

UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

TESIS DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE *MAGISTER* EN DERECHO

**“LA PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DEL DISCURSO OFENSIVO  
GENÉRICO ENTRE PARTICULARES EN REDES DIGITALES EN COLOMBIA.”.  
EL TRÁNSITO HACIA LA CONSTRUCCIÓN DEL ‘*MODUS VIVENDI*’ DE  
LIBERTAD DE EXPRESIÓN.**

AUTOR: RICARDO ANDRÉS RODRÍGUEZ RINCÓN<sup>1</sup>

AÑO 2024

---

<sup>1</sup>Abogado de la Universidad del Rosario. Especialista en Derecho Comercial, Universidad del Rosario.  
Candidato a Magíster en Derecho, Universidad del Rosario.

## CONTENIDO

<b>RESUMEN</b> .....	4
<b>ABSTRACT</b> .....	7
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	10
<b>CAPÍTULO 1</b> .....	32
<b>1.1. Introducción</b> .....	32
<b>1.2. Relaciones y características del discurso ofensivo genérico y del discurso de odio específico</b> .....	33
<b>1.3. Diferencias y similitudes del discurso ofensivo genérico y del discurso de odio específico</b> .....	37
<b>1.3.1. La vulneración a la Dignidad humana, en virtud de las emociones: prejuicio y repugnancia</b> .....	39
<b>1.3.1.1. La definición y el contenido de la Dignidad Humana</b> .....	39
<b>1.3.1.2. La indignidad como producto de las emociones de prejuicio y repugnancia</b> .....	43
<b>1.4. Conclusión</b> .....	50
<b>CAPÍTULO 2</b> .....	51
<b>2.1 Introducción</b> .....	51
<b>2.2. El fenómeno de la comunicación violenta en internet</b> .....	52
<b>2.3. Las categorías de la comunicación violenta en internet</b> .....	60
<b>2.4. La naturaleza jurídica del discurso ofensivo genérico y el discurso de odio específico</b> .....	61
<b>2.4.1. La comunicación violenta y la exteriorización de la voluntad del emisor</b> .....	62
<b>2.4.2. Solo el discurso ofensivo genérico puede caracterizarse como un acto jurídico unilateral y unipersonal por contener todos los presupuestos taxativos del artículo 1502 del Código Civil</b> .....	65
<b>2.4.3. Los discursos que componen al hecho jurídico de la comunicación violenta en internet son fuente de obligaciones en el ordenamiento jurídico colombiano en virtud de los artículos 1494, 2302 y 2341 del Código Civil</b> .....	66
<b>2.4.4. En virtud de la teoría del daño antijurídico, los efectos jurídicos del discurso ofensivo genérico y el discurso de odio específico, se enmarcan dentro del régimen de la responsabilidad civil extracontractual por el hecho o el acto ilícito.</b> .....	74
<b>2.5. Conclusión</b> .....	79

<b>CAPITULO 3</b> .....	80
<b>3.1. Introducción</b> .....	80
<b>3.2. Antecedentes legales y jurisprudenciales del “libre mercado de ideas”</b> .....	84
<b>3.3. Recuento jurisprudencial de la “presunción de constitucionalidad del discurso ofensivo genérico”</b> .92	
3.3.1. Gráficas de análisis dinámico de las líneas jurisprudenciales “A” Y “B” .....	109
<b>3.4. Providencia SU-420 de 2019 de la Corte Constitucional (Expediente T-6.683.135)</b> .....	114
<b>3.5. Hechos del expediente T-6.683.135 y pretensiones del tutelante</b> .....	115
<b>3.6. La regla jurisprudencial fijada por la SU-420 de 2019 que establece “la Presunción de Constitucionalidad del discurso ofensivo genérico entre particulares”</b> .....	116
3.6.1. La definición jurisprudencial de discurso ofensivo genérico en la SU-420 de 2019.....	117
3.6.2. El concepto de presunción de constitucionalidad del discurso ofensivo como regla jurisprudencial fijada en la Sentencia de Unificación 420 de 2019 .....	118
3.6.3. El contenido y los efectos del test de relevancia constitucional. ....	119
3.6.4. El test de proporcionalidad fuerte o estricto sui generis de libertad de expresión .....	122
3.6.5. Resultado de la Aplicación del Test de Relevancia Constitucional en el expediente T-6.683.135. ....	126
3.6.6 Resultado del test estricto de proporcionalidad sui generis de libertad de expresión en el expediente T-6.683.135.....	126
<b>3.6.7. Ratio Decidendi y Resuelve de la providencia SU-420/19 (Expediente) T-6.683.135</b> .....	128
3.6.7.1. Ratio Decidendi SU-420/19 (Expediente T-6.683.135) .....	129
3.6.7.1.2. Resuelve o Decisum de la SU-420/19 (Expediente T-6.683.135) .....	136
<b>3.6.8. Críticas al precedente judicial establecido en la su 420/19 y su impacto como fuente formal en el derecho colombiano</b> .....	137
<b>3.7. Conclusión</b> .....	140
<b>CAPÍTULO 4</b> .....	142
<b>4.1. Introducción</b> .....	142
<b>4.2. El modelo de libre mercado de ideas de libertad de expresión como principal influencia de la SU-420 de 2019</b> .....	150
<b>4.3. El surgimiento del internet y las redes digitales: Un cambio en las reglas de juego o el modelo populista de libertad de expresión.</b> .....	153
<b>4.4. El modelo Populista o progresista de libertad de expresión de Balkin</b> .....	155

<b>4.5. El paradigma de la “autonomía regulada” o de la “libertad moderada”</b> .....	<b>158</b>
4.5.1. Autonomía del individuo versus regulación estatal.....	158
4.5.2. Regulación.....	162
<b>4.6. El “modus vivendi” como tránsito a la democracia deliberativa: ¿Cómo ejercer regulación estatal en los conflictos sociales en contextos digitales?</b> .....	<b>170</b>
<b>4.7. La regulación estatal en materia de libertad de expresión y el impacto en el autogobierno y la democracia deliberativa.</b> .....	<b>174</b>
<b>4.8. Conclusión</b> .....	<b>181</b>
<b>5. CONCLUSIÓN</b> .....	<b>185</b>
<b>REFERENCIAS</b> .....	<b>193</b>

## RESUMEN

Esta investigación tiene por objeto establecer una crítica a la regla jurisprudencial establecida en la sentencia SU-420 de 2019 de la Corte Constitucional de Colombia. Con esta sentencia de unificación, al discurso ofensivo en redes sociales en Colombia se le reviste de lo que en palabras de la Corte se denomina como “*presunción de constitucionalidad*”, es decir, se le concede protección. Su fundamentación recae en la utilización del “*test de relevancia constitucional*” por parte de esta Corte. Dicho *test* es una metodología de autoría de la misma corporación, la cual consiste en determinar tanto el impacto como la relevancia que tiene una publicación *específica* de discurso ofensivo entre particulares en redes digitales, con relación a otros derechos constitucionales vulnerados en el ejercicio de la libertad de expresión. Por lo tanto, como se verá, el uso del *test* de relevancia constitucional demostraría que la Corte se circunscribe a un modelo de “*libre mercado de ideas*”.

Así, si nos situamos en un contexto de democracia deliberativa, se presentan las siguientes seis preguntas de investigación: *i*) ¿acaso evidencia un exceso en cuanto a la autonomía otorgada a un sujeto particular, la regla jurisprudencial plasmada en la providencia SU-420 de 2019, en la cual se establece una primacía de la libertad de expresión en materia de discurso ofensivo en el ámbito de particulares en redes digitales? *ii*) De ser así, ¿tanta autonomía otorgada al particular en materia de discurso ofensivo, le restaría méritos a la necesidad regulatoria institucional o por el contrario presentaría como imperiosa dicha regulación? En consecuencia, *iii*) ¿hasta qué punto la regla jurisprudencial fijada por la Corte

Constitucional evidenciaría el interés de la sociedad civil de cara a interpelar por el incremento del control institucional del Estado Colombiano en materia de *comunicación violenta* y discurso ofensivo entre particulares en redes digitales? iv) Así, ¿podría proponerse entonces una regulación más restrictiva que garantice el ejercicio de la democracia deliberativa a través de una nueva regla de derecho formal de derecho nacional bien sea una reforma constitucional, una nueva ley estatutaria, un acto administrativo u otra sentencia modificadora de línea jurisprudencial que tenga por objeto variar regla jurisprudencial?

v) Teniendo en cuenta el carácter lesivo del discurso ofensivo entre particulares no solo desde la óptica de la vulneración de derechos fundamentales a la honra, intimidad y buen nombre que sufre el receptor agraviado, sino también considerando que el discurso ofensivo produce un daño antijurídico susceptible de generar responsabilidad civil y penal ¿le convendría al ordenamiento jurídico nacional adoptar una propuesta restrictiva del modelo de *libre mercado de ideas de libertad de expresión* con el fin último de eliminar la *presunción de constitucionalidad* del discurso ofensivo entre particulares en redes digitales reafirmada en la SU-420 de 2019. iv) ¿Podría partir dicha propuesta de las teorías de Balkin y Gray con el objeto de implementar un “*modus vivendi* democrático de libertad de expresión que tenga por finalidad aumentar la cultura democrática deliberativa de la sociedad civil?

La tesis de esta investigación es que existen deficiencias, tanto de forma como de fondo, en la regla jurisprudencial reafirmada por la SU-420 de 2019 que ratificaría el régimen de *libre mercado de ideas de libertad de expresión* en el ordenamiento jurídico colombiano y la consecuente “*presunción de constitucionalidad*” del discurso ofensivo entre particulares en redes sociales. Para tal fin, debe partirse de la comprensión de un fenómeno notorio en el ámbito del internet y las redes digitales, este es la *comunicación violenta* en internet. Así las cosas, propongo desde el artículo 1494 y 1502 del Código Civil una suerte de teorías de las dos clases de discursos que componen dicha *comunicación violenta*: por una parte, el discurso ofensivo *genérico* como acto jurídico unilateral y unipersonal, y por otra parte el discurso de odio *específico* como delito, cuyo elemento compartido es el dolo como factor de atribución en el discurso *genérico* y como modalidad de la conducta punible en el discurso *específico*.

De esta forma, al explicar la naturaleza jurídica de las clases de discursos que componen al hecho notorio de la *comunicación violenta*, y teniendo en cuenta los efectos

sobrevinientes, de la mano de la teoría del daño antijurídico y del régimen general de la responsabilidad jurídica, se permite ampliar el espectro de análisis de los efectos jurídicos de la *comunicación violenta* en materia constitucional, penal y civil. Esto es útil para analizar el criterio interpretativo empleado por la Corte en la SU-420 de 2019 específicamente en cuanto a la regla jurisprudencial fijada como regla formal de derecho de la *presunción de constitucionalidad* del discurso ofensivo *genérico* en comparación con el *animus injuriandi* que exige la jurisprudencia en materia penal respecto al delito de injuria establecido en el artículo 220 de la ley 599 de 2000.

De este modo, se demostrará que el debate ha sido poco pacífico al interior de la Corte en un análisis de anteriores providencias de la Corte Constitucional que llegaron a considerar como inconstitucional al mencionado discurso ofensivo *genérico*, lo cual permitirá reafirmar críticamente la necesidad de proteger el derecho fundamental a la dignidad humana del particular vulnerado, como asunto de hecho por el discurso ofensivo entre particulares en redes digitales, y de derecho por el contenido de susodicha providencia. Así las cosas, se arriba a la conclusión preliminar de esta investigación, la cual encuentra que el régimen *de libre mercado de ideas* protege al discurso ofensivo *genérico* entre particulares en redes digitales entendiéndolo como presuntamente constitucional. Adicionalmente, se pone en evidencia que la era del internet y de las redes digitales han cambiado las reglas de juego de la libertad de expresión en las que se acogió dicho régimen en el siglo XX. Dicho esto, no es menos cierto que los discursos y los espacios de debate entre usuarios de redes digitales han sido multiplicados infinitamente. Esto toma relevancia para plantear el siguiente interrogante: ¿debería comprenderse como inadecuado o poco útil el régimen de *libre mercado de ideas* de libertad de expresión de cara a la problemática que viven los receptores de la *comunicación violenta* para la tutela judicial efectiva a sus derechos fundamentales a la dignidad humana, honra, intimidad y buen nombre? La opinión de este trabajo es afirmativa, comoquiera que existen otros modelos planteados desde la literatura científica que son más acordes con la concepción de democracia deliberativa y en los que se plantea no solo la prejudicialidad de la autonomía excesiva otorgada a los particulares sino la necesidad urgente de una regulación estatal.

Por lo mismo, es que la conclusión definitiva de este trabajo presenta como sugerencia, que el Estado colombiano adopte una fuente de derecho formal bien sea a través

de una reforma constitucional, ley estatutaria, acto administrativo o por vía jurisprudencial, caso último en el cual, la Corte Constitucional podría modificar la regla jurisprudencial a través de otra sentencia de unificación, providencia en la cual se abandonaría el régimen de *libre mercado de ideas* de libertad de expresión. Advirtiendo, nuevamente, que la regla jurisprudencial fijada que rige en la actualidad como precedente en la providencia de unificación SU-420 de 2019, establece la primacía del discurso ofensivo *genérico* sobre otros derechos constitucionales, que finalmente se ven amenazados o vulnerados mediante mensajes contentivos de violencia los cuales producen, al fin y al cabo, un daño antijurídico para el receptor agraviado.

*Palabras clave:* Libertad de expresión. Redes digitales. Comunicación violenta. Discurso ofensivo genérico. Discurso de odio específico Particulares. Test de Relevancia Constitucional. Presunción de Constitucionalidad. Sentencia de Unificación. Regla jurisprudencial. Fuente de derecho. Corte Constitucional. Libre mercado de ideas. Regulación. Dignidad Humana. Modus vivendi. Cultura Democrática de libertad de expresión.

## ABSTRACT

The purpose of this research is to establish a critique of the jurisprudential rule established in the SU-420 judgment of 2019 of the Constitutional Court of Colombia. With this unification ruling, offensive speech on social networks in Colombia is clothed with what in the words of the Court is called a "presumption of constitutionality", that is, it is granted protection. Its rationale lies in the Court's use of the "test of constitutional relevance." This test is a methodology authored by the same corporation, which consists of determining both the impact and relevance of a specific publication of offensive speech between individuals on digital networks, in relation to other constitutional rights violated in the exercise of freedom of expression. Therefore, as will be seen, the use of the constitutional relevance test would demonstrate that the Court is circumscribed to a "free market of ideas" model.

Thus, if we place ourselves in a context of deliberative democracy, the following six research questions are presented: *i)* Does the jurisprudential rule embodied in Order SU-420 of 2019, which establishes a primacy of freedom of expression in matters of offensive speech in the field of individuals in digital networks, evidence an excess in terms of the autonomy granted to a particular subject? *ii)* If so, would so much autonomy granted to the individual

in the matter of offensive speech detract from the merits of the institutional regulatory need or, on the contrary, would it present such regulation as imperative? Consequently, *iii*) to what extent would the jurisprudential rule established by the Constitutional Court demonstrate the interest of civil society in order to question the increase of the institutional control of the Colombian State in matters of violent communication and offensive speech in social media? *iv*) Thus, could a more restrictive regulation be proposed to guarantee the exercise of deliberative democracy through a new rule of formal law of national law, whether statutory law, administrative act or jurisprudential rule? *v*) Taking into account the harmful nature of offensive speech between individuals, not only from the point of view of the violation of the fundamental rights to honour, privacy and good name suffered by the aggrieved recipient, but also considering that the offensive speech produces unlawful damage capable of giving rise to civil and criminal liability, ¿would it be in the interest of the national legal system to adopt a restrictive proposal of the free market model of ideas of freedom of expresión with the ultimate goal of eliminating the presumption of constitutionality of offensive speech between individuals on digital networks reaffirmed in SU-420 of 2019? *iv*) Could such a proposal be based on the theories of Balkin and Gray in order to implement a "democratic modus vivendi of freedom of expression" that aims to increase the deliberative democratic culture of civil society?

The thesis of this research is that there are deficiencies, both in form and substance, in the jurisprudential rule reaffirmed by SU-420 of 2019 that would ratify the free market regime of ideas of freedom of expression in the Colombian legal system and the consequent "presumption of constitutionality" of offensive speech between individuals on social networks. To this end, we must start from the understanding of a notorious phenomenon in the field of the internet and digital networks, which is violent communication on the internet. Thus, I propose from articles 1494 and 1502 of the Civil Code a sort of theories of the two kinds of discourses that make up this violent communication: On the one hand, generic offensive speech as a unilateral and single-person legal act, and on the other hand, specific hate speech as a crime, the shared element of which is intent as a factor of attribution in generic speech and as a modality of punishable conduct in specific speech. In this way, by explaining the legal nature of the types of discourse that make up the notorious fact of violent communication, and taking into account the supervening effects, hand in hand with the theory

of unlawful damage and the general regime of legal liability, It allows us to broaden the spectrum of analysis of the legal effects of violent communication in constitutional, criminal and civil matters. This is useful for analyzing the interpretative criterion used by the Court in SU-420 of 2019, specifically regarding the jurisprudential rule established as a formal rule of law of the presumption of constitutionality of generic offensive speech. In this way, it will be demonstrated that the debate has not been peaceful within the Court in an analysis of previous rulings of the Constitutional Court that came to consider the aforementioned generic offensive speech as unconstitutional, which will allow critically reaffirming the need to protect the fundamental right to human dignity of the violated individual as a matter of fact for the offensive speech between individuals on digital networks, and as a matter of law for the content of the aforementioned order. Thus, the preliminary conclusion of this research is reached, which finds that the free market regime of ideas protects generic offensive speech between individuals in digital networks, understanding it as presumably constitutional. In addition, it is evident that the era of the internet and digital networks have changed the rules of the game of freedom of expression in which this regime was accepted in the twentieth century. That said, it is no less true that the discourses and spaces for debate between users of digital networks have been infinitely multiplied. This becomes relevant to ask the following question: Should the regime of the free market of ideas of freedom of expression be understood as inadequate or useless in the face of the problems experienced by the recipients of violent communication for the effective judicial protection of their fundamental rights to human dignity, honor, privacy and good name? The opinion of this paper is affirmative, as there are other models proposed from the scientific literature that are more in line with the conception of deliberative democracy and in which not only the prejudicial nature of the excessive autonomy granted to individuals is raised, but also the urgent need for state regulation.

For this reason, the definitive conclusion of this work presents as a suggestion, that the Colombian State adopt a source of formal law either through a statutory law, administrative act or through jurisprudence, in the latter case, in which case, the Constitutional Court could modify the jurisprudential rule through another unification judgment. A ruling in which the regime of free market ideas and freedom of expression would be abandoned. Noting, once again, that the established jurisprudential rule that

currently governs as a precedent in the unification order SU-420 of 2019, establishes the primacy of generic offensive speech over other constitutional rights, which are ultimately threatened or violated through messages containing violence which produce, at the end of the day, an unlawful damage to the aggrieved recipient.

**Keywords:** *Freedom of expression. Digital networks. Violent communication. Generic offensive speech. Specific Hate Speech Individuals. Constitutional Relevance Test. Presumption of Constitutionality. Unification Sentence. Jurisprudential rule. Source of law. Constitutional Court. Free market of ideas. Regulation. Human Dignity. Modus vivendi. Democratic Culture of Freedom of Expression.*

## INTRODUCCIÓN

Uno de los objetivos de esta investigación es describir el fenómeno de la *comunicación violenta* en internet y las redes digitales entre particulares como un hecho notorio y repetitivo en la vida cotidiana. Dicha *comunicación violenta* se encuentra compuesta por dos categorías de discursos que aquí se proponen. Estas son: el discurso ofensivo *genérico* y el discurso de odio *específico*. Dicho esto, el objeto del presente trabajo es realizar una crítica a la regla jurisprudencial, establecida en la SU-420 de 2019 de la Corte Constitucional en cuanto al discurso ofensivo *genérico* respecta. Con esta sentencia de unificación, se termina por reafirmar que al discurso ofensivo entre particulares en redes sociales en Colombia se le reviste de una “*presunción de constitucionalidad*”, es decir, se le concede protección constitucional. Su fundamentación recae en la utilización del “*test de relevancia constitucional*” por parte de esta Corte.

Dicho *test* es una metodología de autoría de la misma corporación, la cual consiste en determinar tanto el impacto como la relevancia que tiene una publicación específica de discurso ofensivo entre particulares en redes digitales, con relación a otros derechos constitucionales vulnerados en el ejercicio de la libertad de expresión. Por lo tanto, como se verá, el uso del “*test de relevancia constitucional*”<sup>2</sup> demuestra que la Corte se circunscribe a un modelo de circulación libre (o liberal) o “*libre mercado de ideas*”.

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia SU-420/19», *M.P. Jose Fernando Reyes Cuartas*, 12 de septiembre de 2019, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU420-19.htm>. “Que en síntesis se compone por los siguientes elementos: (i) Quién comunica: esto es, el emisor del contenido, (ii) Respeto de

Esto supondría la posibilidad de inscribir la decisión de la corte (SU-420 de 2019) en el actual debate planteado por la doctrina en cuanto a si se debería, o no, limitar la libertad de expresión de cara al discurso ofensivo entre particulares en el escenario de las redes digitales y el internet. Roberto Saba introduce la idea de Jack Balkin, en cuanto al notorio impacto del internet y de las redes digitales en la libertad de expresión. Esta novedad plantea la pregunta de si ¿deben cambiarse las reglas de juego en los sistemas jurídicos que han adoptado el régimen de *libre mercado de ideas* de libertad de expresión? Dicha pregunta, es útil para plantear las reglas pertinentes que permiten abordar el fenómeno de la *comunicación violenta* en dichos medios. De esta forma, son varios los argumentos que tanto Saba como Balkin presentan como fundamento para criticar lo que se ha sabido denominar *libre mercado de ideas*. Esta última categoría la incorpora la sentencia sujeta a análisis inscribiéndose en la tradición que inauguró el juez Holmes Jr<sup>3</sup> en la Corte Suprema de los Estados Unidos de América.

Desde estas perspectivas, la tesis que aquí se quiere defender es que el régimen de *libre mercado de ideas*, que contempla la SU-420 de 2019, se encuentra sustentado en una excesiva autonomía otorgada a los particulares en materia de libertad de expresión, lo que supone inquietarse respecto de si es requerida una regulación, en cuanto supone presumir por el funcionario judicial, que un discurso o lenguaje ofensivo *genérico* en el escenario del internet y las redes digitales es presuntamente constitucional en sede judicial.

Por ejemplo, plantea un reto para los jueces constitucionales en cuanto a que la autonomía otorgada a los particulares se apoya en la *presunción de constitucionalidad* construida por la Corte como regla jurisprudencial, restringiéndose así al máximo la posibilidad de no seguir el precedente judicial y su obligatoriedad, lo que en definitiva se plantea como crítica en el ejercicio de la decisión judicial para este tipo de casos que se presentan en Colombia que involucran el ejercicio de la libertad de expresión.

Desde esta dificultad, otorgar autonomía a la expresión como derecho fundamental parecería la más sólida materialización de los derechos a la igualdad y la libertad. Sin

---

quién se comunica, es decir, la calidad del sujeto afectado, (iii) Cómo se comunica a partir de la carga difamatoria de las expresiones”.

<sup>3</sup> “La referencia al *free trade of ideas* o *libre intercambio de ideas* surge del salvamento de voto de Oliver Wendell Holmes Jr. En el caso *Abraham v. Unites States*<sup>3</sup>, decidido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1919. Más precisamente, es en la sentencia de William O. Douglas, juez de ese tribunal, en el caso *United States v Rumly*<sup>3</sup> de 1953, donde se afirma que quienes difunden o publican sus ideas en verdad están compitiendo entre sí por ganarse un lugar en las mentes de las personas”. Roberto Pablo Saba et al., *Libertad de expresión: un ideal en disputa* (Siglo del Hombre Editores, 2019), 20.

embargo, pretendo atacar las deficiencias que se predicen de la autonomía desbordada otorgada por la Corte a los particulares, pues el régimen de *libre mercado de ideas* no permitiría la realización suficiente de la democracia deliberativa. Lo anterior se justificaría ante la ausencia de un regulador o moderador en el marco del debate, así, las redes digitales y el internet presentarían múltiples escenarios de emisores de ideas u opiniones “fuera de control”, lo que en términos generales sería contraproducente para el enriquecimiento de la “cultura democrática de libertad de expresión”, de la sociedad civil<sup>4</sup>.

