de una indeterminación interpretativa insuperable; y *(iii)* adopción de la interpretación que mejor se acomode al texto objeto de aplicación judicial.

Una vez examinadas estas metodologías de interpretación en contraste con la jurisprudencia constitucional en materia de *(i)* libertad de configuración legislativa del Congreso para regular los procesos judiciales; *(ii)* importancia del principio de oralidad procesal en el ordenamiento jurídico colombiano; y *(iii)* garantía de la doble instancia y del derecho a apelar, así como de un repaso de los criterios jurisprudenciales desarrollados por las Salas de Casación Civil y Laboral de la Corte Suprema de Justicia respecto del alcance de la sustentación del recurso de apelación en el Código General del Proceso, la Sala Plena no solamente arribó a la conclusión de que las disposiciones normativas que regulaban dicho trámite en el estatuto procesal civil no adolecían de una indeterminación insuperable, sino que, además, ninguna

de las interpretaciones enfrentadas, consideradas en sí mismas, resultaban contrarias a la Constitución.

En este orden de ideas, la Sala Plena precisó que, para garantizar el derecho a la igualdad y la respuesta uniforme del ordenamiento jurídico, el juez de tutela debía decantarse por la interpretación que directa, sistemática y acorde con su configuración legal, surge de las disposiciones aplicables, por lo que a partir de un recuento del régimen de apelación de sentencias contenido en los artículos 322 y 327 del Código General del Proceso, estableció que el recurso de apelación debe sustentarse ante el superior en la audiencia de sustentación y fallo, y la consecuencia de no hacerlo así, es la declaratoria de desierto del recurso. Por lo demás, la Corte puso de presente el deber que tenían los jueces de no desnaturalizar los trámites y procedimientos insertos en los procesos judiciales, respaldados en la garantía de materialización de los principios de oralidad e inmediación, entre otros.

De manera pues que, con base en tal entendimiento, procedió a declarar la improcedencia de la acción de tutela en los expedientes (T-6.695.535 y T-7.035.566), debido a que en tales casos no se superó el test de subsidiariedad, comoquiera que los demandantes no interpusieron los medios impugnativos a través de los cuales hubiesen podido controvertir en sede ordinaria la decisión de los jueces de tramitar de fondo el recurso de apelación.

Así mismo, en aplicación de la regla interpretativa propuesta, denegó la protección solicitada en los expedientes (T-6.916.634 y T-7.028.230), toda vez que, en el curso de los procesos allí tramitados, el juez de segunda instancia declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por los recurrentes ante su no comparecencia a la audiencia de sustentación y fallo.

Finalmente, respecto del expediente (T-6.779.435), la Sala Plena consideró que la controversia planteada no se centraba en cuestionar la necesidad de sustentación del recurso de apelación ante el juez de segunda instancia, sino que versaba sobre la insuficiencia de las razones esgrimidas para sustentar la apelación. Por tal motivo, una vez verificado que el actor no controvertió de manera concreta y clara las razones por las que el juzgado de primera instancia denegó las pretensiones, resolvió denegar el amparo invocado.

• **Salvamento de voto**

El Magistrado **Carlos Bernal Pulido** suscribió salvamento de voto en relación con la sentencia SU-418 de 2019. En su opinión, la sentencia adopta una *interpretación irrazonable* acerca del alcance de los artículos 322 y 327 del CGP, la cual, por lo demás, desconoce el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas (art. 228 de la CP). Para la Sala Plena, el apelante tiene la obligación de sustentar el recurso de apelación en la audiencia de sustentación y fallo, de manera que la inasistencia a esta audiencia conlleva la declaratoria de desierto del recurso. Sin embargo, en mi concepto, la no comparecencia de la parte apelante a esta audiencia no tiene como consecuencia la declaratoria de desierto del recurso de apelación, siempre que exista claridad sobre las inconformidades y reparos concretos a la providencia apelada.