La figura del moderador encarna el principio de razón propio de la argumentación y del debate. En este sentido Balkin presenta una nueva propuesta desde la teoría del derecho en materia de discurso digital y libertad de expresión, esto es la “*tesis populista de libertad de expresión*”. Esta teoría tiene por objeto resaltar la construcción de una cultura democrática de libertad de expresión a través de la intervención estatal a modo de regulación. Es este fundamento principal de la presente crítica respecto al fallo SU-420 de 2019, toda vez que desatiende los deberes propios de la administración de justicia en materia constitucional, puntualmente, en lo relacionado con la comunicación que pone en riesgo la integridad de los asociados. Es decir, el aporte que representa la metáfora de “asamblea de ciudadanos”<sup>5</sup>, equivalente a la *tesis populista de libertad de expresión*, rescata el valor central del funcionario judicial como el moderador del debate social que no tiene por qué estar ausente de fenómenos como la comunicación en internet entre particulares, como en ninguna otra manifestación del fenómeno social.

Por su parte, dentro del ámbito del derecho civil colombiano, destacan los aportes de Guillermo Ospina Fernández, Eduardo Ospina Acosta, Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve. Estos autores permiten definir la naturaleza jurídica del discurso ofensivo *genérico* y del discurso de odio *específico* entre particulares. A partir de allí, la propuesta de este trabajo es que estos discursos integran el *hecho* jurídico de la *comunicación violenta* en redes digitales. De esta manera, es como podría fundamentarse desde la doctrina que el discurso ofensivo *genérico* es un acto jurídico *unilateral* y *unipersonal*, por cumplir con los criterios taxativos del artículo 1502 del Código Civil, tal como se explicará en su respectivo

---

<sup>4</sup> Saba et al., 24.

<sup>5</sup> “Así Meiklejohn propuso una tercera y última metáfora utilizada para modelizar la teoría que subyace a la protección de la libertad de expresión que él defendía: la metáfora de las asambleas de ciudadanos o town meetings”. Saba et al., 24..

acápites. Por su parte el discurso de odio *específico* encajaría dentro del concepto civil de delito al tenor del artículo 1494 del estatuto civil en mención.

Así, desde la distinción entre *hechos* y *actos jurídicos* se puede entender el alcance de los efectos jurídicos en materia constitucional que es lo sustancial de la presente investigación, sin dejar de lado el estudio de los efectos jurídicos en materia penal y civil. Respecto de los efectos jurídicos de la *comunicación violenta* y de los discursos que le componen (ofensivo *genérico* como *acto* jurídico y de odio *específico* como *delito* en materia civil) es como se propone que dicha *comunicación violenta* configura el *hecho ilícito* generador de responsabilidad jurídica.

De este modo, de la mano de la teoría del daño antijurídico y del régimen general de responsabilidad es imperativo comprender el carácter lesivo de la *comunicación violenta* y su consecuente *daño antijurídico*. Así, el *daño antijurídico* supone la reparación patrimonial y extrapatrimonial de perjuicios. Inclusive, esto puede evidenciarse constitucionalmente, pues el Decreto reglamentario 2591 de 1991 (artículo 25)<sup>6</sup> contempla de forma excepcional la indemnización de perjuicios en el marco del litigio constitucional. En este sentido, para Valencia Zea y Ortiz Monsalve la noción de responsabilidad civil se sintetiza: “Una persona es responsable civilmente cuando en razón de haber sido la causa del daño que otra sufre, está obligada a repararlo”. Esto supone entonces “una relación entre dos sujetos, de los cuales uno ha sido la causa de un daño y otro lo ha sufrido. La responsabilidad civil es la consecuencia de esta relación, o sea, la obligación del autor del daño de reparar el perjuicio ocasionado”<sup>7</sup>.

Desde la esfera del derecho penal comparado el aporte de Miró Llinares es clave para entender su “taxonomía de la comunicación violenta” en redes digitales. Con esto, se caracteriza la *comunicación violenta* en grados de baja, media y alta intensidad de violencia,

---

<sup>6</sup> “Cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, y la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, además de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, en el fallo que conceda la tutela el juez, de oficio, tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho así como el pago de las costas del proceso. La liquidación del mismo y de los demás perjuicios se hará ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante el juez competente, por el trámite incidental, dentro de los seis meses siguientes, para lo cual el juez que hubiere conocido de la tutela remitirá inmediatamente copia de toda la actuación”. República de Colombia, *Decreto Reglamentario 2591 de 1991*, 1991, art. 25.

<sup>7</sup> Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, *Derecho civil. 3: De las obligaciones*, 10. ed (Bogotá: Temis, 2010), 169.

lo que permite entender *grosso modo* la diferencia entre el discurso *genérico* ofensivo (de cargas leve y media de violencia) y *específico* de odio (con cargas altas de violencia)<sup>8</sup>.

Al presente trabajo le interesa el análisis de la decisión judicial contenida en la SU-420 de 2019. Destacando el estudio de la línea jurisprudencial consolidada en dicha providencia, como también analizando los efectos del precedente que consolida *la presunción de constitucionalidad* como regla formal de derecho. Así las cosas, sea de mencionar que resulta útil para esa investigación el trabajo de López Medina en cuanto corresponde a los métodos de estructuración de líneas jurisprudenciales y a los métodos de interpretación de precedentes judiciales, las cuales se presentarán en el capítulo 3 de este trabajo.

De este modo, respecto al contenido del método en mención, valga resaltar que esta consiste en “relacionar varias sentencias sobre un mismo problema jurídico”<sup>9</sup>. Para tal fin se observa que López Medina indica una metodología de tres pasos así: *i*) acotar el patrón fáctico concreto (con el correlativo conflicto de intereses y derechos que le sea propio) que la jurisprudencia ha venido definiendo como “escenario constitucional” relevante; *ii*) identificar las sentencias más relevantes (que más adelante denominaremos “sentencias hito”) dentro de la línea jurisprudencial; *iii*) finalmente es necesario construir teorías estructurales (i.e. narraciones jurídicas sólidas y comprensivas) que permitan establecer la relación entre esos varios pronunciamientos jurisprudenciales”<sup>10</sup>. Pues bien, la intención de este trabajo es seguir al pie de la letra la metodología aportada por López Medina con el objeto de “definir la existencia de un ‘balance constitucional’, esto es, de una doctrina jurisprudencial vigente más o menos definida que sirva como regla de conducta y estándar de crítica a la actividad de los jueces, funcionarios y litigantes interesados en aplicar el derecho jurisprudencial a casos futuros”<sup>11</sup>.

Expuestos entonces, tanto los fundamentos como la finalidad del método de análisis dinámico para la estructuración de líneas jurisprudenciales; sea de precisar lo siguiente de

---

<sup>8</sup> Fernando Miró Llinares, «Taxonomía de la comunicación violenta y el discurso del odio en Internet», *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política* 0, n.º 22 (15 de junio de 2016): 69, <https://doi.org/10.7238/idp.v0i22.2975>.

<sup>9</sup> Diego Eduardo López Medina, *El derecho de los Jueces*, 2 ed, 2006, 106, <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=catt05358a&AN=crai.54050&site=eds-live>.

<sup>10</sup> López Medina, 140.

<sup>11</sup> López Medina, 140.

cara a la aplicación de la teoría de análisis dinámico de López Medina en la presente investigación. (i) Inicialmente, en este trabajo se procederá a relacionar providencias de tutela en las que los hechos jurídicos relevantes o el escenario constitucional relevante se enmarcan bajo el supuesto o *factum* del ejercicio de la libertad de expresión en redes digitales a través del hecho jurídico *comunicación violenta* entre particulares. Como problema jurídico se presenta un interrogante compuesto: ¿son protegidos por la constitución nacional los discursos (ofensivo *genérico* y de odio *específico*) entre particulares en redes digitales? Dependiendo de lo respuesta que deba arrojar el interrogante anterior ¿se vulneran o no, los derechos fundamentales a la intimidad, honra, buen nombre y dignidad humana del receptor particular agraviado? (ii) De este modo entonces, sobreviene la identificación de las sentencias más relevantes o sentencias hito dentro de la línea jurisprudencial que se enunciarán y analizarán respectivamente en el capítulo 3 de este trabajo, lo que en definitiva permitirá “establecer relaciones entre esos varios pronunciamientos jurisprudenciales”<sup>12</sup>, bajo el entendido que “la determinación de la subregla jurisprudencial solo será posible, entonces, si el intérprete construye, para cada línea, una teoría jurídica integral (una narración) de las interrelaciones de varios pronunciamientos jurídicos relevantes”<sup>13</sup>. (iii) Finalmente, en lo que corresponde a las narrativas sólidas estructurales, se evidenciará la solidez de la línea jurisprudencial, bajo la técnica de graficar la topografía concreta de las respectivas líneas jurisprudenciales, lo anterior según López Medina es plausible, bajo el entendido de que “existen algunos pequeños atajos de investigación que han probado ser útiles y que, a falta de mejor método, casi siempre permiten reducir la complejidad del material a analizar mediante la identificación de las sentencias hito (agrupadas por patrones fácticos) en cada línea. Esta metodología comprende tres pasos que he denominado así: i) el punto arquimédico de apoyo, ii) Ingeniería reversa y, iii) la telaraña de puntos nodales de jurisprudencia”<sup>14</sup>

Entonces, bajo la técnica de análisis dinámico de líneas jurisprudenciales de López Medina, se vislumbrará el estado del arte en la jurisprudencia constitucional en la materia. Comoquiera, las técnicas de estructuración de líneas jurisprudenciales propuestas por López Medina permitirán comprender y graficar aquellas líneas jurisprudenciales en las que se ha

---

<sup>12</sup> López Medina, 140.

<sup>13</sup> López Medina, 140.

<sup>14</sup> López Medina, 168.

adoptado en diferentes categorías de sentencias la *presunción de constitucionalidad* del discurso ofensivo *genérico* entre particulares en las redes digitales, así como en otro sentido se explicará y graficará porqué en otras providencias la Corte no lo ha protegido dicho discurso por acercarse el discurso *genérico* demasiado al discurso de odio *específico*.

Se considera útil en este punto aclarar el concepto que importa López Medina de línea jurisprudencial. De esta forma, el autor inicia comentando que se trata de “una idea abstracta. Para ayudar a “ver” la línea jurisprudencial resulta conveniente tratar de graficarla. Puesta sobre un gráfico, una línea jurisprudencial es una pregunta o un pronunciamiento jurídico bien definido, bajo el cual se abre un espacio abierto de posibles respuestas. Este espacio abierto, con todas las posibles respuestas a la pregunta planteada, es una estrategia conveniente para graficar las soluciones que la jurisprudencia ha dado al problema y para reconocer, si existe, un patrón de desarrollo decisional. El campo abierto que generan las dos respuestas extremas posibles hace que la línea sea, sus extremos, *bipolar*”<sup>15</sup>.

Finalmente, López Medina también propone el método del análisis *estático* del precedente judicial que debe utilizar el funcionario judicial. Este método es útil a la investigación porque permite entonces comprender las técnicas que le interesan de interpretación del precedente judicial las cuales son las técnicas *legítimas*. Para tal fin, el doctrinante se inspira en parte en la doctrina probable norteamericana, para concluir de la mano con providencias específicas de la Corte Constitucional (tales como la T-123 de 1995, C-037 de 1996, SU-047/99 y finalmente, C- 836 de 2001)”<sup>16</sup>, que “en Colombia existe una doctrina del precedente en la jurisdicción constitucional”<sup>17</sup>. Así las cosas, se percibe como ventaja para esta tesis, lograr identificar la regla de derecho vigente para casos análogos específicamente cuyos hechos impliquen la *comunicación violenta* en redes digitales y la materialización del discurso ofensivo *genérico* entre particulares.

Se resalta así, que la “confianza social radica en que la aplicación del derecho sea uniforme y predecible”<sup>18</sup>. Por lo tanto, en un sistema jurídico que haya adoptado la doctrina del precedente, implica la posibilidad de interpretar el precedente judicial bajo tres técnicas que López Medina denomina como “*legítimas*”. Así, estas *técnicas* permiten entrever entre

---

<sup>15</sup> López Medina, 140.

<sup>16</sup> López Medina, 203.

<sup>17</sup> López Medina, 203.

<sup>18</sup> López Medina, 213.

otras cosas, el impacto de la regla jurisprudencial vigente como fuente formal de derecho en el ordenamiento jurídico colombiano en cuanto a sus efectos corresponde. Dichos efectos, implican que el juez constitucional deba reiterar la *presunción de constitucionalidad* del discurso ofensivo *genérico*, toda vez que la primera de estas técnicas legítimas indica que el funcionario judicial debe aplicar de forma obediente y por regla general, la subregla jurisprudencial constitucional vigente al caso análogo.

Sin embargo, teniendo en cuenta que toda regla general trae implícitas ciertas excepciones, se permite “la posibilidad de apartarse de dicho precedente siempre que ofrezca justificación suficiente y adecuada”<sup>19</sup>. No obstante, esto debe comprenderse como excepcional en el sentido de que “la obediencia al precedente es la forma estándar de utilización del mismo”<sup>20</sup>. Según López Medina, la segunda técnica es que el funcionario judicial debe distinguir entre *obiter dictum* y la *ratio decidendi*. Para explicar esta técnica, López Medina trae a colación la SU-477/99, providencia en la cual menciona la Corte que “para comprender el alcance de la obligatoriedad de un precedente, resulta indispensable distinguir entre los diversos aspectos de una decisión judicial. Así, siguiendo en parte la terminología los sistemas del *common law*, que es en donde más fuerza tiene la regla del *stare decisis*, y en donde más se ha desarrollado la reflexión doctrinal en este campo, hoy es posible diferenciar muy esquemáticamente entre la parte resolutive, llamada también *decisum*, la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*”<sup>21</sup>.

Finalmente, otra tercera técnica *legítima* de interpretación del precedente judicial plantea la posibilidad de que el funcionario judicial realice un cambio de jurisprudencia al “aceptar abiertamente que la nueva sentencia es inconsistente con la línea y que por tanto, implica una variación de jurisprudencia”<sup>22</sup>. Recuérdese que la tesis de este trabajo es que existen deficiencias en la SU-420 de 2019 en cuanto reafirma el régimen de *libre mercado de ideas* y la *presunción de constitucionalidad* del discurso *genérico*. Así, también propone como conclusión que dicha regla jurisprudencial sea modificada por la misma Corte Constitucional, lo que en definitiva devendría como técnica legítima de interpretación del precedente judicial, como se ha expuesto.

---

<sup>19</sup> López Medina, 213.

<sup>20</sup> López Medina, 213.

<sup>21</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-047/99.

<sup>22</sup> López Medina, *El derecho de los Jueces*, 260.

Por otro lado, desde la filosofía, la ética y la sociología el estudio de la *comunicación violenta* permite apreciar la incidencia del daño sobre las emociones lo cual coincide con la taxonomía de Miró Llinarés y ratifica, desde Cortina Orts, el grado de perjuicio moral que trae consigo el acto comunicativo. De la mano de Scolari se presenta el contexto de la comunicación a partir de la categoría “narrativas transmedia” para resaltar la transformación de un participante pasivo de la comunicación “media-centred” -ilustrado con el espectador frente a la televisión o la radio--, hacia una participación indudablemente activa que tiene lugar en el “narrative-centred”, correspondiente al escenario de las redes digitales. De primera mano, Scolari observa el fenómeno de la masificación del internet y las redes digitales por parte de la sociedad civil así; “en la segunda mitad del siglo XX los avances tecnológicos en el campo de los microprocesadores, la difusión capilar de las redes de intercambio de datos y el desarrollo de nuevas interfaces generaron un cambio radical en la vida humana similar al que, dos siglos antes, había producido la máquina de vapor. Si la máquina inventada por James Watts dio lugar a la Revolución industrial, las interfaces de Steve Jobs y las redes de Tim Berners-Lee abrieron el camino de la Revolución Digital”<sup>23</sup>. Así es como gana presencia una noción de democracia en que los ciudadanos participan activamente en el debate social, rasgo característico de la democracia deliberativa tal y como se abordará en los términos de Innerarity.

Es en el campo del debate en redes digitales, donde se plantea la necesidad de una mayor presencia del estado como moderador o regulador que se echa de menos en la decisión de la Corte con su protección casi absolutista de la libertad de expresión, a partir de la *presunción de constitucionalidad* del discurso ofensivo *genérico*. Para respaldar esta propuesta interpretativa jurídica, viene bien la idea de *modus vivendi* de Gray, pues concibe la interacción ciudadana bajo la óptica del bienestar común enfrentada a una pesimista visión de una realidad social no regulada, parecida a la que supuso el estado de naturaleza de Hobbes. Así, para complementar una noción semejante de coexistencia social, sobresalen también, las ideas de Berlin respecto a la “libertad” y su relación con la regulación. Él explica que, la regulación se constituiría como una alternativa para garantizar eficientemente el orden social, tal y como lo había propuesto Hobbes desde la necesidad del Estado. Así lo enuncia

---

<sup>23</sup> Carlos A. Scolari, «Comunicación digital. Recuerdos del futuro», *El Profesional de la Información* 21, n.º 4 (1 de julio de 2012): 337, <https://doi.org/10.3145/epi.2012.jul.01>.

Berlin: “(...) para evitar que la vida social se convirtiera en una jungla, debían instituirse fuertes salvaguardias que mantuvieran a los hombres en sus lugares designados; por lo tanto, estos pensadores exigían un alto grado de control centralizado”<sup>24</sup>.

En concordancia con Berlin, Gray propone el concepto de “*modus vivendi*”, esto es, la propuesta política de implementación de un escenario regulativo constituido con criterios hobbesianos, la cual, en síntesis, sacrifica la autonomía de los individuos desde la perspectiva del interés particular con el objetivo de garantizar los valores democráticos de libertad de expresión desde la óptica del interés general.

Finalmente, y entendiendo que el debate debe ubicarse dentro del estadio de la democracia deliberativa, se incluyen los estudios de Daniel Innerarity, Yanina Welp, Feenstra y Carlos Santiago Nino en la materia. Estos autores, permiten entender en mayor medida porqué el régimen de *libre mercado de ideas* es el objeto crítico de esta investigación sobre la base de que en una democracia deliberativa, es fundamental la presencia del Estado como moderador y regulador del debate que tiene lugar, entre otras, en las redes digitales y donde tiene lugar el fenómeno de la *comunicación violenta*. De aquí parte la invitación a la Corte Constitucional de revisar en términos de utilidad y conveniencia, las implicaciones que trae de suyo la providencia SU-420 de 2019, con relación a los derechos fundamentales de los particulares afectados por *la presunción de constitucionalidad* del discurso ofensivo *genérico*.

El objetivo de esta investigación es, entonces, persuadir a la Corte Constitucional para que en el futuro proceda a modificar la regla jurisprudencial que establece la primacía del discurso ofensivo entre particulares sobre otros derechos constitucionales que puedan verse amenazados o vulnerados mediante mensajes ofensivos en redes digitales. Es decir, en un contexto de democracia deliberativa, es urgente preguntarnos: ¿la decisión judicial plasmada en la providencia SU-420 de 2019, en la cual se establece una primacía de la libertad de expresión en materia de discurso ofensivo en el ámbito de particulares en redes digitales, acaso evidencia un exceso de autonomía otorgada a un sujeto particular, la cual en mayor medida le restaría méritos a la capacidad regulativa institucional? En consecuencia, ¿hasta qué punto la regla jurisprudencial fijada por la Corte demuestra la necesidad de incrementar

---

<sup>24</sup> Isaiah Berlin, *Sobre la libertad y la igualdad* (Barcelona, España: Página Indómita, 2022), 25, <https://www.paginaindomita.com/sobre-la-libertad-y-la-igualdad/>.

el control institucional del Estado Colombiano de cara a una regulación del “*modus vivendi*” que garantice el ejercicio de la democracia deliberativa? Estas y otras cuestiones derivadas describen el derrotero que sigue el presente trabajo.

Este problema interpretativo es vecino de otras cuestiones. Entre estas cabría también preguntarnos por las condiciones más generales en el ámbito democrático a las cuales estaría vinculados el “fenómeno de la *comunicación violenta* en internet”; a saber: ¿hasta qué punto la implementación de la concepción de “*sociedad democrática de libertad de expresión*” (Balkin) comprometería valores que están en la base del orden constitucional colombiano?

La tesis de esta investigación es, entonces, que existen deficiencias, tanto de forma como de fondo, de la regla jurisprudencial planteada por la SU-420 de 2019 que establece la “*presunción de constitucionalidad*” del discurso ofensivo entre particulares en redes sociales. Es decir, por una parte, frente a las deficiencias de forma, se observa que el *test de relevancia constitucional* de autoría de la Corte Constitucional es un test que carece de los fundamentos axiológicos que implicarían la construcción del *modus vivendi* de una sociedad democrática de libertad de expresión. Así mismo, dicho *test* define el modelo al que el ordenamiento jurídico colombiano se encuentra suscrito en materia de libertad de expresión. Esto es el modelo de *libre mercado de ideas* de libertad de expresión. Por otra parte, frente a las deficiencias de fondo, se advierte la inconveniencia de establecer la *presunción de constitucionalidad* del discurso ofensivo entre particulares en redes digitales. Fijada por la SU-420 de 2019 como regla formal de derecho.

El fenómeno de la *comunicación violenta en internet* podría comprenderse como un hecho jurídico comunicativo revestido de dos categorías de discursos (*genérico* ofensivo como acto jurídico y *específico* de odio como delito) revestidos ambos Siguiendo a Córdoba Angulo de un “*animus injuriandi*, entendido este ánimo en sentido amplio, como la voluntad de ofender la integridad de otro”<sup>25</sup>. Dicho lo anterior, esta propuesta interpretativa tiene por objeto decantar la naturaleza jurídica de la *comunicación violenta* en internet a la luz del derecho colombiano. Desde allí, el supuesto principal del que parte la presente propuesta es que la *comunicación violenta* engloba dos clases de discursos: al tenor del artículo 1502 del Código Civil, el ofensivo *genérico* como acto jurídico unilateral y

---

<sup>25</sup> Córdoba Angulo, 222-223.

unipersonal; mientras que, a partir del artículo 1494 del mismo estatuto, el discurso de odio *específico* se configuraría dentro de la categoría de delito.

Esto permite ampliar el espectro de análisis de los efectos jurídicos en materia constitucional. Lo cual es útil primariamente para destacar el criterio interpretativo empleado por la Corte —la *presunción de constitucionalidad* que se sigue del modelo de *libre mercado de ideas*—y secundariamente, para reafirmar críticamente el derecho fundamental a la dignidad humana presuntamente vulnerado, como consecuencia de hecho del discurso ofensivo entre particulares en redes digitales, y de derecho por el contenido de la providencia SU-420 de 2019.

En términos axiológicos, la necesidad de implementar valores como la convivencia y la tolerancia, explícitos en el preámbulo de la constitución, dentro del marco jurídico, democrático y participativo pretendido por el constituyente de 1991, justificaría considerar lo que esta investigación presenta como objetivo secundario, a saber: tendría méritos que la Corte Constitucional (en concordancia con las teorías de Balkin y Gray), considere modificar la regla jurisprudencial vigente a través de una novedosa sentencia de unificación reconceptualizadora de línea jurisprudencial y con característica de ser dominante, que declare como inconstitucional de una vez por todas al discurso ofensivo entre particulares en redes sociales. Dicha tesis se ampara en la desatención constitucional de los derechos al buen nombre, honra e intimidad de rango constitucional, a los que el ciudadano afectado por el discurso ofensivo (quien se ve obligado a utilizar la acción de tutela) se debe enfrentar por la sola utilización de la regla jurisprudencial establecida en la Sentencia SU-420 de 2019.

Así las cosas, para lograr que los derechos mencionados sean tutelados por el juez constitucional, y para conseguir que la publicación en las redes digitales sea eliminada (lo cual es la aspiración del particular afectado por el discurso ofensivo), el discurso debe superar el *test* de relevancia constitucional, pues la jurisprudencia de la Corte señala que el resultado del *test* funge como requisito de procedibilidad de la acción de tutela para ser admitida y también impacta en lo sustancial de la decisión. De este modo, en caso de que el discurso ofensivo no llegue a superar la relevancia constitucional bajo la metodología del *test* en cuestión, puede que se inadmita la acción de tutela bajo el argumento que no se cumple con el requisito de subsidiariedad, o que por motivaciones de fondo se obtenga como resultado la declaratoria de “*no tutelar*” los derechos fundamentales alegados por el tutelante y que

debe fallar el juez constitucional. Cómo se dará cuenta el lector, existe una primacía de la libertad de expresión que también se encuentra protegida por el *test estricto de proporcionalidad sui generis de libertad de expresión*. Así las cosas, el uso de esos recursos técnicos de ponderación terminarían por robustecer la metáfora del *libre mercado de ideas*, y en sentido estricto, en la toma de la decisión judicial prevalecería como regla general la no censura del discurso ofensivo entre particulares en redes digitales, en detrimento de otros derechos fundamentales como la honra intimidad y buen nombre del agraviado por la *comunicación violenta*.

El presente análisis ha querido enfrentar la polémica entre el valor esencial de la ley frente a la jurisprudencia en casos concretos, lo cual, es manifiesto en el conflicto que despierta la jurisprudencia como fuente de derecho en un ordenamiento que supone que la ley es fuente de derecho formal y la jurisprudencia auxiliar. El caso de la *comunicación violenta* en redes digitales, entre otros, ha permitido desmentir el carácter auxiliar de la jurisprudencia y a la vez otorgarles la razón a doctrinas como la de López Medina y su rescate del valor del precedente judicial. En sintonía con esta doctrina, el presente trabajo ha logrado examinar en detalle los fundamentos de la SU-420 de 2019 en lo referente a la metáfora de *libre mercado de ideas* (que adopta de manera expresa y literal la Corte en la línea jurisprudencial que integra dicha sentencia como consolidadora de línea que se verá en el capítulo 3) que describiría el escenario real y concreto, en que para la Corte se da la realidad de la comunicación en medios digitales, cuya consecuencia inmediata es la primacía de la libertad de expresión, como valor fundamental para sus decisiones.

Para tal fin, la principal fuente de inspiración de la crítica a la libertad de expresión que se motiva aquí es Roberto Saba, quien contrasta la metáfora del *libre mercado de ideas* (free trade market) con otros modelos sociales, también expresados en metáforas, como Hyde Park (Speakers´ Corners o el escucha discreto que registra el bullicio), Town meetings (libre asamblea de ciudadanos). Esas imágenes describen con precisión diversas acepciones de la libertad de expresión, ya sea el talante económico del *libre mercado de ideas* (free trade market), una versión radical en que no cabe el regulador (Hyde park) o una moderada (town meeting) caracterizada por la necesidad de un moderador. Afianzando la necesidad de una regulación que garantice la protección de los intervinientes en el debate, Jack Balkin cierra

el cuadro de metáforas con la propuesta del populismo, cuyo rasgo distintivo es que la participación social es superior y determina la decisión de los dirigentes.

Entonces, la combinación entre el populismo de Balkin y la asamblea de ciudadanos de Saba, ha permitido revelar la necesidad de reconocer algún tipo de intervención, normativo, institucional, para el ejercicio de la libertad de expresión, en particular, para los casos de *comunicación violenta* en redes digitales, abordado en la SU- 420 de 2019. Es más, toda vez que se ha destacado el carácter ofensivo de los hechos concretos o *factum* que motivan la sentencia, la argumentación que sigue tiene por objeto alentar a las instituciones y sus representantes, a participar activamente como moderadores del amplio debate que tiene lugar con los nuevos medios regulando aquellas manifestaciones que pueden llegar a ser lesivas para los usuarios de las redes digitales, más aún cuando la democracia imperante en la era digital es de carácter deliberativa. Es así, como dentro de una noción semejante de democracia, es urgente considerar el modo de vida de los ciudadanos (*modus vivendi*), como prioridad y fundamento del Estado en cuanto regulador del debate en general, que caracterizaría el actuar ciudadano mediado por las tecnologías contemporáneas.

En otros términos, los jueces constitucionales deben enfrentar dos escenarios problemáticos para tomar una decisión polémica al conocer: *i*) cuando el *particular (emisor)* ejerce (quien espera ver protegida su libertad a la expresión de manera absolutista) ejerce dicho derecho generando el hecho jurídico de la *comunicación violenta* (discurso *genérico* como acto jurídico unilateral o *específico* como delito) y en consecuencia, puede llegar a violentar o vulnerar los derechos de otros *particular (receptor)* y *ii*) bajo el supuesto de que un *particular (receptor)* afectado por el hecho de susodicha *comunicación violenta* en el escenario de las redes digitales acuda ante el funcionario judicial en búsqueda de protección o tutela judicial. Quiere esto decir, que la presente investigación apuesta por identificar en la sentencia SU-420 de 2019 un elemento difuso, el cual deberá determinarse desde la relevancia constitucional del discurso ofensivo *genérico*.

Es más, el énfasis que desde el inicio se viene haciendo de un supuesto escenario liberal que cobijaría la argumentación de la decisión de la Corte con relación al fenómeno de la *comunicación violenta* en redes digitales, también se apoya en el componente analítico del método. Dicho componente se nutre de un recurso especulativo compilado por Roberto Saba

a través de cuatro metáforas de libertad de expresión, a saber: “Hyde park<sup>26</sup>”, “Asamblea de ciudadanos o democrática<sup>27</sup>”, “Populista de libertad de expresión<sup>28</sup>” y de “*Libre mercado de ideas*”<sup>29</sup>. Esta última metáfora se adecua muy bien a la instancia analítica del presente estudio ya que describe con precisión el escenario hipotético en que presuntamente ampara la Corte Constitucional su decisión. En otras palabras, se estudiará la nueva metáfora de libertad de expresión introducida por el internet y las redes sociales de Jack Balkin, y se analizará a modo de síntesis la Sentencia SU-420 de 2019. Lo cual permitirá concluir en primera medida, que el modelo de *libre mercado de ideas* es incompatible con el “*modus vivendi*” de John Gray, y en segunda medida se evidenciará la incongruencia del *libre mercado de ideas* con la idea de construcción de sociedad democrática de libertad de expresión como la plantea Balkin.

En términos de la investigación tradicional, todo análisis agota una instancia analítica y otra sintética, entendida la primera como un paso a paso interpretativo, semejante al que lleva a cabo el análisis jurisprudencial y la teoría dogmática, mientras la segunda integra el resultado del análisis en términos de tesis o conclusión operativa, como ocurre en los asuntos legales y su aplicación. En otros términos, el componente analítico del método “[...] es el

---

<sup>26</sup> Según Roberto Saba, la metáfora de Hyde Park “asocia la justificación de la libertad de expresión con la tradición de expresar públicamente las ideas en la esquina de Hyde Park, lugar de existencia real donde, supuestamente, las personas tenían total libertad e inmunidad para exteriorizar sus ideas” En este modelo, no importa si los que se expresan son oídos o si alguien con la voz con mayor volumen o los peores modales logra hacer bajar del banquillo al que le da su discurso. No hay agenda ni moderador. Si bien no es necesario que ello ocurra, es muy probable que los más duros o rudos prevalezcan, pero quizá no sobrevivan las mejores ideas o la información verdadera. En este sentido, podemos encontrar algunos trazos paralelos entre el modelo de Hyde Park y el del mercado de ideas, donde la autonomía del que se expresa y la libertad de comprar ideas como consumidores son los valores dominantes que alimentan y nutren la tesis de la protección de la libertad de expresión”. Saba et al., *Libertad de expresión*, 24.

<sup>27</sup> La metáfora de las asambleas de ciudadanos o town meetings es propuesta por Meiklejohn. “(...) Desde esta perspectiva, la expresión y la libertad para exteriorizarla son fundamentales para lograr encontrar la mejor solución a un problema que debe resolverse, aquella que aspirando a ser cada vez más convincente logre la adhesión de la mayoría y se convierta así en una decisión de autogobierno. Esta metáfora tiene varias asunciones. Una de ellas es la existencia de un tiempo limitado para poder terminar la discusión y adoptar una decisión”. Saba et al., 25.

<sup>28</sup> Parfraseando a Roberto Saba, esta metáfora destaca por la preocupación de aumentar la calidad del debate a través de la figura de un regulador, lo que impactaría en el incremento de la cultura democrática de libertad de expresión de los ciudadanos. Lo anterior bajo el supuesto de que la participación social es superior y determina las decisiones de los dirigentes. Saba et al., *Libertad de expresión*, 32

<sup>29</sup> La metáfora de *libre mercado de ideas* “es la que asocia a la libertad de expresión con una mercancía a disposición de los consumidores. Esta metáfora relaciona la exteriorización de información o perspectivas con el mercado de ideas. La tesis detrás de la imagen busca fundamentar la protección de la libertad de expresión sobre la base de la analogía con el libre mercado de bienes y servicios”. Saba et al., *Libertad de expresión*, 19.

proceso que permite dividir o separar el objeto en los aspectos o cualidades que lo componen con el fin de analizar cada uno por separado. La síntesis es lo opuesto; mediante esta se integra el objeto y así se obtiene una comprensión general. Este sucesivo accionar de fragmentación-examen-reconstrucción-visualización de las interconexiones, brinda una nueva visión del objeto, esencial para su estudio. Las operaciones de análisis-síntesis funcionan como partes contrarias que se complementan, y aunque en un momento determinado predomine una u otra acción, su alcance gnoseológico solo es posible cuando se emplean de manera conexas<sup>30</sup>.

La relación de análisis y síntesis, para el caso en concreto de la SU-420 de 2019, supone en lo analítico desagregar sus fundamentos principales, entre ellos la convicción de que el modelo social es el *libre mercado de ideas*, e integrarlos, por la vía sintética, a un elemento fáctico correspondiente al escenario de la democracia deliberativa. En términos de las fuentes y recursos de los que depende este trabajo, el componente analítico lo aportan Saba, Balkin, Gray, Miró Llinarés, López Medina, Valencia Zea, Ortíz Monsalve, Ospina Fernández, Ospina Acosta, Córdoba Angulo, solo para nombrar los principales doctrinantes; en cuanto a la síntesis, los modelos democráticos, los grados de intensidad en la *comunicación violenta*, el deber regulador o de moderador del Estado y sus instituciones, las concepciones del orden social (metáforas como *Hyde Park* y *libre mercado de ideas*) que supone la providencia y la polémica que despierta la primacía de la libertad de expresión o *presunción de constitucionalidad* del uso del lenguaje/discurso ofensivo *genérico*, todo en conjunto, justificaría la tesis a defender:

Debe criticarse la regla jurisprudencial establecida (*presunción de constitucionalidad* lenguaje ofensivo *genérico*) porque la Corte realiza una interpretación encaminada a justificar el exceso de autonomía otorgada a los particulares. Esto, reafirma un régimen de libertad de expresión (*libre mercado de ideas*) que presta poca atención al deber de regulación estatal en cuanto al discurso ofensivo entre particulares en redes digitales e internet refiere; lo cual este trabajo exhorta a realizar desde los fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales expuestos. En consecuencia, se arribará a la conclusión definitiva que la regla jurisprudencial fijada en la SU-420 de 2019, que reafirma la *presunción de*

---

<sup>30</sup> Christian Courtis y Manuel Atienza, *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* (Trotta, 2006), 181.

*constitucionalidad* del discurso *genérico* desatiende el debate entre regulación y autonomía en materia de libertad de expresión planteado por la doctrina, pues, entre otras justificaciones, desconoce no solo el hecho notorio del impacto del internet en el *modus vivendi* contemporáneo, sino que además, la misma Corte descarta las *ratio decidendi* constituidas por las providencias de la misma corporación: T-117 de 2018<sup>31</sup>; T-050 de 2016<sup>32</sup>, T-550 de 2012<sup>33</sup>, entre otras. Por lo tanto, la línea jurisprudencial que describe tales sentencias con suficiencia declaró como —no protegido— al discurso ofensivo entre particulares en redes digitales de manera automática, lo cual evidenciaría la naturaleza regresiva de la SU-420 de 2019. En otros términos, y teniendo en cuenta que la jurisprudencia es fuente formal de derecho en virtud de la providencia C-836 de 2001<sup>34</sup>, se infiere que la regla jurisprudencial fijada en el ordenamiento jurídico por la SU-420 de 2019, y que supone la “*presunción de constitucionalidad*” del discurso ofensivo entre particulares, en estricto sentido se encuentra en evidente contravía con la definición del discurso ofensivo establecida por la misma Corte Constitucional en sentencia de tutela T-117 de 2018 bajo los siguientes términos: “La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que la libertad de expresión no es un derecho

---

<sup>31</sup> Por su parte, la providencia T-117/18 de la Corte Constitucional de Colombia, estableció que “la libertad de expresión encuentra como límite las expresiones ofensivas o chocantes”.

«Sentencia T-117-18», *M.P. Cristina Pardo Schlesinger*, 6 de abril de 2018, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-117-18.htm>.

<sup>32</sup> La providencia T-050/16 también se refirió a las redes sociales frente a los asuntos de cobranzas, en este caso se refirió de la siguiente forma: “el hecho de publicar mensajes cobrando deudas a través de un medio de comunicación de alto impacto como Facebook, con múltiples usuarios que tienen prácticamente libre acceso a toda la información que se publica, “además de ser desmedido, evidencia una intención dañina por parte de la accionada”. De esta forma, en esta providencia, la corte estudia un fenómeno que se conoce como “la ampliación del espectro de libertad de expresión por las redes sociales” en este fenómeno el cuerpo colegiado lo que hace es denominar y equiparar a las redes sociales como medios de comunicación. Para responder a este fenómeno la Corte Constitucional estableció los parámetros para establecer cuando el uso de las redes sociales da lugar a la trasgresión de derechos fundamentales los cuales fueron expuestos en la parte de análisis estático del precedente judicial. Corte Constitucional de Colombia,

«Sentencia T-050/16», *M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*, 10 de febrero de 2016, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-050-16.htm>.

<sup>33</sup> La providencia T-550 de 2012 había ya “reconocido la envergadura del impacto que representan las tecnologías de la información en las sociedades contemporáneas”. De esta forma condenó el empleo de frases injuriosas, insultos, vejaciones o insinuaciones insidiosas que provoquen objetivamente el descrédito de la persona a quien se refieran”. Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia T-550/12», *M.P. Nelson Pinilla Pinilla*, 13 de julio de 2012, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-550-12.htm>.

<sup>34</sup> Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia C-836/01», *M.P. Rodrigo Escobar Gil*, 9 de agosto de 2003, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>. Al respecto debe observarse la sentencia C-836 de 2001. La cual determina que la Jurisprudencia es fuente formal de derecho colombiano. Sin embargo, el funcionario judicial puede apartarse del precedente establecido por la doctrina probable en tres precedentes similares si motiva su decisión, justificando la razón de ignorar el precedente.

que carece de límites, pues las frases injuriosas, que denoten falta de decoro, vejaciones, insultos, expresiones desproporcionadas y humillantes que evidencien una intención dañina y ofensiva, no con un fin legítimo, sino por el contrario difamatorio, parcial, erróneo, entre otros, no son cubiertas por la protección establecida en el artículo 20 de la Constitución”<sup>35</sup>

Por consiguiente, la investigación parte de la crítica a la regla jurisprudencial por medio de la cual se fija, a través de Sentencia de Unificación, la obligatoriedad de la utilización del *test* de relevancia constitucional y la consecuente “*presunción de constitucionalidad*” del discurso ofensivo entre particulares en redes sociales. Con la intención subyacente de persuadir tanto a los jueces constitucionales como a los Magistrados de la Corte Constitucional, para que utilicen las herramientas del actual debate doctrinal, pues finalmente, son los operadores judiciales quienes poseen las facultades constitucionales para actuar como reguladores del discurso ofensivo entre particulares y, además. Quienes se verían llamados a participar en el debate entre una concepción liberal (*libre mercado de ideas*) en que prima la libertad de expresión y la ideal construcción social de un *modus vivendi* que cumpla con los valores tradicionales (conservadores) democráticos, entre los cuales se destacarían: decoro, respeto, tolerancia (valores contenidos en la T -117/2018).

En cuanto al contenido del presente trabajo, a continuación, se describe cómo se encuentra estructurado en cuatro capítulos, a saber:

El *primer* capítulo analiza las relaciones y características tanto del discurso ofensivo genérico como del discurso de odio específico. Esta categorización contribuye al desarrollo de la investigación, porque permite comprender que el discurso *específico* de odio no es equivalente al discurso *ofensivo* genérico en cuanto a su naturaleza jurídica y filosófica. En otras palabras, esta caracterización pretende proponer que la *comunicación violenta* en internet es un fenómeno o hecho jurídico notorio y relevante en la vida social, compuesto por dos clases de discursos, el *específico* y el *genérico*. Posteriormente, se estudian las diferencias y semejanzas entre estas dos categorías del discurso. Respecto a las semejanzas, se observará que ambos discursos vulneran la dignidad humana en virtud de las emociones que acompañan al prejuicio y a la repugnancia. El análisis de dichas semejanzas, y de la noción de dignidad humana que le interesa a esta investigación, parte de las propuestas de los siguientes

---

<sup>35</sup> Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia T-117/18».

doctrinantes: Jacks & Adler, Miró Llinares, Valiente Martínez, Valero Heredia, Nockelby, Parekh, Cortina Orts, y Martínez Torrón.

El *segundo* capítulo estudia el *fenómeno de la comunicación violenta en internet y su naturaleza jurídica*. Este fenómeno se encuentra jerarquizado en una serie de grados de intensidad de violencia lingüística en internet, aportadas por Valiente Martínez, fenómeno conocido como “categorías de la comunicación violenta en internet”. Siguiendo a Valiente Martínez y a Miró Llinares, a dicha *comunicación violenta* en internet le sería atribuible la siguiente tipificación: cargas leves, medias y altas de violencia. Sea de mencionar que el discurso ofensivo *genérico* es aquel que tiene carga leve o media de violencia, diferenciándose así del discurso de odio *específico* contentivo de una carga alta de violencia. Posteriormente, se abordará la naturaleza jurídica del discurso ofensivo *genérico* y del discurso de odio *específico*. Siguiendo a Ospina Fernández en la “teoría del acto jurídico”, dicha naturaleza se fundamentaría en la comprensión de dichos discursos como actos jurídicos unipersonales y unilaterales, los cuales coexistirían como género (discurso ofensivo) y especie (discurso de odio).

El *tercer* capítulo se destaca por iniciar con un recuento de los antecedentes legales de derecho positivo del modelo de *libre mercado de ideas* y en los antecedentes jurisprudencial esde dicho modelo. Se destacarán las providencias (T-403/92, T-437/04, SU-626/15, y T-179/19) que consolidan los antecedentes de la regla jurisprudencial fijada en la SU-420 de 2019 “*presunción de constitucionalidad*” del discurso ofensivo entre particulares. Esto será útil para abordar la definición jurisprudencial de discurso ofensivo *genérico* que ha construido la Corte. Así, se analizará un caso específico de discurso ofensivo entre particulares en redes digitales cuyos hechos se encuentran contenidos en el expediente T-6.683.135, que dio lugar a la providencia SU-420 de 2019 de la Corte Constitucional.

Del análisis de estos hechos, se observarán las herramientas técnicas que utilizan los funcionarios judiciales (*test de relevancia constitucional* y *test de proporcionalidad en sentido estricto*) para resolver la colisión de derechos entre el particular emisor y el particular receptor de dicho discurso *genérico*. Así las cosas, afirmaré que la aplicación de *test de relevancia constitucional*<sup>36</sup> demostraría que la Corte se compromete con el modelo de *libre*

---

<sup>36</sup> Que en síntesis se compone por los siguientes elementos: “(i) Quién comunica: esto es, el emisor del contenido, (ii) Respecto de quién se comunica, es decir, la calidad del sujeto afectado, (iii) Cómo se comunica a partir de la carga difamatoria de las expresiones” Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia SU-420/19».

*mercado de ideas* de libertad de expresión. En el expediente T-6.683.135, la Corte Constitucional considera el discurso ofensivo genérico supera el (*test de relevancia constitucional y test de proporcionalidad en sentido estricto*) por lo mismo, dado al desmantelamiento de la *presunción de constitucional*, es un ejemplo útil para evidenciar bajo cuales supuestos un discurso ofensivo *genérico* en redes digitales podría ser declarado como inconstitucional por el juez constitucional.

El *cuarto* capítulo, describe la influencia del modelo de *libre mercado de ideas* de libertad de expresión, para explicar desde la literatura científica, el precedente establecido como la regla jurisprudencial fijada por la Corte Constitucional de Colombia, en la SU-420 de 2019. De este modo, se introducen los fundamentos de dicho modelo para justificar la afirmación planteada en el capítulo tercero, según la cual se propone que el *test de relevancia constitucional* es una demostración de la aplicabilidad de dicho modelo en Colombia por parte de la Corte Constitucional. Para esto, me referiré a las virtudes y falencias de dicho modelo de libertad de expresión con relación a los principios y valores que rigen la democracia participativa. Posteriormente, el capítulo estudia la propuesta regulatoria de libertad de expresión contenida en la teoría de la *construcción de sociedad democrática de libertad de expresión* de Balkin. En segundo lugar, este capítulo justifica la propuesta de abandonar al régimen de *libre mercado de ideas* de libertad de expresión. Esto se explica en virtud de un cambio en las reglas de juego en materia de libertad de expresión, en razón al surgimiento del internet y de las redes digitales. Las teorías de libertad de expresión (tradicional y democrática) demostrarán no ajustarse a la realidad de la sociedad contemporánea dado el impacto del internet y de las redes digitales, por lo que aparecerá como propuesta, la implementación de la construcción de la *cultura democrática de libertad de expresión* de Balkin y consigo, la implementación de un *modus vivendi*, o modo de vida, que elimine el exceso de autonomía otorgado a los particulares en materia de libertad de expresión, y que promueva la regulación estatal a través de cualquier fuente formal de derecho: un acto administrativo, sentencia judicial o ley, para lograr la protección de los derechos a la honra, intimidad y buen nombre de los receptores del discurso ofensivo, que encuentran lesionados sus derechos. Así las cosas, podría suponerse que un regulador o moderador de carácter estatal podría apoyar la “reconversión axiológica” de la sociedad

democrática encaminada a la construcción del “*modus vivendi*” en términos de libertad de expresión en Colombia. La cual permitiría entonces, encaminarse a la construcción de una sociedad democrática de libertad de expresión.

Los cuatro capítulos de este trabajo permiten vislumbrar una problemática que afecta a la sociedad civil porque el discurso ofensivo *genérico, prima facie*, es protegido por la constitución, dotando de excesiva autonomía y desmedida libertad de expresión a quien se sirve de este tipo de discurso. La propuesta de regular estatalmente la libertad de expresión impacta al autogobierno y a la democracia deliberativa porque este contexto democrático, por definición, supone unas reglas de juego de carácter constitucional que imponen derechos, deberes y obligaciones y requieren, desde cualquier punto de vista, intervención institucional.

Como ilustra el contraste entre sociedad democrática de libertad de expresión y la visión de *libre mercado de ideas*, el deber de control institucional restringe necesariamente las libertades individuales debido al carácter coercitivo de la ley. De allí que no sea menos cierto que es gracias a esta regulación que debe subsistir al régimen democrático; por lo tanto, el hecho de que las libertades individuales sean controladas institucionalmente no desacredita el carácter democrático de la sociedad y el derecho a la libertad de expresión. Así las cosas, el modelo democrático ideal sería la democracia deliberativa, en cuanto es compatible con la construcción de una “cultura democrática de libertad de expresión” desde la teoría del derecho de Balkin y del “modus vivendi” de Gray.

La suma de estas consideraciones, encausan hacia la *conclusión según la cual*, la crítica a la providencia SU-420 de 2019 de la Corte Constitucional, desde la síntesis de las teorías de Balkin y Gray expuestas. Argumentando de este modo, que dicha regla jurisprudencial (por medio de la cual se establece la “*presunción de constitucionalidad*” del discurso ofensivo entre particulares en redes digitales) es a todas luces incompatible con las propuestas políticas-filosóficas que enmarcan el actual debate de regulación de la libertad de expresión. Una vez advertida esta deficiencia, adquirirá el objetivo crítico de la presente investigación.

Así, se reconocerá la anacronía del modelo de *libre mercado de ideas*, ya que fue construido a la par de fenómenos como la radio, el cine y la televisión. En otras palabras, el régimen de “*libre mercado de ideas*” se encontraría desactualizado a partir del desarrollo de tecnologías como el internet y las redes digitales, lo cual además también desatendería el

hecho incuestionable de que la conducta y el orden social están determinados por estos desarrollos tecnológicos, como lo evidencian teóricos como Miró Llinarés y Valiente Martínez.