En criterio del Magistrado, *la interpretación adoptada por la Sala Plena es irrazonable, por cuanto constituye un exceso ritual manifiesto*. La jurisprudencia constitucional ha definido el exceso ritual manifiesto como la "*renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales*"¹. En estos términos, la aplicación irreflexiva de la declaratoria de desierto del recurso de apelación por la inasistencia de la parte apelante a la audiencia prevista por el artículo 327 del CGP implica un ritualismo excesivo en el cumplimiento de las formas procesales, que desconoce la finalidad del recurso de apelación como instrumento para asegurar la efectividad de los derechos fundamentales al debido proceso (defensa, contradicción y doble instancia) y de acceso a la administración de justicia. Esto, en atención a las finalidades de la sustentación del recurso de apelación y el objeto de la sanción de declaratoria de desierto de este recurso.

Primero, *la interpretación adoptada por la Sala Plena desconoce las finalidades de la sustentación del recurso de apelación*. La Sala inadvirtió que la sustentación del recurso

¹ Ver las sentencias T-268 de 2010 y T-1306 de 2001, entre otras.

persigue que exista claridad acerca de las inconformidades y repartos concretos a la providencia, respecto de los cuales (i) se habilita la competencia del *ad quem* y (ii) la contraparte ejercerá su derecho de contradicción. Si estas finalidades se satisfacen en las etapas procesales previas a la audiencia de sustentación y fallo prevista por el artículo 327 del CGP, resulta irrazonable declarar desierto el recurso de apelación –que fue materialmente sustentado– por la inasistencia de la parte apelante a dicha audiencia, lo que, por lo demás, puede constituir un escenario de denegación de justicia. Máxime cuando ninguna de las normas del CGP prevé una prohibición de sustentar el recurso de apelación antes de la audiencia de sustentación y fallo.

Segundo, *la interpretación adoptada por la Sala Plena desconoce el objeto de la declaratoria de desierto del recurso de apelación.* La declaratoria de desierto del recurso sanciona la no sustentación del recurso, que no la inasistencia a una audiencia. El artículo 322 del CGP prevé que “[e]l juez de segunda instancia declarara desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado”. En este sentido, la disposición no impone dicha sanción a la parte que inasiste a una audiencia, sino a aquella que no expone con claridad y suficiencia las inconformidades y reparos concretos a la providencia apelada. Si lo que se pretende con dicha sanción es reprochar la conducta de la parte apelante que no comparece a la audiencia, existen otros medios que logran esa finalidad, sin comprometer la eficacia de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, por ejemplo, mediante la compulsión de copias al apoderado judicial.

En consecuencia, sancionar la inasistencia de la parte apelante a la audiencia de sustentación y fallo con la declaratoria de desierto del recurso, como lo determinó la Sala Plena en esta oportunidad, implica *un formalismo y ritualismo excesivo que desconoce el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas,* que sacrifica los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia por el cumplimiento de una simple formalidad que, en todo caso, no está prevista por las normas procesales.

LA CORTE ESTABLECIÓ PAUTAS QUE DELIMITAN EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LAS REDES SOCIALES Y LOS EVENTOS EN QUE EL JUEZ DEBE INTERVENIR DE MANERA EXCEPCIONAL, PARA PROTEGER LOS DERECHOS A LA HONRA Y EL BUEN NOMBRE

II. EXPEDIENTE T-5.771.452 AC - SENTENCIA SU-420/19 (septiembre 12)
M.P. José Fernando Reyes Cuartas

En esta oportunidad, la Corte se pronunció sobre cuatro casos de acciones de tutela entre particulares, en los que se alegaba la afectación a la honra y al buen nombre. Los accionantes pretendían que el juez constitucional ordenara el retiro de distintas redes sociales, de las publicaciones que consideraban vejatorias de sus derechos.

Los problemas jurídicos que correspondía dilucidar al Tribunal constitucional, se concretaron en determinar (i) ¿En qué circunstancias procede la acción de tutela entre particulares ante cualquier afirmación publicada en redes sociales que el afectado considere transgresora de sus derechos a la honra y al buen nombre? (ii) ¿Cuál función de protección de los derechos fundamentales tienen las redes sociales ante señalamientos delictivos o afirmaciones difamatorias en su contra?; y (iii) ¿Cuenta con responsabilidad en el hecho vulneratorio de los derechos fundamentales a la honra y el buen nombre, la plataforma de Internet administradora de la herramienta o red social por medio de la cual se hicieron las publicaciones?