De allí la relevancia de otros modelos sociales, opuestos al de *libre mercado de ideas*, principalmente el que Saba asocia a la *asamblea de ciudadanos*. Así en aplicación de los principios de realidad y notoriedad, introducidos por el fenómeno del internet y las redes digitales, y en desarrollo de los valores establecidos en el preámbulo de la Constitución, la Corte se debería vincular al debate que aquí reconstruimos desde la doctrina y la jurisprudencia, observando los peligros subyacentes que implica su compromiso con el modelo de *libre mercado de ideas* en el contexto de las nuevas tecnologías. Pues, según Roberto Saba, en la aplicación del régimen de *libre mercado de ideas* en la era del internet, se observa un riesgo producto del exceso de autonomía otorgado a los particulares en las redes digitales, y que en definitiva, invita a la regulación estatal, para que el Estado, en uso de la soberanía y del poder de policía, logre proteger los derechos de los particulares afectados por el discurso ofensivo en redes digitales, y en otro sentido, contribuya a fortalecer la democracia deliberativa en Colombia, para que exista una mayor calidad de intercambio de ideas, una comunicación más asertiva entre particulares y una conciencia axiológica en términos de comunicación.

Así las cosas y descendiendo a una solución concreta de la problemática expuesta, se presenta la sugerencia reflexiva, de que la Corte Constitucional modifique la regla jurisprudencial a través de otra “sentencia consolidadora” de línea jurisprudencial que también tenga la característica de ser “sentencia dominante”, para usar la categorización de los tipos de sentencias de la Corte Constitucional de López Medina. Declarando así, como automáticamente inconstitucional al discurso ofensivo entre particulares, lo cual sería pertinente, pues permitiría que la jurisprudencia constitucional en la materia se encamine como fuente de derecho a la construcción de una sociedad que implemente un “*modus vivendi*” democrático de libertad de expresión en la revolución web. En suma, para lograr la implementación de una “*cultura democrática de libertad de expresión*”, es necesario que la Corte Constitucional comulgue con la tesis Populista de libertad de expresión de Balkin. Es decir, que la regla jurisprudencial que allí se fije permee de valores al régimen jurídico de libertad de expresión, y si fuera el caso censure, o al menos reduzca, ese amplio margen de

libertad que se le otorga al discurso ofensivo *genérico* entre particulares en redes sociales en Colombia. En definitiva, la apuesta es lograr una regla jurisprudencial que reinterprete más estricta y restringida de los artículos 13 de la CIDH y el 20 superior constitucional, de cara a la *presunción de constitucionalidad* del discurso ofensivo *genérico* en Colombia, con el fin de que se modere o se declare inconstitucional en favor de los derechos lesionados o en riesgo de afectación de los usuarios de las redes digitales.

## CAPÍTULO 1

### 1.1. Introducción

Este capítulo tiene por objeto distinguir entre el discurso de odio *específico* y el discurso ofensivo *genérico*. Se parte desde aquí, pues la intención siempre ha sido determinar el impacto del discurso ofensivo *genérico* en los particulares afectados en redes digitales por el fenómeno de la *comunicación violenta en internet*. Empero, en el desarrollo de este trabajo fue evidente que la mayoría de la doctrina asimila o trata como equivalentes al discurso de odio *específico* y al ofensivo *genérico*. En consecuencia, la intención inicial radica en proponer una nueva categorización jurídica del fenómeno de la *comunicación violenta en internet* que muestre como existe una responsabilidad social, civil y penal, en tanto esas conductas digitales constituye un hecho jurídico notorio y relevante en la vida social, ya sea en lo relativo al discurso de odio *específico* y al *genérico*.

Para tal fin, de la mano de doctrinantes de derecho natural, tales como Kant, Nussbaum, De Montalvo Jáaskelainen, y Gross Espiell, se obtendrá el contenido material de la dignidad humana que le interesa a esta investigación. Por otra parte, desde la doctrina positiva, aparecen Jacks & Adler, Miró Llinares, Valiente Martínez, Valero Heredia, Nockelby, Parekh, Cortina Orts, y Martínez Torrón, quienes también son útiles para apreciar las condiciones emotivas (prejuicio y repugnancia) y comunicativas que deberían despertar el interés valorativo de los intérpretes jurídicos en sus providencias. Respecto a las semejanzas, se observará que ambos discursos tienen por objeto vulnerar la dignidad humana en virtud de las emociones que le acompañan, estas son: el prejuicio y a la repugnancia.

## 1.2. Relaciones y características del discurso ofensivo *genérico* y del discurso de odio *específico*

Francisco Valiente Martínez ha estudiado los *tuits* ofensivos en redes sociales, observando que no todos tienen cargas de odio. Frente al particular él ha expresado: “El estudio riguroso de los mensajes que puedan tildarse de ofensivos nos muestra rápidamente que existen distintas tipologías y que la mayoría no pueden considerarse discurso del odio”<sup>37</sup>. Esto demuestra la existencia del discurso ofensivo como una especificidad del discurso de odio. Por otra parte, Adela Cortina Orts se refirió a las críticas planteadas por la doctrina sobre el concepto “discurso de odio”. Al respecto mencionó: “El rótulo ‘discurso del odio’ ha recibido toda suerte de críticas: no necesita ser un discurso, puede ser un simple insulto o exabrupto, tampoco necesariamente ha de denotar odio, puede expresar otros sentimientos y emociones más débiles”<sup>38</sup>. Así las cosas, me permito sostener, a modo de síntesis, que el concepto de discurso ofensivo *genérico* se refiere al uso de expresiones peyorativas y soeces que no necesariamente implican odio porque no tiene como característica principal la posibilidad de expresar sentimientos o emociones que en general resultan lesivos, por más débiles que puedan ser. Esta distinción se apoya en el análisis de Cortina Orts y Valiente Martínez, quienes precisan las categorías de intensidad leve y media planteadas por Miró Llinarés las cuales desestimarían la *presunción de constitucionalidad* de dichas manifestaciones del discurso amparadas en la regla jurisprudencial fijada por la SU-420/19.

Respecto a la expresión de otros sentimientos o emociones diferentes al odio — que según Miró Llinarés también supone la *comunicación violenta*-- , coexisten fenómenos propios de la emotividad intersubjetiva, como por ejemplo, la animadversión, la malignidad, la malevolencia, la enemistad, la antipatía y el desprecio.

Ahora bien, abandonando la literatura científica en materia de discurso ofensivo *genérico*, me adentraré en la jurisprudencia de la Corte Constitucional para revisar sumariamente la definición y las características jurisprudenciales del discurso ofensivo *genérico* establecida en sentencia de tutela T-117 de 2018<sup>39</sup>, bajo los siguientes términos:

---

<sup>37</sup> *La democracia y el discurso del odio: límites constitucionales a la libertad de expresión* (Madrid: Dykinson, 2020), 88.

<sup>38</sup> «¿Cómo superar los conflictos entre el discurso del odio y la libertad de expresión en la construcción de una sociedad democrática?», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n.º 94 (2017): 88.

<sup>39</sup> Se procede a transcribir los antecedentes de la sentencia: La señora Gloria Patricia Mayorga Ariza interpuso acción de tutela el 21 de noviembre de 2016, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la honra,

“[...] la libertad de expresión no es un derecho que carece de límites, pues las frases injuriosas, que denoten falta de decoro, vejaciones, insultos, expresiones desproporcionadas y humillantes que evidencien una intención dañina y ofensiva, no con un fin legítimo, sino por el contrario difamatorio, parcial, erróneo, entre otros, no son cubiertas por la protección establecida en el artículo 20 de la Constitución”<sup>40</sup>.

Como la literalidad de esta providencia permite ver, el compromiso general que el Estado social de derecho adquiere con la defensa de la libertad prevé considerables límites a su ejercicio. Esto es una buena muestra del aporte realista que el trabajo de los juristas desarrolla en favor del “perfeccionamiento de la ley”. De manera que, como aquí se puede observar, lo que en principio equivale a un *ideal regulativo*, a saber, la libertad adquiere contenido positivo y práctico toda vez que la jurisprudencia define sus alcances y limitaciones.

De igual manera, en la providencia SU-420 de 2019 <sup>41</sup>el discurso ofensivo es entendido por la Corte Constitucional como “aquel discurso que utiliza la difamación, el denuedo, la grosería, la falta de decoro y la descalificación”. Una vez más, esto concuerda con los aportes que la doctrina de Cortina Orts, Valiente Martínez y Miró Llinares, entre otros, han establecido desde sus respectivas exegéticas del fenómeno en cuestión.

Se suman al análisis del discurso de odio, otra serie de teóricos que perciben la necesidad de establecer de manera clara y distinta las diversas manifestaciones de los

---

al buen nombre, a la intimidad y a la buena imagen, por parte: (i) del señor Aldemar Solano Peña, quien publicó en un blog personal, compartido en la red social de Facebook, un escrito mediante el cual señala ciertas denuncias que considera injuriosas y calumniosas, y (ii) de la señora Nasly Johana Huertas, quien participó en el muro de Facebook de dicha publicación, utilizando expresiones que estima van en contra de sus derechos fundamentales. Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia T-117/18».

<sup>40</sup> Corte Constitucional de Colombia.

<sup>41</sup> Los hechos de la providencia SU-420 de 2019 se describen a continuación, tal como el emisor de esta opinión lo escribió en su muro de Facebook: “SEÑOR [RMM] ¿A USTED NO LE DA PENA QUE SE SEPA QUE ES UN RATERO? (DENÚNCIEME) ¿CÓMO ANDA DE LOMOTIL Y DIAZEPÁN?”; “SAYCO ES UN ANTRO DE CORRUPCIÓN: NI RECAUDA NI DISTRIBUYE COMO LO EXIGE LA LEY Y LA DECISIÓN ANDINA. ROBA COMO LO ORDENA [RMM]”; “SEÑOR [RMM], ¿HASTA CUÁNDO VA A SEGUIR CON SUS DELITOS? ¿HASTA CUÁNDO VA A SEGUIR ROBÁNDOLES A UNOS SOCIOS SUS SAGRADOS DERECHOS DE AUTOR PARA REGALÁRSELOS A SUS AMIGOS? ¡Y NO SON TRES PESOS! ¡SON MILLONES! ¡MISERABLE!”; “[RMM] ES UNA DESHONRA PARA SU PROFESIÓN Y PARA EL NOTARIADO. LO RETO A UN DEBATE PARA PROBARSELO”; “[RMM] y el resto de la administración de Sayco, en compañía de la DNDA, conforman la MAFIA MÁS GRANDE DE COLOMBIA”; “IMPOSIBLE REUNIR A TANTOS CORRUPTOS Y DELINCUENTES, COMO LOS QUE GIRAN ALREDEDOR DE [RMM] EN SAYCO. (DENÚNCIENME)”;

“LA ADMINISTRACIÓN DE SAYCO ES UN COMPENDIO DE RATEROS, DELINCUENTES, CORRUPTOS (DENÚNCIENME)”;

“Voy a demostrar que [RMM] y otros de la administración son hampones. Parte de las pruebas me las dio la Contraloría” Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia SU-420/19»..

discursos de odio y ofensivos, ya que, a pesar de que se distinguen sustancialmente, también es cierto que permanentemente se cruzan en su práctica cotidiana en ámbitos sociales. Entre tales conductas están prácticas discriminatorias, expresiones de matoneo y otras clases de *comunicación violenta* como las que, hoy por hoy, con mucha frecuencia tienen lugar en medios digitales. Como a continuación se verá, las relaciones entre una y otra forma del discurso no deberían descuidar las implicaciones jurídicas, y acaso judiciales, que suponen al momento de vulnerar o atentar contra la integridad de los particulares.

Díaz Soto ha sostenido que “el rasgo definido del discurso del odio es su capacidad de atentar contra la dignidad humana”<sup>42</sup>. En igual sentido se ha pronunciado Valiente Martínez: “El termino odio, tan comúnmente usado, adopta connotaciones muy específicas que requieren toda una serie de matizaciones cuando se estudian sus implicaciones jurídicas”<sup>43</sup>

Para Valero Heredia, el término *hate speech* “hace referencia a aquellas expresiones, en cualquier formato, dirigidas contra grupos humanos que han sido históricamente discriminados”<sup>44</sup>. Adicionalmente, Nockelby concibe el discurso del odio como “toda manifestación que ataque a una persona o colectivo sobre la base de atributos tales como el género, el origen étnico, la religión, la raza, alguna discapacidad o la orientación sexual”<sup>45</sup>.

Por su parte, Parekh explica que “los principales textos internacionales, sobre el discurso del odio señalan que éste ha de reunir tres características básicas: primero, dirigirse contra un determinado grupo de personas fácilmente delimitable y no contra la sociedad en sí; en segundo lugar, articular un mensaje denigratorio hacia dicho colectivo, bien partiendo de acciones concretas que se generalizan o bien directamente con una acusación global; y en tercer lugar, argumentar que, precisamente por lo antes expuesto, el grupo en sí no puede ser considerado «normal», hasta el punto de plantear que no podrá convivir con ellos de forma pacífica, próspera y estable”<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> «Una aproximación al concepto de discurso del odio», *Revista Derecho del Estado*, n.º 34 (enero de 2015): 77, <https://doi.org/10.18601/01229893.n34.05>.

<sup>43</sup> Valiente Martínez, *La democracia y el discurso del odio*, 37.

<sup>44</sup> «Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 110 (7 de agosto de 2017): 305, <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.110.11>.

<sup>45</sup> John T Nockleby, «Hate Speech», en *Encyclopedia of the American Constitution*, 2.ª ed. (Macmillan, 2000), 1277-79.

<sup>46</sup> Bhikhu Parekh, «Is There a Case for Banning Hate Speech?», en *The Content and Context of Hate Speech*, 2012, 37, <https://doi.org/10.1017/CBO9781139042871.006>.

Respecto de las características principales del discurso de odio, se observan las siguientes: la irracionalidad del contenido del mensaje, la intolerancia y la malicia del emisor. La absoluta ausencia de consideración y respeto, la intención por parte del emisor de apartar a un individuo o individuos (receptor(es)) de sus derechos frente a los ojos de la sociedad y la materialización de efectos dañinos en la honra y reputación de los receptores de esta clase de discursos. Los afectados merecen la mayor atención social y legal, toda vez que, como advierte Cortina Orts “el discurso tiene la capacidad de dañar por sí mismo<sup>47</sup>”. En palabras de Adela Cortina Orts: “Teniendo en cuenta que una acción comunicativa es un acto de habla, como bien han mostrado autores como Austin, Searle, Apel o Habermas, el discurso es una acción con capacidad de dañar por sí mismo, hablar es actuar. Independientemente de que con el habla se incite a realizar una acción violenta, el discurso es una acción diferente de la agresión posterior, aunque en este caso esté estrechamente ligada a él por pretender legitimarlo, y puede ser por sí mismo dañino<sup>48</sup>”.

Lo cual es argumentado por Cortina en las siguientes palabras: “[...] en principio, el discurso se dirige contra un individuo, pero no porque ese individuo haya causado daño alguno al hablante, sino porque goza de un rasgo que le incluye en un determinado colectivo. Este requisito diferencia a los discursos y delitos del odio de otras violaciones, porque las víctimas no se seleccionan por ser quienes son personalmente, sino por el colectivo del que forman parte; por eso cada una podría ser intercambiada por otra del grupo con la que comparte la característica hacia la que se dirigen la intolerancia y el rechazo del agresor<sup>49</sup>”.

Adicionalmente, la doctrina jurídica se ha preocupado por establecer qué clases de discursos pueden comprender la *categoría genérica* de los discursos de odio. En palabras de Valiente Martínez estos son: “el discurso homofóbico, el discurso xenófobo, el discurso antirreligioso, el discurso de aporofobia, el discurso discriminatorio a personas con discapacidad, el discurso misógino, y el discurso ideológico<sup>50</sup>”.

De esta caracterización se deriva la concepción que la Corte Constitucional Colombiana ha elaborado respecto del discurso de odio en materia jurisprudencial.

---

<sup>47</sup> Cortina Orts, «¿Cómo superar los conflictos entre el discurso del odio y la libertad de expresión en la construcción de una sociedad democrática?», 81.

<sup>48</sup> Cortina Orts, 81.

<sup>49</sup> Cortina Orts, 81.

<sup>50</sup> Valiente Martínez, *La democracia y el discurso del odio*, 2020.

Así, en la providencia SU-355/19<sup>51</sup> se establece el concepto de discurso de odio en estos términos: “Se trata de un mensaje oral, escrito o simbólico que excede la simple emisión de una palabra u opinión, el cual es dirigido contra personas o grupos que han sido sistemáticamente discriminados y que es capaz de producir un daño”<sup>52</sup>

De igual forma, la Corte Constitucional en la providencia SU-420 de 2019 contempla al discurso de odio dentro de los discursos prohibidos por la Constitución; estos son: “i) la propaganda a favor de la guerra; ii) la incitación al terrorismo; iii) la apología del odio nacional, racial, religioso o de otro tipo de odio que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad, la violencia contra cualquier persona o grupo de personas por cualquier motivo (modo de expresión que cobija las categorías conocidas comúnmente como discurso del odio, discurso discriminatorio, apología del delito y apología de la violencia); iv) la pornografía infantil; y v) la incitación directa y pública a cometer genocidio”<sup>53</sup>.

Ahora veamos las similitudes y las diferencias entre el discurso ofensivo *genérico* y el discurso de odio *específico* los cuales en su conjunto engloban al fenómeno de la *comunicación violenta* en internet.

### **1.3. Diferencias y similitudes del discurso ofensivo *genérico* y del discurso de odio *específico***

Iniciando de primera mano con las diferencias, partiendo de las definiciones del discurso ofensivo y del discurso de odio, previamente analizadas, y establecidas por parte de la doctrina y de la Corte Constitucional de Colombia, resultan más que evidente las divergencias entre estos dos discursos. En términos generales, la concepción clásica de la doctrina es que el discurso de odio va dirigido generalmente contra un grupo históricamente discriminado, con cargas de emociones de prejuicio y repugnancia de alta intensidad en términos de violencia. Mientras que el discurso ofensivo es un discurso de media o de baja intensidad conducido generalmente contra un particular singular.

---

<sup>51</sup> Procedo a detallar los hechos expuestos en la providencia SU-355/19: El 20 de marzo de 2018, la periodista María Ángela Urbina Castilla publicó, en el canal de YouTube “Las Igualadas”, un video titulado “*Kika Nieto odia a gays y lesbianas así diga lo contrario*” en el que se profieren acusaciones injuriosas y difamatorias en su contra, tales como “*la youtuber Kika Nieto es homofóbica, promueve la discriminación y la violencia física en contra de la comunidad LGBTQ*”. Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia SU-355/19», M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, 6 de agosto de 2019, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU355-19.htm>.

<sup>52</sup> Corte Constitucional de Colombia.

<sup>53</sup> Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia SU-420/19».

No obstante, se observan diferenciaciones en la jurisprudencia constitucional entre la singularidad del discurso ofensivo y la pluralidad del discurso de odio desde la óptica de los receptores afectados, que como se verá, incluso han tenido efectos diferentes en las providencias. En este sentido únicamente busco mencionar a modo de introducción que para el discurso ofensivo la Corte ha establecido la regla jurisprudencial de la *presunción de constitucionalidad*, mientras que para el discurso de odio ha establecido la regla jurisprudencial de la presunción de inconstitucionalidad, o en palabras de la Corte de que aquel discurso “no se encuentra protegido por la libertad de expresión”. Sin embargo, abordaré esto en el segundo capítulo.

Por otra parte, en atención a las similitudes que también permiten evidenciar el núcleo común compartido entre el discurso ofensivo *genérico* y el discurso de odio *específico*, se observa que del análisis de las definiciones jurisprudenciales de la Corte Constitucional expuestas en líneas anteriores, se percibe del estudio jurisprudencial de la SU-355 de 2018 y de la T-117 de 2018 una interpretación asociativa entre estos dos tipos de discursos (ofensivo *genérico* y de odio *específico*), por parte de los magistrados constitucionales pues en las *ratios decidendi* y en las consideraciones de la Corte, ambos comparten como consecuencia el carácter lesivo para el receptor.

Adicionalmente, considero pertinente mencionar que tanto el discurso ofensivo *genérico* como el discurso de odio *específico* son actos jurídicos unilaterales, los cuales tienen por objeto atacar la reputación de otros. En este punto sea importante considerar, que ambos discursos vulneran innegablemente el derecho fundamental a la dignidad humana en cabeza del particular ofendido. Al respecto, valga tener en cuenta los postulados de Habermas quien plantea que: “la dignidad no es un señuelo tras el que se esconde una multiplicidad de diferentes fenómenos, sino la fuente moral de la que se nutren los contenidos de todos los derechos fundamentales”<sup>54</sup>. Así las cosas, se justifica necesariamente definir en este punto, el concepto de dignidad humana que tiene esta investigación.

---

<sup>54</sup> Jürgen Habermas, «La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos», Anales de la Cátedra Francisco Suárez 44 (11 de diciembre de 2010): 105, <https://doi.org/10.30827/acfs.v44i0.501>.

### *1.3.1. La vulneración a la Dignidad humana, en virtud de las emociones: prejuicio y repugnancia*

#### *1.3.1.1. La definición y el contenido de la Dignidad Humana*

La providencia C-521/98 de la Corte Constitucional, se refiere de la dignidad humana como un principio superior y como un derecho fundamental : “El reconocimiento superior de la dignidad como principio fundante de nuestro ordenamiento constitucional, “exige un trato especial para el individuo, de tal forma que la persona se constituye en un fin para el Estado que vincula y legitima a todos los poderes públicos, en especial al juez, que en su función hermenéutica debe convertir este principio en un parámetro interpretativo de todas las normas del ordenamiento jurídico”<sup>55</sup>. Es así como la dignidad humana “es en verdad principio fundante del Estado (CP art.1). Más que derecho en sí mismo, la dignidad es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución”<sup>56</sup>.

De esta forma, los efectos de esta definición del principio y derecho a la dignidad humana implica para los funcionarios judiciales un deber interpretativo, bajo el entendido que “dentro de la perspectiva anotada la Corte de manera reiterada ha señalado que el reconocimiento superior de la dignidad como principio fundante de nuestro ordenamiento constitucional, exige un trato especial para el individuo, de tal forma que la persona se constituye en un fin para el Estado que vincula y legitima a todos los poderes públicos, en especial al juez, que en su función hermenéutica debe convertir este principio en un parámetro interpretativo de todas las normas del ordenamiento jurídico”<sup>57</sup>.

Ya vista la definición jurisprudencial, ahora se pretende hacer hincapié en la definición doctrinal de dignidad humana. Así, los aportes de Habermas, De Montalvo Jáaskelainen, y Gross Espiell, nutren desde el ámbito de la filosofía del derecho, el grueso de los principios y valores contenidos en el derecho a la dignidad humana que pretendo resaltar en esta investigación. Lo anterior, bajo la perspectiva que pretenda implementar el modelo

---

<sup>55</sup> Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia C-521/98», *M.P. Antonio Barrera Carbonell*, 23 de septiembre de 1998, [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-521-98.htm#\\_ftn1](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-521-98.htm#_ftn1).

<sup>56</sup> Corte Constitucional de Colombia.

<sup>57</sup> Corte Constitucional de Colombia.

de *modus vivendi* en la construcción de una sociedad democrática de libertad de expresión en redes digitales.

Al respecto, Habermas define la dignidad humana como “la fuente moral de la que se nutren los contenidos de todos los derechos fundamentales”<sup>58</sup>. Por su parte, busca responder al interrogante ¿Qué es la dignidad? De este modo, recoge como respuesta la formulación Kantiana que plantea una concepción de la idea de dignidad preguntándose si ¿la dignidad es cuantificable? “Dignidad es lo contrario de precio, es decir, el precio es cuantificable, las cosas tienen precio, mientras que las personas tienen una dignidad que no admite categorías, diferencias o tasaciones económicas, pues todas las personas tienen el mismo grado de dignidad”<sup>59</sup>.

Según este doctrinante, en la teoría de Kant existen dos escenarios de dignidad humana “horizontal, pues es igual para todos los seres humanos, y vertical, que nos coloca por encima del resto de seres vivos”<sup>60</sup>. Desde mi perspectiva, los imperativos categóricos de Kant y sus fundamentos de ética Kantiana son el eje inquebrantable de interpretación de cualquier modelo filosófico que persiga la implementación de derechos sostenidos por valores y principios, como es el caso del sistema jurídico colombiano.

Con el objeto de referirme a una noción moderna de dignidad, considero relevante traer a colación el concepto de dignidad humana de Sandoval Sarrias. De este modo, siguiendo a este doctrinante, es a partir de la Declaración de los Derechos Humanos de 1948 que se refuerza la idea de dignidad, a partir del horror experimentado de la Segunda Guerra Mundial. “La dignidad, en esta línea, representa una expresión del respeto y valor que debe otorgarse al ser humano en virtud de su condición humana, cimenta además las bases de la convivencia y se articula estrechamente a la noción de Derechos Humanos”<sup>61</sup>.