Para resolver, la Corte consideró en primer lugar, los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela en materia de libertad de expresión en redes sociales. Posteriormente, la tensión que se plantea entre el derecho a la libertad de expresión en redes sociales y el derecho a la honra y buen nombre

1. Los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela en materia de libertad de expresión en redes sociales

De acuerdo con los lineamientos establecidos en la jurisprudencia constitucional, la Corte precisó cada uno de estos presupuestos, indispensables para entrar a realizar un análisis de

fondo de los casos concretos, concernientes a la legitimación activa y pasiva, la inmediatez y la subsidiariedad de la acción de tutela.

(i) Legitimación por activa: se concreta cuando la acción se tutela se interpone por quien se considera directamente afectado con la publicación.

(ii) Legitimación por pasiva:

La Corte señaló que en cada caso concreto, corresponde al juez de tutela examinar la situación de indefensión del accionado, a fin de determinar si la acción se torna procedente, para lo cual deberá tener en cuenta que:

- Expresarse en una red social no activa automáticamente la indefensión para quien pueda sentirse agraviado o perciba lesionado su buen nombre o su honra.
- Las plataformas digitales actúan con "*normas de la comunidad*", que solo tienen utilidad frente a publicaciones de temas relacionados con violencia, explotación sexual de menores, desnudez, discursos de odio, spam, representación falsa (por ejemplo, perfiles falsos) y derechos de propiedad intelectual. En ese sentido, en los eventos en que se alegue la afectación a la honra y buen nombre y que no hagan referencia a los temas antes señalados, se entiende cubierta la legitimación de un particular, dado que el afectado se encuentra en una situación de indefensión al no contar con un medio directo de reclamo ante la plataforma. Pensarlo de otra manera sería otorgar a las plataformas digitales la facultad de censurar información, pues estos intermediarios no tienen los conocimientos jurídicos o la capacidad técnica para evaluar adecuadamente qué contenido debe ser retirado y qué puede circular en términos de veracidad y buen nombre. Sería entonces convertirlos en jueces,
- Con relación a la existencia y uso de mecanismos previos, diferentes al anterior, para lograr satisfacer la pretensión de amparo en este tipo de casos, los mismos serán estudiados en punto de la subsidiariedad.

(iii) Inmediatez: En relación con este presupuesto, el Tribunal señaló que:

- La acción de tutela debe ejercerse en un término "*razonable y proporcionado*". No obstante, por la naturaleza de las publicaciones que se realizan en redes sociales, que tienen una permanencia en el tiempo, no podrá el juez de tutela descartar la inmediatez asumiendo el término a partir del cual se divulgó, sino que deberá tenerse en cuenta a) su permanencia y b) la debida diligencia para buscar el retiro de la publicación (el tiempo que el agraviado ha usado para salvaguardar los derechos que considera vulnerados).
- Si el plazo es prolongado debe ponderarse, además de lo anterior, si: (i) existe motivo válido para la inactividad de los accionantes, (ii) la inactividad justificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión, (iii) existe nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales, y (iv) el fundamento de la acción surgió después de acaecida la actuación violatoria de derechos fundamentales de cualquier forma en un plazo no muy alejado de la fecha de interposición.

(iv) Subsidiariedad: Este presupuesto deberá analizarse a partir de dos supuestos, dependiendo de la calidad del accionante, persona natural o persona jurídica.

- Cuando se trate de una persona jurídica que invoca el derecho al buen nombre frente a otra persona jurídica, solo procede la acción de amparo residualmente una vez se hayan agotado los mecanismos de defensa jurídico-comerciales (derechos del consumidor, derecho de competencia, superintendencias, entre otros).
- Entre personas naturales, o cuando sea una persona jurídica alegando la afectación respecto de una persona natural, solo procederá una vez se constate la **relevancia constitucional del asunto**. Así, aun cuando existen la acción penal y civil para ventilar este tipo de pretensiones, no se predica su idoneidad y eficacia cuando así lo demuestre el análisis de contexto, que se deberá realizar a partir de los siguientes parámetros:
 - i) Quién comunica: esto es, el emisor del contenido, es decir, si se trata de un perfil anónimo o es una fuente identificable, para lo cual deberán analizarse las cualidades

y el rol que ejerce en la sociedad; si se trata de un particular, funcionario público, persona jurídica, periodista, o pertenece a un grupo históricamente discriminado.