Sandoval Sarrias inicia su trabajo refiriéndose nuevamente a Kant, pues al parecer, el pensamiento de este último en materia de dignidad se encuentra vigente aún en nuestros días. Así las cosas, desde la óptica de Kant, “la dignidad es el valor fundamental que no se puede

---

<sup>58</sup> Habermas, «La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos», 105.

<sup>59</sup> Habermas, 105.

<sup>60</sup> Habermas, 105.

<sup>61</sup> Andrés Sandoval Sarrias, «La noción de dignidad humana en la Corte Constitucional Colombiana. Una mirada alternativa desde Martha Nussbaum», *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia* 2, n.º 4 (2016): 17, <https://doi.org/10.32870/dgedj.v0i4.1>.

negociar al ser el fundamento de los demás valores que constituyen la vida humana”<sup>62</sup>. De este modo, y en cuanto al concepto de dignidad humana que plantea Sandoval Sarrias, es claro que se fundamenta en Kant en los siguientes términos:

Para el pensador alemán “la dignidad” es el atributo de un ser racional que no obedece a ninguna otra ley que la que él mismo se da”. Es así como “la autonomía es el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana o de toda naturaleza racional” que debe ser respetada y cuyo peso moral se rige por el imperativo categórico “obra de tal modo que te relaciones con la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como un fin y no como un medio”. La dignidad entonces constituye la razón fundamental por la que la vida humana se equipara en valor, obligando moralmente a los hombres a consolidar las bases del autorrespeto y el respeto a los demás<sup>63</sup>.

No obstante, Kant no es el único referente para determinar el concepto moderno de dignidad humana. Para Sandoval Sarrias, posiblemente, esto se deba a que el tiempo vital de Kant es desde los años 1724 a 1804. De esta manera, ¿cómo podría componer el pensamiento de Kant un concepto moderno de dignidad?

Pues bien, Sandoval Sarrias complementa el concepto de dignidad valiéndose de Peces-Barba en el siguiente sentido: “La idea de dignidad humana, para su realización a través de la vida social, es inseparable de la condición humana, se plasma en esos cuatro valores, cuyo núcleo esencial lo ocupa la libertad, matizada y perfilada por la igualdad y la solidaridad, en un contexto de seguridad jurídica”<sup>64</sup>.

Finalmente, Sandoval Sarrias también se vale del pensamiento de Stix-Hackl C., con la intención de terminar de construir el marco teórico, de lo que en su criterio es el concepto de dignidad humana modernista. “La dignidad humana se constituye como el sustrato y el punto de partida de todos los derechos humanos que se diferencian a partir de ella, y a la vez actúa como un punto de vista que da perspectiva a los diferentes derechos humanos lo que permite entenderlos e interpretarlos”<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> Sandoval Sarrias, 17.

<sup>63</sup> Sandoval Sarrias, 17.

<sup>64</sup> Gregorio Peces-Barba Martínez, «La dignidad humana», en *Los desafíos de los derechos humanos hoy*, de Asís Roig, Rafael (Dykinson, 2007), 157, <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/16006>.

<sup>65</sup> Sandoval Sarrias, «La noción de dignidad humana en la Corte Constitucional Colombiana. Una mirada alternativa desde Martha Nussbaum», 17.

Empero, es más fácil comprender el verdadero alcance de este concepto partiendo de su antónimo: la indignidad. Para la real academia española lo indigno es inferior a la calidad y mérito de alguien o no corresponde a sus circunstancias<sup>66</sup>, en otras palabras, se es indigno si no se es merecedor de algo que se tiene o se expresa.

Desde la definición de indignidad, resultaría fácil identificar la existencia de una conducta indigna. Precisamente porque un acto o conducta indigna es inferior a la calidad o mérito de alguien. “La dignidad es una característica tan propia de la condición humana que su relevancia sólo se entiende plenamente cuando existe una privación de la misma o cuando sufre un menoscabo”<sup>67</sup>.

Asimismo, Gross Espiell plantea una visión dual de dignidad Humana. En palabras de Gross Espiell: “es imperativo distinguir entre la dignidad intrínseca o inherente, que pertenece necesaria e ineludiblemente a todo ser humano, y la dignidad que puede darse o no en la conducta de un ser humano”<sup>68</sup>.

Deteniendo la marcha para analizar el aporte de Gross Espiell, desde mi perspectiva se podría trasladar su concepto de “dignidad intrínseca” al régimen legal colombiano de la siguiente manera: por una parte, se demuestra por la garantía constitucional de otorgarle rango constitucional a la dignidad humana. Por otro parte, frente a la dignidad conductual, puedo interpretar que se aplicaría al desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad en términos ius-filosóficos. Es decir, que un ciudadano particular tiene la opción de escoger, en desarrollo de su voluntad, si quiere actuar con dignidad o indignidad frente a otros particulares, *verbi gratia* bajo el supuesto del discurso ofensivo entre particulares para el caso colombiano.

No obstante, surge una cuestión relativa a determinar ¿por qué se produce la indignidad como producto del discurso ofensivo entre particulares? Pienso que al respecto resultaría valioso remitirse a la teoría de Nussbaum de cara a los conceptos que resaltan en su pensamiento sobre la repugnancia, y de Allport frente al prejuicio. Lo anterior podría funcionar para explicar el porqué de la comisión de una conducta indigna entre particulares.

---

<sup>66</sup> RAE, «indigno, indigna», «Diccionario de la lengua española» - Edición del Tricentenario, 2022, <https://dle.rae.es/indigno>.

<sup>67</sup> Valiente Martínez, *La democracia y el discurso del odio*, 45.

<sup>68</sup> Héctor Gros Espiell, «La dignidad humana en los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos», *Anuario de derechos humanos*, n.º 4 (2003): 193-224.

En estricto sentido, los conceptos de repugnancia y de prejuicio permitirían entender el contexto, esto es, el entorno por medio del cual se justificaría desde la óptica del emisor, la producción emotiva de un discurso ofensivo entre particulares. Es de esta manera como se advierte, que otra de las similitudes de que existen entre el discurso ofensivo *genérico* y el discurso de odio *específico*, es que ambos nacen a partir de la repugnancia y del prejuicio del emisor. Pero ¿qué es la repugnancia? Y ¿qué es el prejuicio social?

### *1.3.1.2. La indignidad como producto de las emociones de prejuicio y repugnancia*

En primer lugar, la repugnancia es una poderosa emoción para la mayoría de los seres humanos. Según el diccionario de la Real Academia Española, esta se define como la “Aversión que se siente o resistencia que se opone a consentir o hacer algo”<sup>69</sup>. Así las cosas, lo interesante del pensamiento de Nussbaum es que establece la definición de repugnancia como producto de una convención social: “La manera en que disponemos de ciertas sustancias animales repulsivas, como las heces, los cadáveres y la carne podrida son penetrantes fuentes de nuestras convenciones sociales. Y la mayoría de las sociedades enseñan a eludir ciertos grupos de personas físicamente repugnantes, portadores de una contaminación que los elementos respetables de la sociedad deben mantener a raya”<sup>70</sup>.

Por su parte, Guzmán Gonzalez, en su trabajo “*Repugnancia y vergüenza: dos emociones para pensar la propuesta educativa de Martha Nussbaum*”, resalta la importancia de las consideraciones psicosociales de manifestaciones de violencia y odio, en estos términos: “el objetivo fundamental de análisis del que debe partir cualquier reflexión que pretenda evaluar los matices del comportamiento humano en sociedad y los métodos de educación de los ciudadanos”<sup>71</sup>.

En síntesis, para Guzmán de la reflexión de Nussbaum se infiere que: “existe la posibilidad de detectar el papel que juegan las emociones, en este caso particular la

---

<sup>69</sup> RAE, «repugnancia», «Diccionario de la lengua española» - Edición del Tricentenario, 2022, <https://dle.rae.es/repugnancia>.

<sup>70</sup> Saba et al., *Libertad de expresión*, 90.

<sup>71</sup> María Carolina Guzmán González, «Repugnancia y vergüenza : dos emociones para pensar la propuesta educativa de Martha Nussbaum» (Pontificia Universidad Javeriana, 2016), 14, <http://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/19567>.

repugnancia y la vergüenza, en nuestra vida cotidiana, imaginario social y práctica educativa”<sup>72</sup>.

Así mismo, Guzmán Gonzalez reafirma la idea de Nussbaum en cuanto a la necesidad de educar los sentimientos morales y las emociones humanas, teniendo en cuenta su función dentro de la sociedad y la democracia, pues, como resulta evidente, las emociones tienen un papel fundamental en el desarrollo de los procesos sociales. Así, para Nussbaum socialmente habría un problema relacionado con la educación en general que hace de la intolerancia y la discriminación productos de la repugnancia entre las personas que conforman un conglomerado social. En estos términos lo plantea Guzmán: “Siguiendo la línea de pensamiento de Nussbaum, nos proponemos llamar la atención sobre el estudio de la educación de los sentimientos morales, las emociones humanas y su función en la vida pública, la sostenibilidad de la democracia y la configuración de los procesos sociales además de la necesidad de replantear conceptos y métodos en la educación que hasta ahora no han dado el resultado esperado”<sup>73</sup>.

Con esto se resalta una vez más la idea de la construcción de un plan educativo para atacar la intolerancia social. En su reflexión, parece ser que el miedo de limitar la libertad de expresión para atacar la intolerancia social es lo que impide arribar a la posibilidad de concretar dicha reforma educativa: “Parece ser, apunta Martha Nussbaum, buscando las razones de esta limitación, que existe un temor por parte de los filósofos del liberalismo político a la hora de proponer un plan educativo que contribuya al enfrentamiento efectivo de la intolerancia; y esto se debe, posiblemente, a que “recetando cualquier tipo concreto de cultivación emocional, estos sentían que podían incurrir fácilmente en una limitación de la libertad de expresión o en otras medidas incompatibles con las ideas liberales de libertad y autonomía”<sup>74</sup>.

De acuerdo con lo expuesto hasta aquí, resulta necesario superar el miedo que embarga a los funcionarios judiciales y legislativos de cara a cualquier ordenamiento jurídico, con el objetivo de que se abandone la concepción de que cualquier limitación a la autonomía y a la libertad – incluyendo a la libertad de expresión- es negativa y por demás improcedente. Pues, desde esta perspectiva, los veloces y masivos medios de comunicación, en nuestros

---

<sup>72</sup> Guzmán González, 14.

<sup>73</sup> Guzmán González, 8.

<sup>74</sup> Guzmán González, 16.

tiempos, cada vez evidenciarían más la necesidad de aumentar la protección del conglomerado social, supuesto tanto de la democracia deliberativa como en la metáfora *asamblea de ciudadanos*, comoquiera que la intolerancia y la discriminación fruto de la emoción de la repugnancia aparece de la manera más repetitiva y cotidiana posible<sup>75</sup>. Tal como puede evidenciarse, por ejemplo en el estudio de campo elaborado por Miró Llinarés “taxonomía de la comunicación violenta”.

Por su parte, al analizar el pensamiento de Nussbaum y de Allport, Londoño Tamayo plantea que tanto la repugnancia como el prejuicio tienen relevancia social. Propone el concepto de *relevancia social* de las implicaciones sociales, éticas y políticas de las emociones de repugnancia y prejuicio, las cuales consisten en que “son respuestas a la idea de vulnerabilidad a los daños y perjuicios”<sup>76</sup>.

De este modo, las emociones de repugnancia y prejuicio le interesan al derecho pues hacen parte de una cotidianidad jurídica como procedo a explicar: “en el ámbito del derecho, explica Nussbaum, las implicancias sociales, éticas y políticas de las emociones adquieren una relevancia capital”<sup>77</sup>.

Como quiera, estas emociones son absolutamente humanas en un sentido natural. Es decir, la repugnancia y el prejuicio son tan normales en los seres humanos, como lo serían los actos de respirar, pensar, o hablar. Lo importante acá, es lograr determinar ¿qué relevancia tiene para el mundo jurídico la repugnancia y el prejuicio? ¿Le interesan al derecho estas emociones?

Pues bien, para Tamayo Londoño, la respuesta es afirmativa, para este último, las emociones y en general, la repugnancia y el prejuicio aparentemente serían tenidas en cuenta por los sistemas jurídicos cuando menciona que “de manera que es factible establecer que el recurso a las emociones es ineludible en la cotidianidad jurídica. Adicionalmente, la inevitabilidad del apelo a las emociones se ve reforzada por la razonabilidad que las leyes les

---

<sup>75</sup> Martha Nussbaum, *El ocultamiento de lo humano: repugnancia, vergüenza y ley*, 1a. ed., 1a. reimpr. (Madrid: Katz, 2012), 50.

<sup>76</sup> Santiago Londoño Tamayo, «Breve descripción de algunos de los nexos teóricos existentes entre el concepto de repugnancia proyectiva de Martha Nussbaum y el concepto de prejuicio de Gordon Allport», *Kalibán. Revista de Estudiantes de Sociología*, n.º 2 (1 de julio de 2014): 60, <https://revistas.udea.edu.co/index.php/revistakaliban/article/view/25909>.

<sup>77</sup> Londoño Tamayo, 60.

reconocen a algunas de ellas”<sup>78</sup>, lo que equivale a suponer que las emociones le interesan al derecho.

Ahora bien, en atención al concepto de prejuicio de Allport, Londoño Tamayo sostiene que se entrelaza con la definición de repugnancia de Nussbaum. Pues según él, presentan rasgos comunes tanto en la estructura cognitiva como en la dinámica social: “El prejuicio y la repugnancia presentan algunos rasgos comunes en su dinámica social y en su estructura cognitiva. Para identificar algunas de las similitudes compartidas por estos dos fenómenos, es preciso analizar, no sin cierto laconismo, los principales planteamientos del psicólogo Gordon Allport a propósito del prejuicio. Este autor analiza sistemáticamente los componentes psíquicos y sociales que intervienen en la formación y propagación del prejuicio, ofreciendo numerosas hipótesis al respecto”<sup>79</sup>.

Frente al contenido del prejuicio, Londoño Tamayo sostiene que Allport se refiere en estricto sentido a este último “como una antipatía —o menos frecuentemente como una simpatía— sustentada en una generalización imperfecta, excesiva e inflexible acerca de un grupo o una situación en general”<sup>80</sup>.

Londoño Tamayo también se refiere a los elementos esenciales del prejuicio según Allport, los cuales son la creencia y la actitud. Según la teoría de la causalidad adecuada, dichos elementos son determinantes para que se produzca el prejuicio en una persona o situación determinada: “La primera consiste en una generalización excesiva y, por consiguiente, errónea acerca de un grupo o una situación. Si es confrontada con evidencias que la objetan, una creencia puede ser modificada exitosamente. La actitud, en cambio, es la parte del prejuicio cuya modificación es más dificultosa, debido a que muchas veces permanece inalterable frente a la sustitución de la creencia con la cual se enlaza”<sup>81</sup>.

Consecuentemente, Londoño Tamayo explica la tesis de Allport según la cual “el hombre tiene una propensión al prejuicio”<sup>82</sup> Esta propensión, cuando se junta con la repugnancia, implica como consecuencia de hecho una lesión del derecho fundamental a la dignidad del receptor del discurso ofensivo entre particulares. En otras palabras, el prejuicio

---

<sup>78</sup> Londoño Tamayo, 60.

<sup>79</sup> Londoño Tamayo, 64.

<sup>80</sup> Londoño Tamayo, 65.

<sup>81</sup> Londoño Tamayo, 65.

<sup>82</sup> Londoño Tamayo, 65.

es no solo una emoción, sino también una predisposición o una prevención injustificada. Según el teórico: “Esta propensión radica en su tendencia normal y natural a formar generalizaciones, conceptos, categorías, cuyo contenido representa una simplificación excesiva de su mundo de experiencias. Sus categorías racionales se atienen a la experiencia directa, pero puede también formar con la misma facilidad categorías irracionales. Éstas pueden carecer de todo fundamento real, y se forman totalmente en base a rumores, proyecciones emocionales y fantasías. Un tipo de categorización que nos predispone especialmente a adoptar prejuicios injustificados lo constituyen nuestros valores personales”<sup>83</sup>.

En cuanto a los efectos del prejuicio, se destacan la marginalización y la subyugación de grupos e individuos, que plantea Londoño Tamayo. Pues la consecuencia del prejuicio “tiende a ubicar injustificadamente a su objeto en una posición desventajosa”<sup>84</sup>.

De ahí que su efectividad como medio para la marginalización y la subyugación de grupos e individuos haya sido, hasta ahora, incuestionable (este es un rasgo netamente jerarquizante del prejuicio, observado también en la repugnancia proyectiva). Es precisamente mediante la definición de exogrupos —unidades y categorías sociales con las que un individuo no se siente identificado o de las que no forma parte— que el prejuicio puede procurarse un objeto sobre el cual descargar todo su contenido, quedando como tarea a las instituciones y a los cuerpos sociales (entre ellos, la familia y el Estado) su preservación y su propagación generacional<sup>85</sup>.

La suma de las recientes consideraciones da lugar a este colofón: tanto la repugnancia como el prejuicio son emociones que una persona particular siente como motivo para lesionar la dignidad humana. Para el régimen constitucional colombiano la dignidad es un derecho inquebrantable, un valor insuperable y un fin último desde cualquier punto de vista. Tan evidente es esta afirmación o principio que la dignidad humana se encuentra contenida en el artículo 1° de la Constitución así: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el

---

<sup>83</sup> Gordon W. Allport, *La naturaleza del prejuicio* (Eudeba, 1977), 43.

<sup>84</sup> Londoño Tamayo, «Breve descripción de algunos de los nexos teóricos existentes entre el concepto de repugnancia proyectiva de Martha Nussbaum y el concepto de prejuicio de Gordon Allport», 66.

<sup>85</sup> Londoño Tamayo, 66.

trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general<sup>86</sup>. (Subrayado fuera del texto original).

Pues bien, de conformidad con lo expuesto, puede afirmarse que tanto el discurso ofensivo *genérico* como el discurso de odio *específico* lesionan la dignidad humana. Justamente, en este contexto es que pretendo justificar en el cuarto capítulo del presente escrito la necesidad de implementar la teoría del *modus vivendi* de John Gray, aplicando esta concepción al ámbito democrático de libertad de expresión.

Así las cosas, el discurso ofensivo *genérico* entre particulares proviene de las emociones repugnancia<sup>87</sup>, prejuicio<sup>88</sup> Dicho lo anterior, en el capítulo tercero se analizará un caso en concreto en el cual de los hechos se desprenden esas emociones de repugnancia y de prejuicio fundamentadas en un ataque contra la dignidad.

Los aportes del derecho natural sobre la dignidad han fortalecido el ideal de la libertad de expresión. Pero también es cierto que, el amplio espectro interpretativo que le es propio al ideal de libertad, hace necesarias algunas limitaciones conceptuales y normativas que permitan aplicar en la práctica (social, política, económica...) la libertad sin que vaya en detrimento de los derechos individuales y colectivos, pues en los tiempos corrientes se ha hecho notable el aumento de la intolerancia y la discriminación, justamente por el desarrollo de las emociones humanas aquí descritas. Así, justifico la elección de las doctrinas naturales bajo el entendimiento de que la concepción de dignidad humana en el derecho positivo nacional no tiene un peso jurídico definitivo en aquellos casos que implica el ejercicio de la libertad de expresión. Esto es, porque a pesar de ser la dignidad humana, tanto un principio como un derecho de rango constitucional, en el caso que nos ocupa (la *comunicación violenta* en redes digitales entre particulares), la dignidad en sentido material se sacrificaría de cara a los intereses del receptor agraviado, dado el carácter superlativo de la libertad de expresión en el *régimen de libre mercado de ideas*.

Valga mencionar que esta situación particular tiene un antecedente relevante, esto es la Alemania Nazi desde mediados del siglo XX. En dicho escenario, el prejuicio y la

---

<sup>86</sup> República de Colombia, *Constitución Política de Colombia*, Legis S.A., 1991.

<sup>87</sup>RAE, «repugnancia». 2. f. Tedio, aversión a alguien o algo.

<sup>88</sup> RAE, «Prejuicio», s. f., <https://dle.rae.es/prejuicio?m=form>. 1. m. Acción y efecto de prejuzgar. 2. m. Opinión previa y tenaz, por lo general desfavorable, acerca de algo que se conoce mal.

repugnancia llegaron a justificar las conductas más aberrantes que se hayan documentado en relación con los crímenes contra la humanidad que fueron consumados por el discurso de odio. Dicho precedente discriminatorio se mantiene aún en el siglo XXI, por ejemplo, en los discursos negacionistas del holocausto.

De esta manera, el discurso negacionista para Bilbao Ubillos es aquel: “que consiste en cuestionar o negar la realidad del genocidio cometido por los nazis durante la II Guerra Mundial, con el propósito declarado de borrar de la memoria colectiva la huella de esa infamia. Y comprende la negación pura y simple o la puesta en duda o en tela de juicio tanto de la realidad del genocidio como de su amplitud o de las modalidades de ejecución”<sup>89</sup>.

Pues bien, para traer un ejemplo de una providencia judicial la cual hubiese establecido límites al amplio espectro interpretativo de la libertad de expresión, véase el caso fallado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Witzsch contra Alemania*<sup>90</sup>, del 13 de diciembre de 2005. Siguiendo el análisis efectuado por Luther Jörg, se trata de una sentencia que tiene como precedente la limitación al derecho a la libertad de expresión, pues se comprende al discurso negacionista como un discurso de odio por parte del cuerpo colegiado: “En el caso *Witzsch vs. Germany*, el propio Tribunal ha reforzado posteriormente esta jurisprudencia, afirmando que quién abusa de la propia libertad, viola los derechos humanos. La carta que no se hizo pública del recurrente dirigida al historiador Wolffson se consideró así porque”<sup>91</sup> siguiendo las palabras de Luther parafraseando a la Corte de Estrasburgo en el caso 7485/03 *Witzsch vs. Alemania*, el tribunal en mención: “calificó la opinión de Wolffson como parte de una propaganda de guerra o de atrocidades *ex post*, unida a la negación de la responsabilidad de Hitler y de los nazis en el exterminio de los judíos y demostrando el desprecio del recurrente hacia las víctimas del Holocausto”<sup>92</sup>.

Esta sentencia es a su vez analizada por Alcacer Guirao. En sus palabras, con esta sentencia la dignidad humana “adquiere una protección absoluta, independientemente de los

---

<sup>89</sup> Juan María Bilbao Ubillos, «La negación del holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión», *Revista de derecho político*, n.º 71 (2008): 19.

<sup>90</sup> European Court of Human Rights, «Hans-Jürgen WITZSCH against Germany. Application no. 7485/03», 13 de diciembre de 2005, <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-72786&filename=001-72786.pdf&TID=ihgdqbxnfi>.

<sup>91</sup> Jörg Luther, «EL antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada.» (Historia, verdad, derecho, Roma, Italia, 2008), <https://www.ugr.es/~redce/REDCE9/articulos/09JorgLuther.htm#69>.

<sup>92</sup> European Court of Human Rights, «Hans-Jürgen WITZSCH against Germany. Application no. 7485/03».

efectos que, en el caso concreto, puedan tener las manifestaciones negacionistas para la paz social o el abuso de derecho”<sup>93</sup>. De igual manera, Esquivel Alonso procede con el análisis de cara al efecto que tiene el fallo en mención sobre la sociedad europea comoquiera que la subregla jurisprudencial allí establecida parte de la concreción de una amenaza real fruto del discurso negacionista: “el TEDH intenta extinguir toda expresión negacionista anticipadamente procurando evitar que se concrete en una amenaza real. Lo que se traduce en un peligro para la sociedad democrática dado que aplica el principio *iuris et de iure* a toda manifestación negacionista”<sup>94</sup>.

De este modo, al abordar el tema de la libertad de expresión, las dificultades prácticas de la defensa ilimitada a la libertad fueron prontamente identificadas por la reflexión jurídica europea. En síntesis, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la regla jurisprudencial es sólida tratándose de los discursos de odio. Entonces, es inconstitucional desde cualquier punto de vista.

Ahora bien, si se compara con la jurisprudencia colombiana, es decir un análisis semejante aplicado a la SU-420 de 2019, permite observar por qué se ve con recelo el hecho de que la constitución colombiana, en su artículo 20, establezca la proscripción de cualquier acto de censura a la opinión. Lo anterior pone en cuestión hasta qué punto dicha permisibilidad general de la opinión no estaría propiciando un riesgo relacionado precisamente con aspectos característicos de la dignidad humana que la institucionalidad debe proteger.