- ii) Respecto de quién se comunica: es decir, la calidad del sujeto afectado, para lo cual debe verificarse si se trata de una persona natural, jurídica o con relevancia pública. Exceptuando los eventos que se describen en el literal c siguiente sobre periodicidad y reiteración de las publicaciones que puedan constituirse en hostigamiento o acoso.
- iii) Cómo se comunica: a partir de la carga difamatoria de las expresiones, para lo cual se deberá valorar:
 - a) El contenido del mensaje: para ello ha de tenerse en cuenta que la calificación de la magnitud del daño no depende de la valoración subjetiva que de la manifestación realice el afectado, sino de un análisis objetivo, neutral y contextual, entre otros criterios.
 - b) El medio o canal a través del cual se hace la afirmación.
 - c) El impacto respecto de ambas partes (número de seguidores; número de reproducciones, vistas, *likes* o similares; periodicidad y reiteración de las publicaciones).

2. Análisis de tensión de derechos a la libertad de expresión en redes sociales frente a honra y buen nombre. Ponderación

En las cuatro acciones de tutela que se analizaron en la presente sentencia, los accionantes pretenden que el juez de tutela ordene retirar las publicaciones realizadas al amparo de la libertad de expresión en redes sociales, pero que en su criterio tienen contenido difamatorio o calumnioso.

Para tal efecto y en ello siguiendo la jurisprudencia constitucional colombiana y la adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es indispensable establecer si, con fundamento en el principio de proporcionalidad, las razones invocadas por los accionantes tienen el peso suficiente para justificar una interferencia en el ámbito de protección de la libertad de expresión.

Dicho de otro modo, la Corte debía emprender un examen de proporcionalidad que tenía por objeto establecer si la pretendida restricción a la libertad protegida por el artículo 20 de la Carta, se encuentra justificada desde una perspectiva constitucional.

Considerando la significativa importancia de la libertad de expresión en una sociedad pluralista y democrática, este Tribunal considera que solo será admisible su restricción en aquellos casos en los que se pueda demostrar (i) que la misma persigue un propósito constitucional inaplazable, (ii) que la restricción examinada resulta idónea y necesaria y (iii) que su grado de interferencia o afectación pueda justificarse en el nivel de importancia que tiene la protección de los otros intereses constitucionales en juego.

Al respecto, este Tribunal encontró que:

a. Retirar la publicación pretende proteger los derechos al buen nombre y a la honra invocados por los accionantes, en tanto a su juicio tiene un contenido difamatorio y calumnioso (examen de finalidad). Este objetivo resulta de alto valor constitucional considerando el estrecho vínculo que existe entre tales derechos y la protección de la dignidad.

b. El retiro de las publicaciones es, en principio, una medida idónea para alcanzar tal propósito (protección de honra y buen nombre) en tanto impediría que terceros conocieran los contenidos que se juzgan difamatorios, impidiendo que se hagan una idea errada de su nombre (examen de idoneidad). *Prima facie*, esa parece ser también la única medida que permitiría alcanzar ese objetivo, sin perjuicio de otros instrumentos jurídicos que sirvan para debatir la pretensión, pues al final solo el retiro de la publicación hace posible alcanzar efectivamente esa finalidad (examen de necesidad).

c. Sin embargo, se considera que la restricción a la libertad de expresión en este caso es particularmente grave o seria, si se compara con la afectación que se produciría en el buen nombre y honra, de mantener las publicaciones. En efecto, prohibir absolutamente una publicación afecta un contenido central protegido por la libertad de expresión y hace que los propósitos perseguidos con su amparo en una sociedad democrática y pluralista queden anulados. Por el contrario, en este caso considerando: i) por una parte, el impacto de la publicación, atendiendo el medio en el que fue difundida y las calidades del sujeto que lo comunica; y ii) por otra, la incertidumbre sobre el carácter difamatorio de la publicación, en tanto existe una amplia controversia entre accionante y accionado que el juez constitucional no puede superar; hace que el grado de afectación del buen nombre y la honra deba considerarse menor.

En este caso la Corte estableció que la pretensión de retiro de las publicaciones² y, en consecuencia, de restricción de la libertad de expresión, resulta desproporcionada y, por tanto, inconstitucional.

Conforme a lo anterior, en todos los casos en los que a un Juez de tutela se le proponga analizar la tensión entre los derechos a la libertad de expresión y la honra y buen nombre, cuando la pretensión sea retirar una publicación en una red social, deberá, a efectos de realizar la ponderación, tener en cuenta los siguientes criterios:

- i) La dimensión o faceta de la libertad de expresión y el carácter nuclear o axial para la vigencia de ese derecho y la materialización de sus propósitos constitucionales.
- ii) El grado de controversia sobre el carácter difamatorio o calumnioso de la divulgación, pues a medida que se incrementa la incertidumbre del mismo, se reducen las posibilidades de restringir la libertad de expresión (menor peso del derecho al buen nombre y la honra).
- iii) El nivel de impacto de la divulgación considerando: a) el emisor del mensaje (servidor público, personaje público, particular y demás desarrolladas por la jurisprudencia); b) el medio de difusión; c) el contenido y d) el receptor.
- iv) La periodicidad de las publicaciones del emisor, pues cuanto mayor sea esta, menor es el peso de la libertad de expresión e incrementa la afectación en el buen nombre y la honra (hostigamiento, acoso y derecho a vivir sin humillaciones).

Con fundamento en estas consideraciones, la Corte Constitucional resolvió:

Primero. En el expediente T-5.771.452 **REVOCAR** el fallo proferido el 1 de agosto de 2016 por el Juzgado 21 Civil Municipal de Bogotá, que negó el amparo en la acción de tutela. En su lugar, **DECLARAR** la carencia actual de objeto, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. En el expediente T-6.630.724, **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Primero Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bucaramanga el 3 de octubre de 2017, que declaró **improcedente** el amparo, dentro de la acción de tutela, por las razones expuestas en esta decisión.

Tercero. En el expediente T-6.633.352, **REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín el 4 de diciembre de 2017, que confirmó el fallo proferido por el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín el 19 de octubre de 2017, que en su momento negó el amparo deprecado, por las razones expuestas en esta decisión. En su lugar, **DECLARAR IMPROCEDENTE** el amparo deprecado, en los términos de esta providencia.

Cuarto. En el expediente T-6.683.135, **REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Bogotá el 9 de marzo de 2018, que confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Bogotá el 1 de febrero de 2018, que en su momento negó el amparo deprecado. En su lugar **CONCEDER** la protección de los derechos fundamentales al buen nombre y la honra del accionante y, con relación al amparo invocado a

² SU-626 de 2015.

favor de la Sociedad de Autores y Compositores -Sayco- **DECLARAR LA IMPROCEDENCIA** de la presente acción.

Quinto. ORDENAR al accionado, en el término de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia que, si aún no lo ha hecho, retire de su cuenta personal de Facebook y YouTube los mensajes publicados en esas redes sociales alusivos al accionante. **ADVERTIRLE** que a futuro se abstenga de incurrir en conductas similares a las expuestas. Todo lo anterior, *so pena* de activar el contenido del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

Sexto. ORDENAR al juez de primera instancia verifique el cumplimiento de la orden proferida en el ordinal anterior, y que si en el término de un (1) el accionado (expediente T-6.683.135), no ha dado cumplimiento a las órdenes aquí emitidas, inicie el correspondiente trámite de cumplimiento, y si es del caso ordene a las plataformas Facebook y Google LLC. (Youtube) el retiro de las publicaciones que él señalará con los correspondientes datos de identificación electrónica, relacionadas con el presente trámite de tutela.

- **Salvamentos y aclaraciones de voto³**

La Magistrada **Diana Fajardo Rivera** aclaró su voto en relación con la importancia de distinguir entre la libertad de expresar ideas y opiniones (o libertad de expresión en sentido estricto) y la libertad de información. Ambas aluden a la posibilidad de comunicar e intercambiar datos, pero la primera abarca un conjunto de manifestaciones particularmente amplio y por lo tanto su estándar de protección no es el mismo que el otorgado a la libertad de información. En este sentido, consideró necesario resaltar que son pocos y excepcionales los discursos que no están protegidos por el derecho fundamental a la libertad de expresión, y por lo tanto, no le corresponde al juez constitucional analizar la corrección del lenguaje. Señaló también que hay una amplia y clara línea jurisprudencial de defensa de la libertad de expresión consolidada desde la Sentencia T-391 de 2007; y que los excesos en el ejercicio de este derecho en una sociedad libre, abierta y democrática se controlan con más expresión, deliberación y límites de tiempo, modo y lugar, pero nunca con censura.