#### 1.4. Conclusión

En este último apartado del primer capítulo se han presentado conjuntamente las diferencias y semejanzas entre el discurso ofensivo *genérico* y el discurso de odio *específico*. De este modo, de las semejanzas de dichos discursos se derivan efectos contra la dignidad humana, toda vez que en virtud de las emociones de prejuicio y de repugnancia operan como

---

<sup>93</sup> Rafael Alcácer Guirao, «Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH», *Revista española de derecho constitucional* 33, n.º 97 (2013): 320.

<sup>94</sup> Yéssica Esquivel Alonso, «El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 1, n.º 35 (30 de junio de 2016): 40, <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2016.35.10491>.

móvil o el motivo determinante para que un particular cualquiera, en ejercicio de su libertad de expresión, emita un discurso ofensivo o de odio que hiera la dignidad de su receptor.

En síntesis, al abordar en detalle la providencia SU-355 de 2018, puedo colegir que el discurso de odio *específico* es abiertamente inconstitucional. Sin embargo, otro es el tratamiento que le viene dando la Corte al discurso ofensivo *genérico*, tal y como queda unificado por la Corte Constitucional en la providencia SU-420 de 2019. Es decir, en este capítulo he señalado como el discurso de odio sí es automáticamente calificado por la alta corporación como inconstitucional, pero, a su vez y como enseguida se desarrollará, la Corte ha tenido discusiones y sentencias encontradas respecto a determinar si la regla jurisprudencial aplicable a los casos de discurso ofensivo genérico se encuentra cobijado por la *presunción de constitucionalidad* o si por el contrario, es predicable la presunción de inconstitucionalidad del discurso ofensivo.

## CAPÍTULO 2

### 2.1 Introducción

Este capítulo estudia el *fenómeno de la comunicación violenta en internet* y su *naturaleza jurídica*. Este fenómeno se encuentra jerarquizado en una serie de grados de intensidad de violencia lingüística en internet, aportadas por Valiente Martínez, fenómeno conocido como “categorías de la comunicación violenta en internet”. Siguiendo a Valiente Martínez y a Miró Llinares, a dicha *comunicación violenta* en internet le sería atribuible la siguiente tipificación: cargas leves, medias y altas de violencia. Sea de mencionar que el discurso ofensivo *genérico* es aquel que tiene carga leve o media de violencia, diferenciándose así del discurso de odio *específico* contentivo de una carga alta de violencia. Posteriormente, se abordará la naturaleza jurídica del discurso ofensivo *genérico* y del discurso de odio *específico*. Siguiendo a Ospina Fernández en la “teoría del acto jurídico”, dicha naturaleza se fundamentaría en la comprensión de dichos discursos como actos jurídicos unipersonales y unilaterales, los cuales coexistirían como género (discurso ofensivo) y especie (discurso de odio).

Respecto de los efectos jurídicos del fenómeno de la *comunicación violenta* en internet y de los fenómenos que la componen, sea de mencionar que de conformidad con la descripción que este trabajo realiza para describir la naturaleza jurídica de los discursos

ofensivo *genérico* y de odio *específico*, se distinguiría al primero como acto jurídico unilateral por contener los presupuestos del artículo 1502 del Código Civil, mientras que al segundo sería comprendido por el legislador, como un delito el artículo 1494 del mencionado estatuto. Ahora bien, la presente diferenciación no oculta el efecto o resultado de cara al particular agraviado que comparten los discursos aquí descritos, esto es, la materialización de un daño antijurídico en la órbita de derechos de un particular receptor.

Uno de los elementos definitorios de la *comunicación violenta* en internet es la voluntad, sin voluntad no es posible predicar la exteriorización de las ideas o de las opiniones. Esta voluntad es un factor de atribución o modalidad de conducta que no puede comprenderse como culposa, sino únicamente como dolosa. Dicho esto, al tenor del artículo 2341 del Código Civil se consagraría el régimen de responsabilidad civil extracontractual por el daño antijurídico en materia civil, de esta manera, podría ser aplicable el régimen de responsabilidad civil, teniendo en cuenta que podrían configurarse un hecho ilícito, un nexo causal, un factor de atribución y por supuesto un daño antijurídico.

Así en virtud de un análisis de los motivos del receptor que opinión de este trabajo es dolosa y que funcionaría como factor de atribución, es posible que a través de los elementos de la responsabilidad civil y de cara a los intereses de un particular afectado, logre prosperar en la jurisdicción una acción de responsabilidad civil extracontractual con sus consecuentes pretensiones económicas. Finalmente, para terminar de dimensionar los efectos jurídicos de estos discursos, como se verá en el capítulo, los mencionados discursos, también pueden ser fuente de responsabilidad penal, lo que se abordará en líneas breves en este capítulo.

## **2.2. El fenómeno de la *comunicación violenta en internet***

Según la Real Academia Española, la palabra violencia proviene del latín “violentia”. Respecto de esta palabra destacan cuatro definiciones: “1. f. cualidad de violento. 2.f. Acción y efecto de violentar o violentarse. 3. F. Acción violenta o contra el natural modo de proceder. 4. F. Acción de violar a una persona”<sup>95</sup>.

---

<sup>95</sup> RAE, «Violencia», s. f.

A su vez, la *comunicación violenta* en internet es definida por Miró Llinares como un fenómeno que consiste en “la aparición de todo un conjunto de conductas ofensivas y expresiones de comunicación violenta más allá del propio discurso del odio tradicional, particularmente en redes sociales como Facebook y Twitter”<sup>96</sup>. Esta definición supone que tal fenómeno debe diferenciarse desde dos acepciones que coexisten: en cuanto *discurso ofensivo* como género y en tanto *discurso de odio* como especie. Los extremos de esta distinción evocan la tradicional diferencia que establece Aristóteles entre género y especie, según la cual, por ejemplo, el fenómeno humano se inscribiría en tanto *género* como animal y en cuanto *especie* como hombre.

Con el objeto comprender la distinción aristotélica, considero valioso el aporte de Zingano. En su obra “*Aristóteles y la prueba de que el ser no es un género (Metafísica III 3)*”, recoge la distinción género/especie, denominando “diferencia” a la especie. En síntesis, “(i) el género es más extenso que la especie, por lo tanto, no se predica de ella; (ii) la diferencia es más extensa que la especie (*bípedo* se predica de *hombre*, pero *hombre* no se predica de *bípedo*); (iii) el género no se predica de la diferencia, pero se predica de aquello de lo que se predica la diferencia”<sup>97</sup>.

Es así como no debería perderse de vista la jerarquía del hecho comunicativo relacionado con la violencia, en cuanto categoría general en la que están contenidos, por una parte, el discurso de odio como especie y el lenguaje ofensivo entendido como el género. Así, pues, estos últimos conceptos “discurso de odio” y “lenguaje ofensivo”, enfatizan el componente abstracto o teórico del fenómeno. Implican, por una parte, la voluntad del emisor (pues es un elemento definitorio del lenguaje ofensivo porque es imposible predicar la exteriorización de una opinión o idea sin la voluntad del emisor) y, por otra, constituyen prácticas sistemáticas y reiterativas que, por lo tanto, son susceptibles de ser analizadas desde un ámbito tan especializado como el derecho.

Respecto a la definición de *comunicación violenta* en internet de Miró Llinares, valga trasladar dicha definición teórica al terreno de la experiencia que el internet permite a sus usuarios de experimentar odio o violencia a los ciudadanos, lo que contribuye a la propagación del fenómeno de la violencia comunicativa en internet. Jacks y Adler, en su

---

<sup>96</sup> Miró Llinares, «Taxonomía de la comunicación violenta y el discurso del odio en Internet», 96.

<sup>97</sup> Marco Zingano, «Aristóteles y la prueba de que el ser no es un género (*Metafísica III 3*)», *Revista de filosofía DIÁNOIA* 55, n.º 65 (3 de noviembre de 2010): 48, <https://doi.org/10.21898/dia.v55i65.204>.

trabajo “*A Proposed Typology of Online Hate Crime*”, han reconocido con preocupación que, el internet permite que una persona experimente el odio, vea lo que dice la gente y, potencialmente, contribuya a ello. También brinda una oportunidad para que los prejuicios de las personas salgan a la superficie y para que den rienda suelta a su ira y frustraciones<sup>98</sup>.

De acuerdo con esto, sobresale el interrogante respecto a cuál es la autoridad que debería intervenir como reguladora de este fenómeno social. Además, cabe también preguntar sobre el ámbito propio del fenómeno de la violencia en internet: ¿es un asunto fundamentalmente moral que tiene consecuencias legales o su estudio también podría complementarse desde ópticas sociológicas de comportamiento o de teorías políticas? La opinión de este trabajo es que el fenómeno de la *comunicación violenta* en internet por supuesto que interesa al derecho, pero también es del interés de todas las ciencias del conocimiento, por lo mismo, es que se pretende presentar un enfoque complementario en las áreas de la sociología y la teoría política, lo que permite evidenciar lo notorio de la problemática introducida por las nuevas tecnologías.

Para adentrarse en la óptica de la sociología de cara al hecho del internet y la comunicación en las redes digitales, destaca el análisis de Flores Márquez respecto a la relevancia de las tecnologías de información y comunicación como fenómeno social. Parafraseando a Castells, Jensen, Martín- Barbero, Scolari y Trejo Delarbre, la autora manifiesta que:

Las tecnologías de información y comunicación, principalmente internet, se han vuelto cada vez más relevantes en la vida social, política y económica de nuestros tiempos. En estas décadas se han registrado cambios relacionados con la incorporación de la tecnología en distintas esferas. De modo más evidente, se aprecia la transformación en las formas de producción y consumo, así como de interconexión alrededor del mundo, la disolución del modelo masivo, la incorporación a la expresión pública por parte de actores sociales que no habían tenido acceso a los medios tradicionales<sup>99</sup>.

Según este enfoque sociológico, los actos que tienen que ver con la comunicación en internet tienen características determinadas, frente a las cuales sobresale el alcance

---

<sup>98</sup> William Jacks y Joanna R. Adler, «A Proposed Typology of Online Hate Crime», *Open Access Journal of Forensic Psychology* 7 (1 de noviembre de 2015): 2.

<sup>99</sup> Dorismilda Flores-Márquez, «Recordar el pasado, pensar el futuro: Sociología, comunicación y cultura digital», *Espacio Abierto* 25, n.º 4 (2016): 218.

interdisciplinar, la novedad que presentan las nuevas tecnologías, la velocidad de producción y de investigación de las nuevas creaciones, el impacto en el estilo de vida de los ciudadanos, derivados de los mencionados desarrollos digitales, generan preguntas desde distintas esferas académicas que pretenden interrogar a la comunicación en línea: “En términos generales, la discusión sobre comunicación digital se refiere a los procesos de producción, circulación y consumo de contenidos, en entornos interconectados tecnológicamente. Se caracterizan por la digitalización, la reticularidad, la hipertextualidad, la multimedialidad y la interactividad. El estudio de estos objetos se ha integrado en una zona interdisciplinaria relativamente joven. Desde distintas vías de llegada, los estudios de comunicación mediada por computadora, cibercultura, nuevos medios e internet han sido convergentes en interrogar la comunicación en línea”<sup>100</sup>.

De este planteamiento, surge un nuevo interrogante: ¿a la luz de la *comunicación violenta* en internet, qué implicaciones materiales y sociales se siguen de tales características? ¿Cuáles podrían ser las dinámicas de la susodicha *comunicación violenta*?

Frente a esta última cuestión, P. Sobkowicz y A. Sobkowicz estudiaron las dinámicas de la *comunicación violenta* en internet en “*Dynamics of hate based Internet user networks*”; allí señalaron la forma como se construye dicho fenómeno a través de suscripciones y comentarios impropios entre blogueros que disfrutaban de un amplio margen de libertad de expresión. Valdría la pena reflexionar frente al hecho de que la red de usuarios se forma a través de suscripciones formales entre blogs y a través de comentarios improvisados publicados entre los usuarios y entre las redes digitales, entre sí. De esta forma, analizar dicho amplio margen de libertad de expresión, sería fundamental para encontrar una justificación encaminada a la regulación del mismo, en materia de discurso ofensivo entre particulares.

Así las cosas, P. Sobkowicz y A. Sobkowicz mencionan que: “Estos estudios son importantes para nosotros por dos razones. En primer lugar, se centran en los bloggers, que disfrutaban de mucha libertad para expresar sus opiniones y emociones. En segundo lugar, los autores utilizan métodos de redes, similares a los empleados aquí. La red de usuarios se forma a través de suscripciones formales entre blogs y a través de comentarios improvisados publicados entre sí”<sup>101</sup>.

---

<sup>100</sup> Flores-Márquez, 218.

<sup>101</sup> P. Sobkowicz y A. Sobkowicz, «Dynamics of Hate Based Internet User Networks», *The European Physical Journal B* 73, n.º 4 (1 de febrero de 2010): 10, <https://doi.org/10.1140/epjb/e2010-00039-0>.

El escenario digital goza de un amplio rango de libertad para la manifestación de emociones, lo cual propicia la circulación de comunicación. En el estudio de caso de Miró Llinarés “taxonomía de la comunicación violenta”, se evidenciaría, por ejemplo, que la circulación de las ideas u opiniones es principalmente abusiva o violenta, entre las comunidades integrantes de dicho estudio. Suponiendo que estas fueran siempre las circunstancias comunicativas entre particulares, se revelaría entonces un problema social y la necesidad de proponer alguna solución. Todo lo cual implicaría, al menos en el estudio de caso, la necesidad de alguna instancia regulatoria, o al menos auto regulatoria, que limite la *comunicación violenta* en los ámbitos sociales, morales y acaso legales.

Un enfoque semejante en consonancia con el *modus vivendi* de Gray es precisamente el que nos ofrecen la teoría de Balkin de construcción de sociedad democrática de libertad de expresión: “A medida que el enfoque cambia de una preocupación exclusiva con los derechos constitucionales individuales protegidos judicialmente a una preocupación adicional con la infraestructura, también debemos cambiar nuestra preocupación de los derechos de libertad de expresión considerados estrictamente a los valores de la libertad de expresión. Los derechos de libertad de expresión son derechos de los individuos exigibles por los tribunales. Los valores de la libertad de expresión son valores que buscamos promover a través de la regulación legislativa y administrativa y a través del diseño tecnológico”<sup>102</sup>.

En este punto, resulta necesario comprender la diferencia entre el derecho a la libertad de expresión y los valores de libertad de expresión que propone Balkin. Considero que para Balkin el derecho a la libertad de expresión es una garantía constitucional indiscutible para los ciudadanos, es decir no susceptible de ser derogada. Sin embargo, en cuanto a su ejercicio, Balkin considera que sí es plausible implementar valores de libertad de expresión que incluyan “aquellos aspectos de la libertad de expresión que la era digital hace más destacados: la participación popular, la interactividad y el fomento y la protección de la creatividad cultural y la transformación cultural”<sup>103</sup>. En otras palabras, los valores de libertad de expresión que propone Balkin se encuentran dentro del marco de una democracia deliberativa en la era digital, en la cual se percibe como indiscutible a la libertad de expresión

---

<sup>102</sup> Jack M. Balkin, «Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society», SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY, 3 de diciembre de 2003), 49, <https://doi.org/10.2139/ssrn.470842>.

<sup>103</sup> Balkin, 49.

como derecho. Así, lo que se discute entonces es el modelo de libertad de expresión más conveniente con la cultura democrática, y en su propuesta en concreto, la implementación de dichos valores de libertad de expresión.

Como puede seguirse de la lectura del pensamiento de Balkin, se requiere de un nuevo enfoque en atención a los valores de libertad de expresión. Dichos valores deben promoverse según una regulación legislativa y administrativa, lo anterior con la finalidad de fortalecer el concepto de democracia participativa en el marco del ejercicio de la libertad de expresión. De esta manera surgen interrogantes de este talante: ¿cuáles serían esos valores de libertad de expresión que requieren de dicha promoción? ¿Cuál sería la relación directa entre los valores de libertad de expresión y la libertad de expresión en sentido estricto? Al respecto, Balkin apunta que:

Proteger la libertad de expresión en la era digital significa promover un conjunto básico de valores en la legislación, la regulación administrativa y el diseño de la tecnología. ¿Cuáles son esos valores? Son la interactividad, la amplia participación popular, la igualdad de acceso a la tecnología de la información y las comunicaciones, la promoción del control democrático en el diseño tecnológico y la capacidad práctica de la gente común para encaminar, regodearse y transformarse. Los valores de la libertad de expresión incluyen aquellos aspectos de la libertad de expresión que la era digital hace más destacados: la participación popular, la interactividad y el fomento y la protección de la creatividad y la transformación culturales<sup>104</sup>.

En resumen, La relación entre los valores de libertad de expresión y la libertad de expresión en sentido estricto respondería al planteamiento de fortalecer la idea de gobierno y de deliberación democrática, pues siguiendo a Balkin se evidencia el alcance limitado de la libertad de expresión frente a la concepción estrecha de democracia reducida al voto y a las elecciones. Para superar tal estrechez, se requiere la reafirmación de valores de libertad de expresión, pues ya se evidencia como fundamental superar la noción amplia de libertad en sentido abstracto. Lo anterior requiere de una construcción cultural democrática en que la libertad de expresión se defina de manera concreta con el fin de que eventualmente pueda regularse en los casos en que valores como la dignidad sean puestos en cuestión o vulnerados.

---

<sup>104</sup> Balkin, 49.

En el mismo sentido, destaca la relevancia de una advertencia como la que en los siguientes términos formula:

La naturaleza populista de la libertad de expresión, su creatividad, su interactividad, su importancia para la comunidad y la autoformación, sugieren que una teoría de la libertad de expresión centrada en el gobierno y la deliberación democrática sobre asuntos públicos es demasiado limitada. [...] Si la libertad de expresión tiene que ver con la democracia, se trata de la democracia en el sentido más amplio posible, no sólo a nivel de gobierno, o a nivel de deliberación, sino a nivel de cultura. Internet nos enseña que el principio de libertad de expresión se trata, y siempre ha sido, de la promoción y el desarrollo de una cultura democrática. La democracia es mucho más que un conjunto de procedimientos para resolver disputas. Es una característica de la vida social y una forma de organización social<sup>105</sup>.

Según esto, la comunicación en redes digitales y las manifestaciones violentas que allí tienen lugar, encuentra como pilar estructural, la optimización de los principios constructivos de la cultura democrática de libertad de expresión. Así mismo, dichos discursos son del interés tanto de la sociología en general como de su especialidad jurídica aportada por Balkin y traída recientemente a colación, la cual involucra necesariamente la filosofía del derecho debido a las consecuencias que el fenómeno en cuestión acarrea en ámbitos morales y legales (los cuales se explicarán en los títulos siguientes de este capítulo). Con lo dicho hasta aquí, queda por definirse en qué sentido el discurso ofensivo exigiría algunos tipos de regulaciones sociales y en qué grado. Al respecto, habría que tener a la vista el amplio desarrollo doctrinal que ha surgido de la relación entre el fenómeno de la violencia y la necesidad de un control estatal, que resurgiría en la era digital, y el referente emocional (emociones de prejuicio y repugnancia) que ha sido previamente en la filosofía del derecho, de Hobbes a Nussbaum, por ejemplo.

De este modo, emociones como la repugnancia y el prejuicio le interesan al derecho porque pertenecen a la cotidianidad jurídica, y además por confluir con el elemento volitivo de exteriorización de la voluntad de un emisor, tal y como sucede con el daño antijurídico que podría producirse por los discursos ofensivo *genérico* y de odio *específico* en el que el dolo pueda importarse como factor de atribución en el derecho civil, penal o disciplinario desde la órbita del régimen de responsabilidad. Por supuesto, el internet o Facebook (según

---

<sup>105</sup> Balkin, 32.

la providencia T-050 de 2016<sup>106</sup>) son un medio de comunicación, en los cuales las conductas lingüísticas de carga semántica peyorativa, como insultos o desacreditaciones, presuponen determinada intención o voluntad que, a su vez, surgen de cierta disposición anímica asociada a emociones, como la ira, el odio, la tristeza o la repugnancia. En el ámbito del derecho, tal como explicaría Martha Nussbaum: “las implicancias [sic] sociales, éticas y políticas de las emociones adquieren una relevancia capital [...] de manera que es factible establecer que el recurso a las emociones es ineludible en la cotidianidad jurídica. Adicionalmente, la inevitabilidad del apelo a las emociones se ve reforzada por la razonabilidad que las leyes les reconocen a algunas de ellas”<sup>107</sup>.

En resumen, la *comunicación violenta* en internet es un fenómeno o hecho jurídico de carácter que se encuentra compuesta por dos clases de discursos. El *genérico* y el *específico*. Estas prácticas de violencia suponen indagar si al derecho y a otros campos del conocimiento les interesa debatir este fenómeno comunicativo y los efectos lesivos derivados de la violencia comunicativa, que se presenta como impuesta por la era digital y las nuevas tecnologías y recurrente, tal como constata Miró Llináres en su estudio de campo. Así las cosas, las definiciones de prejuicio y de repugnancia contenidas en la Real Academia Española, la filosofía, y la teoría política, permiten construir los elementos semánticos que componen a la voluntad del emisor como elemento fundamental en los supuestos de exteriorización de una idea u opinión.

Esta voluntad dolosa, tiene implicaciones legales, morales y sociales en los hechos cotidianos de la comunicación en medios digitales. Por esta razón, Balkin diferencia el derecho a la libertad de expresión de los valores de libertad de expresión, pues al parecer, el

---

<sup>106</sup> Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia T-050/16». “Este Tribunal indicó que aunque lo que se publica en las redes sociales está amparado por la libertad de expresión, el amparo de dicha garantía y sus respectivos límites se aplica a internet y a las redes sociales de la misma manera que a los demás medios de comunicación, según corresponda. Por razón de lo cual consideró que el hecho de publicar mensajes cobrando deudas a través de un medio de comunicación de alto impacto como Facebook, con múltiples usuarios que tienen prácticamente libre acceso a toda la información que se publica, “además de ser desmedido, evidencia una intención dañina por parte de la accionada [...]”. Y bajo las anteriores consideraciones señaló que los derechos a la honra, al buen nombre y a la intimidad de la accionante fueron afectados, por lo que terminó ordenando a la accionada que, “como medida simbólica”, publicara en el muro de su perfil de Facebook la correspondiente disculpa por la afectación causada a la actora; publicación que debería estar habilitada para el mismo número de personas que en su oportunidad tuvieron acceso al primer mensaje y durante un lapso igual al que este último permaneció publicado. No obstante lo cual, en todo caso supeditó la existencia de dicha publicación a la autorización de la accionante, quien debía considerar si la misma era inconveniente”.

<sup>107</sup> Nussbaum, *El ocultamiento de lo humano*, 138.

derecho no puede ser modificado en su carácter de fundamental, pero si podría ser moderado—es decir, podría ser en supuestos determinados restringida, como por ejemplo en el discurso ofensivo *genérico* entre particulares- en cuanto convenga a la implementación de dichos valores que cobran relevancia en la era digital y las nuevas tecnologías: la participación popular, la interactividad y el fomento y la protección de la creatividad cultural y la transformación cultural<sup>108</sup>.

### 2.3. Las categorías de la comunicación violenta en internet

De acuerdo con el aporte interpretativo de Valiente Martínez, a quien le resulta muy ilustrativo el aporte de Miró Llinares<sup>109</sup>, este último (Miro Llinares) establece tres grados de *comunicación violenta* en internet, cada uno de los cuales puede ser caracterizado mediante estas categorías: (i) De baja intensidad. (ii) De mediana intensidad. (iii) De alta intensidad.

De este modo y siguiendo a Valiente Martínez, para Miró Llinares, cada categoría corresponde a las siguientes manifestaciones de la violencia: “La violencia contextual, que es de poca intensidad y se manifiesta a través de bromas leves, ironía y burla; la violencia encubierta, de intensidad media y que se manifiesta a través de críticas, enfado o indignación, insultos leves o bromas de mal gusto; y finalmente el odio o la incitación a la violencia, que es de alta intensidad y se manifiesta a través de ataques directos a personas o colectivos, con vocablos manifiestamente despectivos o insultos explícitos”<sup>110</sup>.