De otra parte, salvó parcialmente su voto en relación con la acción de tutela interpuesta en el expediente T-6.683.135, pues consideró que no se cumplían los presupuestos para acreditar un estado de indefensión. Precisó que se trataba de un conflicto entre particulares en el que no existía una relación de preeminencia de una parte sobre la otra, razón por la cual no es un asunto que deba ser resuelto por el juez constitucional y, por ende, la tutela debió ser declarada improcedente.

El Magistrado **Alejandro Linares Cantillo**, respetuosamente, se apartó de la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena con relación al Expediente T-6.683.135. También, aclaró su voto respecto de varios de los fundamentos que presenta la parte motiva de la sentencia por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, señaló que al abordar el análisis concreto del Expediente T-6.683.135 la mayoría omitió valorar adecuadamente las calidades personales del accionante quien es notario público y en esa medida está investido de autoridad, es depositario de la fe pública y desarrolla un servicio público inherente a la finalidad social del Estado⁴. Por esta importante razón, el accionante asumió una posición de relevancia pública y notoriedad social, cuyo desarrollo supone un especial interés del público, enfocado en la adecuada prestación de sus servicios y en una conducta ética intachable, que inspire el máximo de confianza en el colectivo. La confluencia de estas circunstancias implica: (i) una exposición voluntaria del tutelante al escenario público, que en sí mismo genera un razonable deber de tolerar críticas e incluso expresiones chocantes en su contra y (ii) que sus actuaciones adquieren notoriedad social, relevancia desde el punto de vista del control ciudadano del ejercicio del poder y exposición al debate y al reproche con relación a la importante función social que implica dar fe pública. En este orden, el accionado, en ejercicio de su derecho fundamental a la libertad de expresión (artículo 20 Superior), cuestionó el actuar y proceder del accionante y con ello, refutaba su

³ El resumen del salvamento de voto del Magistrado Alejandro Linares y de la aclaración del Magistrado Carlos Bernal se agregaron al texto publicado inicialmente.

⁴ Constitución Política, Art. 131.

idoneidad para ejercer tanto la función notarial, como para desempeñar otros cargos donde el presunto agraviado tenía bajo su responsabilidad la toma de decisiones que lo afectaban como ciudadano. Desde este punto de vista, se aprecia una razón o un propósito que fundamenta la expresión atacada por el accionante en su tutela, que cuestiona no solo la conclusión de la mayoría en torno a la supuesta indefensión del agraviado -que como encargado de la prestación de un servicio público está especialmente expuesto al escrutinio público-, sino además el resultado de la ponderación adelantada respecto de este caso, pues su resultado implica la derrota absoluta del ejercicio de la expresión, que en materias relacionadas con el control del ejercicio del poder debería partir de una amplia aplicación de la presunción de cobertura de la que ha hablado la jurisprudencia⁵.

En segundo lugar, y a pesar que la mayoría indica en el presente comunicado de prensa que "[e]n este caso [...] la pretensión de retiro de las publicaciones y, en consecuencia, de restricción de la libertad de expresión, resulta desproporcionada y, por tanto, inconstitucional", el corazón de su decisión se enfoca en la eliminación del foro público de las expresiones ciudadanas, sin que quede muy claro si el ejercicio de ponderar, que se defiende como técnica constitucional para la resolución de los conflictos entre la expresión *lato sensu* y otros derechos como el buen nombre y la honra, lo que implican es que la expresión encaminada al control del ejercicio del poder pueda ser derrotada de manera absoluta. Acallar la comunicación no es ni debe ser la solución estándar, en tanto la primera línea de defensa social es el combate de la expresión con aún más expresión: esto asegura al público la posibilidad de formarse una opinión en medio de un debate amplio que permite, a su vez, el ejercicio más informado posible de la libertad de conciencia. En punto a la eliminación de las expresiones, el Magistrado **Linares Cantillo** resaltó que la orden que impone al accionado la eliminación de "*los mensajes publicados en esas redes sociales alusivos al accionante*"⁶, es de tal amplitud que implica la afectación desproporcionada del derecho a la libre expresión, pues lejos de limitar la acción judicial a un remedio específico para la vulneración de los derechos al buen nombre o la honra encontrados por la mayoría para este caso concreto, se obliga a una eliminación general de cualquier contenido referido al accionante, sin que sea claro que todo lo que aquel haya podido publicar en sus redes, en efecto, implique una vulneración de derechos fundamentales. Esto es más grave aún porque esta indeterminación se ve eternizada por la orden de la Corte al accionado de no volver a "*incurrir en conductas similares a las expuestas*", prescripción que podría interpretarse en el sentido de que esta decisión implica que jamás podrá volver a referirse al accionante, para bien o para mal. Este tipo de órdenes irrestrictas, amplias e indeterminadas deberían reflexionarse a la luz del amplio alcance del artículo 20 de la Constitución, que incluye una prohibición imbatible de la censura.

El Magistrado **Linares Cantillo** también se refirió al papel que las redes sociales tienen para la mayoría en el presente caso, destacando la necesidad de hacer realidad los principios de (i) neutralidad en la red; (ii) no responsabilidad de los intermediarios (Auto 285 de 2018); y (iii) de mera transmisión (sentencia T-277 de 2015), respecto de las mismas. Adicionalmente, enfatizó la importancia de realizar un abordaje integral del contenido de los vídeos publicados en las plataformas YouTube y Facebook, destacando que debía evitarse la disección de la expresión para desmembrarla y reducirla al contenido chocante, pues tal metodología implica desconocer el real alcance del ejercicio comunicativo.

Magistrado **Linares Cantillo** hizo énfasis en que la libertad de expresión debe garantizarse, lo cual no implica que su ejercicio deba ser ilimitado o absoluto. Al respecto, recordó que en una sociedad liberal lo procedente no es la creación de excepciones a la cobertura de esta libertad o la imposición de medidas de censura, sino la configuración de responsabilidades ulteriores, establecidas por el Legislador. Así, en el escenario de la imposición de consecuencias posteriores al ejercicio expresivo, destacó que resulta necesaria la comprobación de la ocurrencia de tres elementos: (i) el daño, (ii) el hecho doloso o culposo, y (iii) el nexo causal, como elemento indispensable para desvirtuar las presunciones de cobertura y validez de la expresión.

El Magistrado **Carlos Bernal Pulido** suscribió aclaración de voto en relación con la sentencia SU-420 de 2019. Si bien comparte la decisión adoptada, disiente de sus fundamentos, en particular, de los relacionados con el análisis de los requisitos de (i) subsidiariedad y (ii)

⁵ Entre otras, consultar sentencias T-179/2019 y T-391/2007.

⁶ Ordinal Quinto de la sentencia SU-420/2019.

legitimación en la causa por pasiva, en los casos correspondientes a los expedientes T-5.771.452, T-6.630.724 y T-6.633.352. En lugar del fundamento acogido por la mayoría de la Sala Plena, consideró que tales solicitudes de amparo han debido ser declaradas improcedentes, habida cuenta que no satisfacen los requisitos de subsidiariedad y legitimación en la causa por pasiva.

1. *Las solicitudes de tutela referidas no satisfacen el requisito de subsidiariedad, por cuanto, de manera previa, los accionantes no solicitaron el retiro, la corrección o la enmienda de los mensajes cuestionados.* Al respecto, la Corte desconoció que, en múltiples y recientes providencias, las Salas de Revisión de Tutela han considerado que cuando se pretenda el amparo de derechos fundamentales vulnerados con ocasión de una publicación, la solicitud de retiro, corrección o enmienda de la misma, es requisito de procedibilidad para presentar la solicitud de tutela⁷. Este requisito de procedibilidad resulta exigible, al margen de la naturaleza del emisor del mensaje (periodista, usuario de redes sociales, blogger, etc.) o del canal de divulgación del mismo (medios convencionales, redes sociales, páginas web, etc.). El fundamento de esta regla es la imperiosa promoción de la autocomposición para resolver este tipo de controversias, con lo cual solo es posible acudir al juez cuando este mecanismo de autorregulación resulte inoperante o insuficiente para *resistir el discurso* considerado lesivo de los derechos fundamentales.