En esta taxonomía se observa que únicamente la categoría de alta intensidad se refiere a la *comunicación violenta* por discurso de odio. Ahora, cabe preguntar: ¿por qué las categorías de baja y media intensidad de violencia en internet no suponen el odio? Y, entonces, si estas dos primeras categorías, la leve y la media, no son resultado del odio, ¿por qué la tercera sí encuentra en el odio su principal causa?

Así las cosas, la respuesta a ambos interrogantes es en mi criterio que las categorías de baja y media intensidad de *comunicación violenta* en internet se producen por la mera existencia del discurso ofensivo *genérico*. De este modo, el trabajo investigativo de Miró Llinares permite identificar y definir la existencia del discurso ofensivo *genérico* y diferenciarlo del discurso de odio *específico*.

---

<sup>108</sup> Balkin, «Digital Speech and Democratic Culture», 49.

<sup>109</sup> Valiente Martínez, *La democracia y el discurso del odio*, 49.

<sup>110</sup> Valiente Martínez, 49.

Es síntesis, no toda *comunicación violenta* en internet es discurso de odio. ¿Significa esto que los discursos de mediana y de baja intensidad no son discursos de odio *específicos*, pero sí discursos ofensivos *genéricos*? La respuesta es en mi opinión afirmativa. Valga aclarar, que dado a que ambos discursos pertenecen al hecho jurídico (fenómeno) de la *comunicación violenta*, sus efectos jurídicos consisten en producir un daño antijurídico al receptor agraviado de una opinión o idea indeterminada. Sin embargo, es bajo esta categorización que resultaría conveniente proponer una idea de graduación del daño antijurídico de conformidad con la carga o grado de violencia respectivo. Así, en términos probatorios, y bajo esta caracterización, en el marco de una acción de responsabilidad civil extracontractual podría determinarse dicha carga de violencia en los escenarios judiciales.

#### **2.4. La naturaleza jurídica del discurso ofensivo genérico y el discurso de odio específico**

Así como en el derecho comercial y financiero surge la necesidad de proteger al consumidor en atención a la relación asimétrica entre el consumidor y el productor o proveedor de un bien o servicio en situaciones de bienes defectuosos o publicidad engañosa, a la luz del Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011) que contempla la responsabilidad del productor o proveedor en su artículo 6º, “Todo productor debe asegurar la idoneidad y seguridad de los bienes y servicios que ofrezca o ponga en el mercado, así como la calidad ofrecida. En ningún caso estas podrán ser inferiores o contravenir lo previsto en reglamentos técnicos y medidas sanitarias o fitosanitarias. El incumplimiento de esta obligación dará lugar a: 1. Responsabilidad solidaria del productor y proveedor por garantía ante los consumidores”<sup>111</sup>. Así mismo, parece necesario preguntarse si se requiere de un régimen de protección al usuario de las nuevas tecnologías de comunicación en materia de libertad de expresión. Este nuevo escenario social, como cualquier otro, presenta el interrogante de si existe la necesidad de una nueva regulación normativa que establezca el marco de lo aceptable o rechazable en cuanto al bienestar de quienes allí convivan, bajo el paraguas de los derechos fundamentales en juego y en virtud de lo asimétrica de la relación de poder que existe entre emisores y usuarios afectados.

---

<sup>111</sup> Congreso de la República de Colombia, «Ley 1480 de 2011», *Diario Oficial* 48220, 12 de octubre de 2011, art. 6, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=44306>.

Para iniciar la propuesta de una regulación normativa, se requiere primariamente de la clasificación jurídica de la *comunicación violenta* en internet con el objeto de determinar su naturaleza jurídica. Lo que secundariamente, permitirá denotar los efectos jurídicos en el ordenamiento jurídico nacional. Dichos efectos jurídicos serán tenidos en cuenta para responder que es imperativo desarrollar una nueva propuesta de regulación jurídica.

En virtud de lo anterior, la propuesta de esta tesis es abordar el fenómeno de la *comunicación violenta* desde la óptica del Derecho Civil. y bajo las siguientes aproximaciones: *(I)* El discurso ofensivo *genérico* y el discurso de odio *específico* comparten el elemento volitivo o de exteriorización de la voluntad. Esto es la intención de un emisor de lesionar a un receptor. Sin embargo, y como se explicará en líneas posteriores, solo el discurso ofensivo *genérico* puede caracterizarse como un acto jurídico unilateral y unipersonal por contener todos los presupuestos taxativos del artículo 1502 del Código Civil. *II)* Tanto el discurso ofensivo *genérico* como el discurso de odio *específico* pueden concebirse como fuente de obligaciones en el ordenamiento jurídico colombiano en virtud de los artículos 1494 y 2341 del Código Civil, lo que implica en sentido general el acaecimiento de responsabilidad jurídica, y en sentido específico la responsabilidad civil extracontractual y penal. *III)* En virtud de la teoría del daño antijurídico y dado el evidente carácter lesivo del discurso ofensivo *genérico* y el discurso de odio *específico*, es factible inferir que sus efectos jurídicos se enmarcan dentro del régimen de la responsabilidad civil extracontractual por el hecho o el acto ilícito. *IV)* La responsabilidad civil supone un deber de reparación patrimonial en cuanto corresponde a la indemnización de perjuicios materiales o inmateriales. *V)* Dicha responsabilidad civil y su consecuente deber de reparación, opera no solo en la jurisdicción civil, sino también en la jurisdicción penal e inclusive de manera excepcional en la jurisdicción constitucional al tenor del Decreto 2591 de 1991.

#### *2.4.1. La comunicación violenta y la exteriorización de la voluntad del emisor*

La exteriorización de la voluntad en cuanto corresponde a la *comunicación violenta* entre particulares se puede producir en redes digitales, como *Facebook*, *X*, *Instagram*, etc. Allí coexisten múltiples usuarios quienes perciben de una forma individual dichas exteriorizaciones que, como cualquier acto comunicativo, transmiten su mensaje desde una voluntad individual (*libre albedrío*). De acuerdo con esto, el fenómeno de la *comunicación*

*violenta* en internet, a pesar de ser un hecho comunicativo, presenta la característica de provenir de una voluntaria intención del hablante, o manifestación de la voluntad, en ejercicio de su derecho fundamental a la libertad de expresión.

En este punto sea lo primero mencionar, que tanto el discurso ofensivo *genérico* como el discurso de odio *específico* no podrían caracterizarse como hechos jurídicos por contener un elemento volitivo: “Por definición, la voluntad del agente o agentes constituye la sustancia misma del acto jurídico. Un hecho cualquiera en que falte tal elemento, es decir, un hecho meramente físico o natural, como el nacimiento o la muerte de una persona, un terremoto, etc., aunque llegue a alcanzar resonancia jurídica pertenece a una categoría distinta a la que nos ocupa: a la del hecho jurídico”<sup>112</sup>. Del fragmento de Ospina F. y Ospina A., resultaría lógico arribar a la siguiente conclusión: existe diferencia entre hecho biológico o natural y un hecho jurídico. El criterio determinante entre uno y otro hecho es el interés que pudiera despertar en el derecho (criterio de relevancia).

Ahora bien, este trabajo tiene por objeto proponer preliminarmente, que tanto el discurso ofensivo *genérico* como el discurso de odio *específico* podrían encajar dentro de las categorías doctrinales de “acto jurídico unilateral” y “acto jurídico unipersonal” pues obsérvese que la singularidad propia del emisor implica que el acto comunicativo o mensaje se exteriorice o se manifieste conforme a su voluntad (unipersonal), mientras que, al generar efectos sobre terceros, a quienes dirige su mensaje, las obligaciones que se producen en materia de daño antijurídico y responsabilidad civil son exclusivas del emisor y repercuten solamente en él (unilateral).

De esta manera, de cara al perfeccionamiento del acto jurídico unilateral, resulta que “el acto unipersonal puede perfeccionarse mediante una manifestación simple o singular de la voluntad del agente único que la atribuye”<sup>113</sup>. Es más, “Se dice que estos son unilaterales cuando solamente producen obligaciones a cargo de una de las partes, como el mutuo, el comodato, el depósito, etc.”<sup>114</sup> En definitiva, los discursos mencionados predicen una fuente de obligación civil únicamente en cabeza del emisor, enmarcada dentro de un régimen de responsabilidad civil extracontractual por el hecho o acto ilícito.

---

<sup>112</sup> Guillermo Ospina Fernández, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico* (Librería Temis Editorial, 2000), 28.

<sup>113</sup> Ospina Fernández, 43.

<sup>114</sup> Ospina Fernández, 42.

Ambos discursos podrían entonces considerarse *prima facie* como actos jurídicos unilaterales y unipersonales toda vez que estos cumplirían con el criterio taxativo del *consentimiento* contenido en el artículo 1502 del Código Civil<sup>115</sup>. Esta idea encuentra sustento en la teoría del acto jurídico, pues siguiendo a Ospina Fernández y a Ospina Acosta, en su obra “*Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*”, la definición de acto jurídico es “la manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos”<sup>116</sup>. Así en palabras de los tratadistas Ospina Fernández y Ospina Acosta: “La voluntad de los agentes debe exteriorizarse, pues al derecho solamente le interesan las actuaciones de aquellos que trascienden su fuero interno y repercuten en la vida social.”<sup>117</sup>

Es más, el discurso ofensivo, como *género*, y el de odio, en cuanto *especie*, satisfacen los distintos grados de intensidad emotiva -leve, medio o alto- de Valiente Martínez quien a su vez importa la idea de Miró Llinares, pese a que, en determinadas circunstancias, se expresen de manera general (por lo que el ofensivo pertenece a la intensidad leve o medio) o especial (para el caso del discurso de odio y su tabulación dentro del nivel de alta intensidad). Esto no impide y sí contribuye a demostrar por qué ambos discursos podrían ser concebidos --inicialmente-- como un mismo acto jurídico unipersonal y unilateral, es así como comparten los mismos efectos jurídicos (generar un daño antijurídico, ser fuente de obligación civil y el deber de repararlo). Quiere esto decir que en los casos de uso de lenguaje ofensivo o de odio debe tenerse siempre a la vista que están definidos jurídicamente por la participación estricta de la voluntad y, en consecuencia, dan lugar a la producción de nuevos efectos jurídicos. El anterior análisis permite finalmente ampliar la definición de discurso ofensivo *genérico* tomando los elementos del discurso de odio *específico*, que es lo que está ahora mismo (en este capítulo) en proceso de argumentación.

Sin embargo, resulta imperativo mencionar, que a la luz del artículo 1502 del Código Civil, solo el discurso ofensivo *genérico* parece ser el único discurso en cumplir con todos los elementos taxativos establecidos por el legislador. Puesto que resultaría irrisorio suponer

---

<sup>115</sup> «Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1o.) que sea legalmente capaz. 2o.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. 3o.) que recaiga sobre un objeto lícito. 4o.) que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra” República de Colombia, *Código civil*, ed. Jorge Ortega Torres, Undécima edición, Códigos de bolsillo Temis «Jorge Ortega Torres» 8 (Bogotá, Colombia: Editorial Temis S. A, 2019), art. 1502..

<sup>116</sup> Ospina Fernández, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 28.

<sup>117</sup> Ospina Fernández, 28.

la *causa* y el *objeto* lícito en los supuestos fácticos de discurso de odio *específico*. Frente al particular, siguiendo los presupuestos establecidos en los artículos 1494 del Código Civil se observa que el discurso *específico* de odio más bien se materializaría como una fuente de obligación proveniente del delito, pues “las obligaciones nacen (...) ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos”<sup>118</sup> y según las voces del 2302 del Código Civil, “si el hecho es ilícito y cometido con la intención de dañar constituye un delito”<sup>119</sup>.

#### *2.4.2. Solo el discurso ofensivo genérico puede caracterizarse como un acto jurídico unilateral y unipersonal por contener todos los presupuestos taxativos del artículo 1502 del Código Civil*

No es solo el elemento volitivo lo que permite afirmar que ambos discursos caben dentro de la categoría de actos jurídicos. De esta manera, pretendo asegurar que únicamente el discurso ofensivo *genérico* puede reputarse como acto jurídico unilateral bajo el supuesto de contener todos los presupuestos taxativos del artículo 1502 del Código Civil: “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1º.) que sea legalmente capaz. 2º.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. 3º.) que recaiga sobre un objeto lícito. 4º.) que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra”<sup>120</sup>

Al respecto no pretendo profundizar respecto del presupuesto *capacidad legal* de la persona que puede obligarse a sí misma, puesto que siguiendo las voces del artículo 1503 del código civil “toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara como incapaces”<sup>121</sup>. Tampoco pretendo referirme frente al presupuesto del *consentimiento* o manifestación de voluntad pues ya me he referido mencionando que toda *comunicación violenta* (discurso ofensivo *genérico* y discurso de odio *específico*) es una manifestación de voluntad que genera efectos jurídicos en virtud del daño antijurídico producido. Sin embargo, pretendo llamar la atención en cuanto corresponde a los presupuestos *objeto lícito* y la *causa lícita* exigidos por el legislador para que un acto puede reputarse como jurídico siguiendo lo

---

<sup>118</sup> República de Colombia, *Código civil*, art. 1494.

<sup>119</sup> República de Colombia, art. 2302.

<sup>120</sup> República de Colombia, art. 1502.

<sup>121</sup> República de Colombia, art. 1503.

dispuesto por el artículo 1502 del Código Civil. En este sentido, para considerar como acto jurídico al discurso ofensivo entre particulares, podrían suponerse como enteramente satisfechos los requisitos de *objeto lícito* y *causa lícita* a partir de la *presunción de constitucionalidad* que otorga el régimen de *libre mercado de ideas* de libertad de expresión cristalizado en la Sentencia SU-420 de 2019 de la Corte Constitucional.

Ahora bien, esta misma caracterización de acto jurídico permite distinguir el problema de fondo en cuanto a los efectos jurídicos que plantea la *presunción de constitucionalidad* del discurso ofensivo *genérico* entre particulares en redes digitales (recuérdese que el discurso de odio *específico* carece de dicha presunción en la jurisprudencia de la Corte Constitucional). No es lógico inferir, que un discurso ofensivo entre particulares en redes digitales sea incapaz de producir un daño antijurídico de cara al receptor agraviado. Así las cosas, esta distinción pone en entredicho la licitud de su causa y de su objeto proveniente de la *presunción de constitucionalidad*—la cual no es más que una presunción de carácter jurisprudencial a pesar de ser fuente formal de derecho colombiano-

De este modo, resulta lógico preguntarse: ¿Dado el carácter lesivo que podría tener el discurso ofensivo *genérico* para el receptor agraviado en la mayoría de los casos, no debería comprenderse como un acto jurídico con *causa* y *objeto ilícitos*? En el mismo sentido ¿no sería conveniente erradicar la *presunción de constitucionalidad* de libertad de expresión en materia de discurso ofensivo *genérico* entre particulares? ¿Por qué es tan evidente que el discurso de odio *específico* tiene una *causa* y *objeto* ilícitos y tan poco irrefutable que el discurso ofensivo *genérico* tiene una *causa* y *objeto* lícitos?

#### *2.4.3. Los discursos que componen al hecho jurídico de la comunicación violenta en internet son fuente de obligaciones en el ordenamiento jurídico colombiano en virtud de los artículos 1494, 2302 y 2341 del Código Civil*

A la luz del Derecho Civil, la propuesta de este trabajo es presentar la naturaleza jurídica del discurso ofensivo *genérico* como un acto jurídico unilateral y unipersonal, y del discurso de odio *específico* como un delito. Dicha conclusión, encuentra su sustento en que ambos discursos son fuente de obligaciones en el ordenamiento jurídico colombiano, tal y como lo disponen los artículos 1494 y 2341 del Código Civil, lo que implica en sentido general el acaecimiento de responsabilidad jurídica y en sentido específico el acaecimiento de la responsabilidad civil extracontractual y penal en Colombia. Por lo mismo, al establecerse el

daño como fuente de obligación civil, es congruente asociar dichos discursos, con la teoría del daño antijurídico y del régimen general de responsabilidad para el derecho colombiano. Para fundamentar la teoría del daño antijurídico con más claridad, sea de mencionar que el artículo 1494 del Código Civil señala que: “Las obligaciones nacen, (...) ya consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley”<sup>122</sup>. Justamente, en el Capítulo 1 de este trabajo se atendió el carácter lesivo del discurso ofensivo *genérico* y del discurso de odio *específico* entre particulares en redes digitales, destacando *grosso modo* su contenido violento, fundamentado en emociones de repugnancia y de prejuicio, lo que permite inferir casi automáticamente el daño antijurídico que debe soportar un particular afectado. Al respecto, de las fuentes de las obligaciones y del régimen general de responsabilidad, obsérvese que el artículo 1494 establece dos tipos de responsabilidad jurídica, estas son: la civil y la penal. Valga aquí preguntar ¿en qué se diferencian y para qué fue incluido el delito como fuente de obligación jurídica en el Código Civil?

Para responder a este interrogante, Valencia Zea y Ortiz Monsalve describen las diferencias teleológicas entre el derecho civil y el derecho penal: “Por lo regular, quien mediante una conducta ilícita lesiona intereses superiores de la colectividad, incurre en responsabilidad penal y civil. En virtud de la primera, el autor del ilícito incurre en una pena, fuera de la obligación de reparar el perjuicio causado; en virtud de la segunda, es obligado a reparar el perjuicio causado a otra persona”<sup>123</sup>. De igual modo siguiendo con estas diferencias, dichos autores señalan que la finalidad de la responsabilidad civil “es esencialmente resarcitoria o de reparación patrimonial, la de la responsabilidad penal es rehabilitadora, sancionatoria y preventiva”<sup>124</sup>.

Pues bien, considero que la anterior definición doctrinal permite asociar la naturaleza jurídica de los discursos (ofensivo *genérico* y de odio *específico*) con la teoría del daño si se plantea desde el ámbito de la responsabilidad civil por la conducta ilícita. Para lo anterior, Valencia Zea y Ortiz Monsalve explican que “La conducta de las personas puede ser lícita o ilícita. La lícita, o sea la conforme a derecho, integra el contenido necesario de los negocios jurídicos; como acaece en los contratos, el cumplimiento de las obligaciones, el matrimonio,

---

<sup>122</sup> República de Colombia, art. 1494.

<sup>123</sup> Valencia Zea y Ortiz Monsalve, *Derecho civil*. 3, 168.

<sup>124</sup> Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 169.

el testamento, etc”<sup>125</sup>. Por otro lado “la conducta ilícita (o hechos ilícitos) forma el contenido principal tanto de la responsabilidad penal como de la civil, y se traduce siempre en la causación de un daño”<sup>126</sup>.

De esta manera, para Valencia Zea y Ortiz Monsalve, la noción de responsabilidad civil se sintetiza de la siguiente forma: “Una persona es responsable civilmente cuando en razón de haber sido la causa del daño que otra sufre, está obligada a repararlo”<sup>127</sup>. Dicho esto, supone entonces “una relación entre dos sujetos, de los cuales uno ha sido la causa de un daño y otro lo ha sufrido. La responsabilidad civil es la consecuencia de esta relación, o sea, la obligación del autor del daño de reparar el perjuicio ocasionado”<sup>128</sup>.

Acá lo importante, es predicar la existencia de la responsabilidad civil porque no solo el discurso *específico* de odio se enmarcaría dentro del artículo 1494 del código civil, sino que también el acto jurídico unilateral de discurso ofensivo *genérico* puede llegar a generar un daño antijurídico, en desarrollo del artículo 2341 del Código Civil<sup>129</sup>. Lo que, en definitiva, constituye una fuente de responsabilidad civil extracontractual en virtud de la ley, pues el presupuesto es claro, el que ha cometido un daño se encuentra obligado a repararlo. Esta formulación de la ley parecería contemplar una responsabilidad objetiva, es decir, en cuanto a la carga de la prueba, bastaría solo con la demostración del daño antijurídico ante el funcionario judicial, para lograr la condena de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales.

Sin embargo, para la doctrina, el artículo 2341 del Código Civil no contiene una responsabilidad objetiva sino por el contrario subjetiva. Así Valencia Zea y Ortiz Monsalve analizan el contenido consagrado por el legislador en el artículo 2341 del Código Civil para reafirmar que “se trata de una responsabilidad subjetiva, pues expresamente se dice que es la culpa o el delito lo que obliga a la indemnización del daño causado. No se refiere el artículo a todos los posibles daños, en general, sino únicamente a los que se originan en el hecho propio personal del agente”<sup>130</sup>. Asimismo, Valencia Zea y Ortiz Monsalve hacen hincapié en

---

<sup>125</sup> Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 168.

<sup>126</sup> Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 168.

<sup>127</sup> Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 169.

<sup>128</sup> Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 169.

<sup>129</sup> “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”. República de Colombia, *Código civil*, art. 2341.

<sup>130</sup> Valencia Zea y Ortiz Monsalve, *Derecho civil*. 3, 207.

el contenido semántico de “hechos propios o personales”, comoquiera que “son los debidos a la conducta personal de quien los causa (lesión que alguien infiere a otro con sus manos u otro miembro del cuerpo, o con palos o armas de las que tiene un completo control, o mediante la expresión de las ideas)”<sup>131</sup>.

Por su parte a la luz del derecho penal, se desprende otro de los efectos jurídicos de la *comunicación violenta* entre particulares. Así tanto el discurso ofensivo *genérico* como el *específico* de odio son fuente de responsabilidad penal. Sin dejar de lado el enfoque constitucional y civil en materia de *comunicación violenta* en redes digitales entre particulares que presenta este trabajo, pretendo acá dedicar unas pocas líneas para analizar el tipo penal de injuria<sup>132</sup> únicamente y el bien jurídico tutelado que buscó proteger el legislador en materia penal con este tipo penal. Dicho análisis permitirá arrojar una conclusión: (I) Existe una incompatibilidad entre la *presunción de constitucionalidad* del discurso ofensivo *genérico* respecto de particulares y el delito de injuria tipificado por el legislador en el artículo 220 del Código Penal.

Para tal fin, pretendo valirme de los aportes de Córdoba Angulo doctrinante en derecho penal especial colombiano. De este modo, el bien jurídico tutelado por el legislador en lo que respecta a la *comunicación violenta* es la integridad moral:

Este bien jurídico, dirigido, en principio, a proteger tanto a personas naturales como jurídicas, es finalmente un conjunto de bienes integrado principalmente por el honor, la honra y el decoro, pero que en todo caso se fortalece con el concepto de dignidad humana -principio fundante del Estado social y democrático de Derecho (art. 1.º C. N.)- y que se reconoce a toda persona por el solo hecho de serlo, con independencia de su edad, sexo, profesión, religión, etc. Igualmente tiene soporte en el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C. N.)<sup>133</sup>.

De este modo Córdoba Angulo explica que “El bien jurídico que el legislador intenta proteger con la tipificación de estas conductas es la integridad moral, y más en concreto el honor. El honor representa un bien individual inmaterial y comprende básicamente dos

---

<sup>131</sup> Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 207.

<sup>132</sup> República de Colombia, *Código penal colombiano: Ley 599 de 2000*, ed. Luis Carlos Salas Toro, 1a. ed (Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2001), art. 220. El que haga a otra persona imputaciones deshonrosas, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes

<sup>133</sup> Córdoba Angulo, *Lecciones de derecho penal, parte especial*, 219.

modalidades”<sup>134</sup> estos son el concepto de honor objetivo y el concepto de honor subjetivo. El honor en sentido objetivo “Es la estimación o la opinión que los demás tienen de nosotros, o sea, la reputación, la honra. La reputación o la honra es fama, o sea la opinión que los demás tienen de nosotros por las virtudes que tenemos o aparentamos.”<sup>135</sup>. Por otra parte, el honor en sentido subjetivo “se identifica con el sentimiento que cada uno tiene de la propia dignidad moral y designa aquella suma de valores morales que el individuo se atribuye a sí mismo; o con el sentimiento íntimo de estimación y respeto por la propia dignidad”<sup>136</sup>.

Visto así el bien jurídico tutelado por el legislador (integridad moral), destaca en materia penal una regulación punitiva en cuanto corresponde a la *comunicación violenta* entre particulares que cause injuria a otra persona (natural o jurídica) bastante diferente de la *presunción de constitucionalidad del discurso ofensivo genérico* en materia constitucional. De este modo, Córdoba Angulo señala que “La injuria es toda afirmación o dicho constitutivo de molestia, agravio o ultraje manifestado injustamente con la intención de ofender, de desacreditar y de ridiculizar”<sup>137</sup>.