2. Pues bien, en los tres casos referidos, los accionantes acudieron directamente a la acción de tutela, sin haber solicitado a los emisores de los mensajes cuestionados el retiro, la corrección o la enmienda de los mismos. Este, en su criterio, ha debido ser el fundamento de la declaratoria de improcedencia de las solicitudes de tutela en mención. Por lo demás, la declaratoria de improcedencia por hecho superado en el caso correspondiente al expediente T-5.771.452 carece de fundamento, habida cuenta de que la información cuestionada por el accionante fue retirada en cumplimiento de la decisión del juez de tutela de instancia, por lo que en ningún caso se habría constatado *litigio superado* entre las partes.

3. *Las solicitudes de tutela referidas no satisfacen el requisito de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto los accionantes no se encuentran en situación de indefensión respecto de los accionados.* Los artículos 86 (inc. 5) de la Constitución Política y 42 (inc. 4) del Decreto 2591 de 1991 prevén que la acción de tutela procede contra particulares respecto de los cuales el solicitante se encuentre en una situación de indefensión. A la luz de esta regla, en el contexto de internet y de las redes sociales, le corresponde al juez constitucional examinar, como requisito de procedibilidad de las solicitudes de tutela, si el accionante se encuentra en una situación de indefensión frente al accionado. En otros términos, el juez de tutela debe verificar si accionante y accionado se encuentran en una relación asimétrica en la que el primero está en situación de indefensión frente al segundo, en relación con el mensaje considerado lesivo de los derechos fundamentales. Para constatar esta situación de indefensión, el juez constitucional debe considerar, entre otras, las capacidades de difusión de información del emisor del mensaje y del presuntamente afectado con el mismo, para lo cual deberá tener en cuenta, según el contexto, la naturaleza y las condiciones de uno y otro (esto es, si son funcionarios públicos o ejercen actividades comerciales o empresariales, etc.), su número de seguidores en las redes sociales, el número de visitas o reproducciones de los contenidos, la periodicidad, la difusión y la relevancia social de las publicaciones, entre otros.

4. Con base en lo anterior, consideró que en ninguno de los tres casos referidos se satisface el requisito de legitimación en la causa por pasiva. Esto, por cuanto no se constata, siquiera de manera sumaria, situación de indefensión de ninguno de los tres accionantes respecto de los accionados. Por el contrario, en tales casos, es claro que ambos particulares (accionante y accionado) se encuentran en relaciones simétricas, en las que, por definición, no se configura situación de indefensión alguna que torne procedente las solicitudes de amparo. En lugar de examinar tales criterios y, por contera, declarar improcedentes las tres solicitudes de tutela por falta de legitimación en la causa por pasiva, la Sala Plena decidió declararlas improcedentes por falta de relevancia constitucional. Este criterio, además de indiscernible, resulta, a todas luces, cuestionable para determinar la procedencia de solicitudes de tutela en

⁷ Sentencias T-263 de 2010, T-593 de 2017, T117 de 2019 y T-121 de 2018.

casos en los que la naturaleza *iusfundamental* de los derechos en colisión (libertad de expresión v buen nombre y honra) es indiscutible.

5. Por las anteriores razones, además de aclarar su voto en relación con la sentencia de la referencia, el Magistrado **Bernal Pulido** consideró que la mayoría de la Sala Plena perdió la oportunidad de fijar *pro futuro* las anotadas reglas de procedibilidad en relación con solicitudes de tutela análogas o similares a las *sub examine*.

El Magistrado **Luis Guillermo Guerrero Pérez** y las Magistradas **Gloria Stella Ortiz Delgado** y **Cristina Pardo Schlesinger**, aunque comparten las decisiones adoptadas en la sentencia SU-420 de 2019, **anunciaron** la presentación de aclaraciones de votos sobre algunos de los aspectos expuestos en la motivación de esta providencia.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Presidenta