Por otra parte, y en estricto análisis del tipo penal consagrado en el artículo 220 del Código Penal, la doctrina plantea que “Las imputaciones deshonorosas pueden versar sobre conductas no punibles penalmente, como el adulterio, el homosexualismo, el alcoholismo y todas las que afecten a las personas en su manera de comportarse (dignidad) o menoscaben el respeto que se les debe tener (decoro). También caben las imputaciones relacionadas con deficiencias de carácter físico, intelectual o moral, que no se pueden resaltar aunque sean verdaderas”<sup>138</sup>.

Posteriormente, Córdoba Angulo explica que el artículo 220 del Código Penal “Se trata de un delito de mera conducta que se consuma en el momento en que se realiza la imputación deshonorosa. Puede ser cometida por cualquier persona y el sujeto pasivo también es indeterminado, es decir que puede ser titular del bien jurídico una persona natural o jurídica”<sup>139</sup>. Mediante auto de 29 de septiembre de 1983, la Corte Suprema de Justicia explicó que el tipo penal se estructura una vez se encuentren satisfechos los siguientes requisitos “1)

---

<sup>134</sup> Córdoba Angulo, 219.

<sup>135</sup> Córdoba Angulo, 219.

<sup>136</sup> Córdoba Angulo, 219.

<sup>137</sup> Córdoba Angulo, 221.

<sup>138</sup> Córdoba Angulo, 222.

<sup>139</sup> Córdoba Angulo, 222.

Que una persona impute a otra conocida o determinable un hecho deshonroso; 2) Que el imputado tenga conocimiento del carácter deshonroso del hecho, 3) Que el carácter deshonroso del hecho imputado dañe o menoscabe la honra de aquella persona; 4) Que el imputador tenga conciencia de que el hecho atribuido tiene esa capacidad de dañar o menoscabar la honra de la persona”<sup>140</sup>. Finalmente, el doctrinante Córdoba ángulo precisa que “Para consumir un delito de injuria no es necesario que las imputaciones deshonrosas sean falsas, exigencia propia de la calumnia”<sup>141</sup>.

En este sentido, lo que pretendo rescatar y que llama la atención, es que para la doctrina en materia penal y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Penal- “La injuria solo puede ser cometida de manera dolosa”<sup>142</sup>. Así, se pone en evidencia, como el elemento doloso en materia penal es entendido como una modalidad de la conducta punible de injuria (Art. 21 Ley 599 de 2000). De esta manera en derecho penal la modalidad dolosa en la conducta punible coincide con el elemento doloso como factor de atribución en materia de responsabilidad civil extracontractual para la *comunicación violenta* en redes digitales.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (en sentencia del 5 de abril de 1991) ha determinado que el dolo de la injuria “lo forman la conciencia y la voluntad de deshonrar, de lesionar la integridad moral de otro. Este elemento subjetivo se debe desentrañar de las circunstancias que rodearon el hecho, de los medios utilizados, de los antecedentes en la relación de los sujetos, de sus condiciones intelectuales y sociales, en fin, de todo aquello que permita tener certeza sobre la intención del autor de las imputaciones”<sup>143</sup>. Así es determinante comprender que el dolo de la injuria reviste la manifestación de la voluntad de injuriar, o *animus injuriandi*. Córdoba Ángulo indica que “Para que el hecho ofensivo o deshonroso que se imputa sea constitutivo del delito de injuria es necesario que esté presente en quien lo ejecuta el *animus injuriandi*, entendido este ánimo en sentido amplio, como la voluntad de ofender la integridad de otro”<sup>144</sup>.

---

<sup>140</sup> Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal, «Auto de 9 de septiembre de 1983.», *M. P. Fabio Calderón Botero.*, s. f.

<sup>141</sup> Córdoba Angulo, *Lecciones de derecho penal, parte especial*, 223.

<sup>142</sup> Córdoba Angulo, 222.

<sup>143</sup> Jairo López Morales, *Antecedentes del nuevo Código penal* (Santa Fe de Bogotá: Editorial Doctrina y Ley, 2000), 1392.

<sup>144</sup> Córdoba Angulo, 222-223.

Considero en este punto útil mencionar que el *animus injuriandi* no debería concebirse únicamente como un presupuesto en materia penal, pues teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico debe ser comprendido como un todo en sí mismo, le debería también ser propio por analogía al discurso ofensivo *genérico* en materia constitucional y civil.

Sobre el *animus injuriandi* ha dicho la Corte: “La injuria debe ser suficiente para inferir daño y debe estar acompañada del animus injuriandi por parte del sujeto activo. La gravedad de la injuria no depende por tanto de la susceptibilidad del ofendido ni de la interpretación que éste haga de la supuesta imputación deshonrosa sino de su verdadero contenido y alcance en forma tal que se traduzca en expresiones, términos o frases que constituyan o puedan constituir una afrenta al patrimonio moral de la víctima”<sup>145</sup>. Obsérvese que para la jurisprudencia en materia penal, el contenido y el alcance de las expresiones injuriosas lo que determina *el animus injuriandi* y no el análisis subjetivo de la víctima o particular ofendido.

Otro análisis jurídico merece lo dispuesto por el legislador en materia penal en el artículo 223 de la ley 599 de 2000 y que entrevé una consecuencia jurídica respecto de la materialización del delito de injuria y frente a mayor o menor graduación de la pena privativa de la libertad. Así, este artículo establece los supuestos de agravación de la pena respecto del delito de injuria: “Cuando alguna de las conductas previstas en este título se cometiere utilizando cualquier medio de comunicación social u otro de divulgación colectiva o en reunión pública, las penas respectivas se aumentarán de una sexta parte a la mitad”<sup>146</sup>.

Del estudio del artículo 223 de la ley 599 de 2000 se torna evidente que el delito de injuria es agravado cuando el bien jurídico tutelado de la integridad moral ha sido vulnerado por ejemplo en el *factum* que propone este trabajo (entre particulares en redes digitales). No obstante, el legislador también estableció un factor de atenuación en la conducta en el último inciso del artículo 223 en mención. De esta manera, será atenuada la conducta “Si se cometiere por medio de escrito dirigido exclusivamente al ofendido o en su sola presencia, la pena imponible se reducirá hasta en la mitad”<sup>147</sup>. La interpretación jurisprudencial que le ha dado la Corte Suprema de Justicia a estos factores de agravación o de atenuación de la

---

<sup>145</sup> Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal, «Auto del 27 de agosto de 1936, Cfr. Casación del 17 de marzo de 1987.», s. f.

<sup>146</sup> *Código penal colombiano*, art. 223.

<sup>147</sup> República de Colombia, art. 223.

conducta se enmarcan respecto del criterio de “exteriorización” de la *comunicación violenta*, tal como se desprende del siguiente extracto:

Tan cierto es esto que el legislador aumenta la pena en razón de la mayor potencialidad de difusión del medio empleado y la atenúa cuando la afirmación calumniosa o injuriosa se hace por medio de escrito dirigido únicamente al ofendido o en su sola presencia, caso en el cual, por ser este el árbitro de su propia estimación (honor subjetivo) y el único destinatario de la afrenta, se da también la divulgación compatible con esa especie de vilipendio (art. 316 C. P.). Con razón la calumnia y la injuria han sido calificadas como “delitos de exteriorización” ya que, mientras la ofensa no haya tenido “vida externa” no existe el reato<sup>148</sup>.

Dicho lo anterior, no debería existir duda alguna de que el discurso ofensivo *genérico* como el discurso *específico* de odio entre particulares en redes digitales en materia penal se configura en el tipo penal de injuria agravada. Por lo mismo, es que resulta imperativo efectuar las siguientes preguntas con el objeto de criticar la providencia SU-420 de 2019 de la Corte Constitucional: ¿Por qué en materia constitucional el discurso ofensivo entre particulares es protegido por la constitución gracias a la *presunción de constitucionalidad* importado del *libre mercado de ideas* de libertad de expresión, mientras que el legislador en materia penal ha dispuesto que frente a esta clase de discursos se predicaría una conducta *típica, antijurídica y culpable* que lesiona el bien jurídico tutelado “integridad moral”? ¿No es esto un contrasentido normativo susceptible de ser consolidado en un único sentido?

Así, del estudio del régimen en materia penal se desprende que el legislador penal decidió tipificar a la *comunicación violenta* (discurso ofensivo *genérico* y de odio *específico*), en conductas punibles que buscan proteger a la integridad moral como bien jurídico tutelado. Sin embargo, como toda regla general presenta excepciones, se destaca así, que a través de algunas otras instituciones jurídicas sustantivas pueda desmaterializarse la responsabilidad penal. Tal y como podrían ser los ejemplos de la retractación y rectificación del agresor, la indemnización de perjuicios a la víctima, o la *exceptio veritatis*<sup>149</sup>.

---

<sup>148</sup> Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal, «Sentencia del 26 de julio de 1983», s. f.

<sup>149</sup> Artículo 224. No será responsable de las conductas descritas en los artículos anteriores quien probare la veracidad de las imputaciones. Sin embargo, en ningún caso se admitirá prueba: 1. Sobre la imputación de cualquier conducta punible que hubiere sido objeto de sentencia absolutoria, preclusión de la investigación o cesación de procedimiento o sus equivalentes, excepto si se tratare de prescripción de la acción, y 2. Sobre la

2.4.4. *En virtud de la teoría del daño antijurídico, los efectos jurídicos del discurso ofensivo genérico y el discurso de odio específico, se enmarcan dentro del régimen de la responsabilidad civil extracontractual por el hecho o el acto ilícito.*

En virtud de la teoría del daño antijurídico y dado el evidente carácter lesivo del discurso ofensivo *genérico* y el discurso de odio *específico*, es factible inferir que los efectos jurídicos se enmarcan dentro del régimen de la responsabilidad civil extracontractual por el hecho o el acto ilícito. Así, la responsabilidad civil supone un deber de reparación patrimonial en cuanto corresponde a la indemnización de perjuicios materiales o inmateriales.

Esta tesis busca predicar que todo acto de *comunicación violenta*, inclusive los discursos de leve o de mediana intensidad (discurso ofensivo *genérico*) en redes digitales entre particulares produce un daño antijurídico automáticamente por el hecho o acto ilícito. Sin embargo, cada caso de *comunicación violenta* es único y requiere de un profundo análisis por parte del funcionario judicial para entender los factores de atenuación o de agravación en cuanto al factor de atribución (dolo) que pudiere producir el daño antijurídico. Para que la teoría del daño antijurídico por *comunicación violenta* pueda ser predicada dentro del régimen de la responsabilidad civil extracontractual requiere la materialización de un hecho o conducta ilícita que genere aquel daño, de igual modo se exige un nexo causal y un factor de atribución del emisor (dolo o culpa).

Partiendo de que la responsabilidad civil se genera por el hecho o acto ilícitos, considero relevante referirme al nexo causal. ¿Qué es el nexo causal? Esto es siguiendo a Valencia Zea y a Ortiz Monsalve la deducción de que “todo daño debe ser consecuencia de un acto culposo, en relación con la responsabilidad subjetiva”<sup>150</sup>. Es así como dicha consecuencia “entre el hecho (culposo o no culposo) imputable a una persona física o jurídica y el daño causado debe existir una relación de causalidad, es decir que el daño debe ser efecto o resultado de aquel hecho”<sup>151</sup>. Dicho planteamiento doctrinal permite establecer una relación jurídica entre la causa que produce el daño antijurídico y el efecto lesivo generado al receptor.

---

imputación de conductas que se refieran a la vida sexual, conyugal, marital o de familia, o al sujeto pasivo de un delito contra la libertad y formación sexuales. (República de Colombia, *Código penal colombiano*, art. 224).<sup>149</sup> Artículo 225. Retracción. No habrá lugar a responsabilidad si el autor o partícipe de cualquiera de las conductas previstas en este título, se retractare voluntariamente antes de proferirse sentencia de primera o única instancia, siempre que la publicación de la retractación se haga a costa del responsable, se cumpla en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación o en el que señale el funcionario judicial, en los demás casos. República de Colombia, art. 225.

<sup>150</sup> Valencia Zea y Ortiz Monsalve, *Derecho civil*. 3, 261.

<sup>151</sup> Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 261.

Según la doctrina, para que el nexo causal pueda ser demostrado ante el funcionario judicial se exigen “en general tres condiciones para decretar la responsabilidad por determinado hecho: que sea actual o próximo, necesario o determinante, y adecuado para causar determinado daño”<sup>152</sup>.

De esta manera, valga mencionar que existen múltiples teorías de nexo causal, entre las cuales destacan la “teoría de la equivalencia de las condiciones” entendida como que todos los puntos de contacto son equivalentes en la causación de un daño, como por ejemplo se predicaría de un accidente de tránsito, en el cual un perro cruza una avenida transitada, produciendo que un carro por esquivarlo choque a otros tres carros, y que uno de estos últimos carros termine destruyendo un local comercial. En el ejemplo expuesto, dicha teoría culparía al perro, y también a todos los carros involucrados en la destrucción del local comercial porque el nexo causal se predicaría de todos los puntos de contacto que han generado dicho daño antijurídico. En redes digitales, aplicar dicha teoría implicaría culpar no solo a los usuarios, sino también a las redes digitales por permitir la *comunicación violenta*, e inclusive trasladar la responsabilidad a cualquier página web, servidores, e inclusive podría escalarse hasta buscar responsabilizar a los países dueños de los dominios web.

Por su parte, “la teoría de la causalidad adecuada” en el ejemplo expuesto, únicamente presentaría como relevante en materia de nexo causal, al último carro que produce la destrucción del local comercial, pues solo le interesa el último punto de contacto en la causación del daño. Es por esto, que en este trabajo propongo para la *comunicación violenta* que el nexo causal se enmarque dentro la teoría de la causalidad adecuada explicada esta por la doctrina como aquella en la que “para que una culpa se considere como causa del daño es necesario que normalmente esa culpa sea apta para causar el daño en cuestión”<sup>153</sup> Por lo tanto, según esta doctrina, “el resultado será adecuado si un viajero, por el hecho de perder el tren, perdió también la ocasión de celebrar un negocio ventajoso; en cambio, el accidente que sufre un viajero por la demora del sastre en entregarle un abrigo es una consecuencia “de todo punto anormal”, y por lo tanto, inadecuada, o sea que no puede imputarse a la demora o culpa del sastre en cumplir su obligación”<sup>154</sup>. De este modo la *comunicación violenta* en redes digitales requiere únicamente que se examine el último punto de contacto, esto es quien

---

<sup>152</sup> Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 262.

<sup>153</sup> Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 265.

<sup>154</sup> Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 265.

es el emisor o usuario violento y el contenido de dicho discurso ofensivo *genérico* o de odio *específico*.

Respecto del factor de atribución, Valencia Zea y Ortiz Monsalve estudian los “fundamentos modernos para la reparación del daño”<sup>155</sup> indicando que “el principio de la culpa prevalece tanto en el derecho positivo como en los principales sistemas de derecho comparado para los daños cuya fuente es o una acción personal”<sup>156</sup>. En este punto observan que lo “principal para determinar esta clase de responsabilidad es la prueba del elemento psicológico y que conduce al examen de la conducta del autor del daño”<sup>157</sup>. Así “Respecto de ciertas acciones, el elemento psicológico (dolo o culpa) está dado teniendo en cuenta la propia naturaleza de la acción”<sup>158</sup>. Finalmente indican los autores que “la doctrina recurre sobre el particular a la elaboración de un concepto objetivo o abstracto de culpa. Al respecto tenemos en cuenta la conducta u obrar que debe ajustarse al modo como actúan las personas prudentes y diligentes y no al modo como ha obrado en cada caso singular el autor del daño”<sup>159</sup>.

De esta forma y como puede verse, opera en Colombia la presunción de la culpa como fuente de responsabilidad civil subjetiva, lo que no significa que necesariamente el factor de atribución tenga que ser la culpa, porque también puede ser el dolo, este último es en síntesis el factor de atribución de la *comunicación violenta* en redes digitales entre particulares al tenor del artículo 63 del Código Civil -último inciso-, el cual dispone que “el dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”<sup>160</sup>.

En preliminar conclusión, la naturaleza jurídica de la *comunicación violenta* entre particulares en redes digitales puede predicarse en el derecho civil colombiano así: mientras que el discurso ofensivo *genérico* es acto jurídico unilateral por contener los postulados taxativos del artículo 1502 del Código Civil, el discurso de odio *específico* es un delito al tenor del artículo 1494 del Código Civil. Dicha naturaleza permite entrever, el efecto jurídico consecuente, esto es, crear un daño antijurídico para el particular ofendido. De esta forma es

---

<sup>155</sup> Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 211.

<sup>156</sup> Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 211.

<sup>157</sup> Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 211.

<sup>158</sup> Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 211.

<sup>159</sup> Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 211.

<sup>160</sup> República de Colombia, *Código civil*, art. 63.

como se arriba a la conclusión de que la *comunicación violenta* es del interés del régimen de responsabilidad civil extracontractual.

Así las cosas, se estaría cumpliendo con los presupuestos de la teoría del daño antijurídico. Pues en materia de *comunicación violenta*, en virtud de un hecho o acto ilícito contrario a derecho, explicado por un nexo causal y que encuentre como factor de atribución al dolo imputable al agresor, podría llegar a configurar así dicha responsabilidad jurídica civil extracontractual. De este modo se conseguiría el fin superior u objeto de la responsabilidad civil, la cual tiene por finalidad resarcir económicamente los perjuicios patrimoniales: daño emergente, lucro cesante. Como también los extrapatrimoniales tales como el daño moral, el daño fisiológico en la vida de relación, el daño a la salud, o el daño a bienes jurídicos de especial protección constitucional. No obstante, valga mencionar que dichos perjuicios deberán ser acreditados ante el funcionario judicial para lograr su tutela judicial efectiva.

*2.4.6. La responsabilidad civil extracontractual producto de la comunicación violenta en internet, operaría no solo en la jurisdicción civil, sino también en la jurisdicción penal e inclusive de manera excepcional en la jurisdicción constitucional al tenor del Decreto 2591 de 1991.*

Asimismo, respecto de los efectos jurídicos lesivos producidos por el daño antijurídico en el marco de la *comunicación violenta* en redes digitales, es importante mencionar que encuentran repercusiones en distintas ramas del derecho nacional, destacándose las jurisdicciones: constitucional, civil, y penal. Por lo anterior dichos efectos son del interés del derecho nacional. Pues si se piensa desde la óptica del particular ofendido, las acciones judiciales que tiene a su alcance para defenderse implicarían el litigio en alguna o en varias de aquellas jurisdicciones del escenario judicial colombiano.

Resulta interesante precisar por que la propuesta de regulación de este trabajo debería ser jurídica y no de otro tipo. Esto es porque existen derechos fundamentales involucrados (honra, intimidad, buen nombre, dignidad humana, presunción de inocencia) del receptor y además se evidencia una a asimetría de poder de los usuarios versus los emisores quienes cuentan con absoluta libertad para emitir sus opiniones o ideas ofensivas *genéricas*. Ahora bien, mientras continúe el debate de si es conveniente o no preservar el régimen de *libre mercado de ideas* de libertad de expresión operante en Colombia, y ante la ausencia de

regulación de carácter estatal que interpele por eliminar la *presunción de constitucionalidad* del discurso ofensivo *genérico* entre particulares, deviene necesario ubicar, por ejemplo, a un particular que quiera buscar tutela judicial efectiva a sus presuntos derechos vulnerados en juicio. ¿Qué herramientas jurídicas le da a un particular agraviado en sus derechos el ordenamiento nacional por el fenómeno de la *comunicación violenta* en internet?

En este punto considero necesario presentar las opciones (en materia de acciones judiciales) que un abogado le recomendaría a un particular ofendido para declarar en sede judicial los perjuicios ocasionados por la *comunicación violenta* en redes digitales. En primer lugar, se presentaría la acción de tutela, con la finalidad de presentarle al juez constitucional la necesidad de amparar los derechos fundamentales a la intimidad, honra, buen nombre, y dignidad humana. Valga mencionar que la acción de tutela permite al juez constitucional la condena de perjuicios de manera excepcional al tenor del derecho reglamentario 2591 de 1991, incluyendo así la teoría del daño antijurídico y de la responsabilidad civil extracontractual. En segundo lugar, se encontraría la acción civil de responsabilidad extracontractual, la cual se surtiría ante la jurisdicción ordinaria a través de un proceso verbal --y en la cual tendría que agotar la conciliación como requisito de procedibilidad-- y por demás demostrar los perjuicios que pretendería hacer valer en el juramento estimatorio. En tercer lugar, se presentaría la acción penal, la cual podría enmarcarse en los tipos penales de injuria y/o calumnia establecidos en la ley 599 de 2000 y que tendría como finalidad, o bien la retractación, o bien la sentencia condenatoria de responsabilidad penal, con su correspondiente indemnización de perjuicios a través del incidente de reparación integral, que en definitiva consiste en la demostración y condena patrimonial de los perjuicios civiles en el proceso penal<sup>161</sup>.

---

<sup>161</sup> República de Colombia, *Código de procedimiento penal (Ley 906 de 2004): comentado*, ed. Eric Lorenzo Pérez Sarmiento (Bogotá, Colombia: Editorial Temis S. A, 2006). Artículo 102. En firme la sentencia condenatoria y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador convocará dentro de los ocho (8) días siguientes a la audiencia pública con la que dará inicio al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y ordenará las citaciones previstas en los artículos 107 y 108 de este Código, de ser solicitadas por el incidentante. Artículo 105. En la misma audiencia el juez adoptará la decisión que ponga fin al incidente, mediante sentencia.

Sin embargo, y para traer a colación un ejemplo, en el derecho penal existe la posibilidad de la retractación o incluso de la exoneración de responsabilidad penal en ejercicio de la *exceptio veritatis*, situación que no del todo solventaría el daño antijurídico causado al receptor del mensaje. De igual modo, ante la ausencia de una sentencia condenatoria, no podría ser viable llegar a un incidente de reparación integral. Empero, la acción de tutela y el decreto 2555 de 1991 establece una posibilidad no muy predilecta para los jueces de la república encaminada a lograr la reparación de perjuicios por medio de la acción constitucional. Si bien es de carácter excepcional, algunos fallos de la Corte han ordenado la reparación económica de las partes afectadas, situación que podría aplicarse en materia de discurso ofensivo entre particulares en redes digitales si se ubica la controversia en el juez constitucional.

Otros aspectos relacionados con los tipos de injuria y calumnia también han sido dilucidados por la jurisprudencia de la Sala de Casación penal de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, ha determinado que cuando los derechos al buen nombre y a la honra han sido restablecidos mediante la retractación ordenada en una sentencia de tutela no hay lugar al inicio de la acción penal”<sup>162</sup>

De este modo, el foco central de esta tesis no encuentra otra intención diferente a entender el derecho fundamental a la libertad de expresión en materia de discurso ofensivo *genérico*, lo que permite justificar que el enfoque de investigación sea más que todo en el derecho constitucional colombiano. Así, para entender el fundamento del régimen de *libre mercado de ideas* establecido por la Corte Constitucional en Colombia, y reafirmado en la SU 420 de 2019, se debe presumir la constitucionalidad del discurso ofensivo *genérico* entre particulares, lo que supone un amplio espectro de libertad de expresión

## 2.5. Conclusión

En este capítulo se han presentado conjuntamente la definición, y el alcance del fenómeno de la *comunicación violenta* en internet. Esto ha permitido analizar la naturaleza jurídica del fenómeno en mención como un hecho jurídico a la luz de la doctrina civilista. Así, se propone que dicha *comunicación violenta* se encuentra integrada por dos clases de

---

<sup>162</sup> Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia C-442/11», M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, 25 de mayo de 2011, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-442-11.htm>.

discursos (i) el discurso ofensivo *genérico* como un *acto jurídico unilateral* porque cumpliría con los criterios taxativos del artículo 1502 del Código Civil. (ii) El discurso de odio *específico* como un *delito* al tenor del artículo 1494 del mencionado estatuto. Los efectos de estos discursos es el mismo, a pesar de que podrían contener diferentes cargas o grados de violencia. Dichos efectos podrían configurarse en lo contemplado por el legislador en el artículo 2341 del Código civil, esto es la teoría del daño antijurídico y su correspondiente deber de reparación patrimonial. Todo lo anterior, obliga a considerar críticamente el ideal social, jurídico y político de que cualquier opinión se encuentra amparada por el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión por parte de cualquier ciudadano.

Así las cosas, las pasadas páginas quisieron poner en evidencia la construcción de la naturaleza jurídica de ambos discursos (genérico y específico), para advertir que el acto comunicativo violento contiene efectos jurídicos, en cuanto podría predicarse el daño antijurídico como una fuente de responsabilidad civil y penal, lo que entonces demostraría la irradiación de sus efectos en las diferentes ramas del derecho colombiano. Estos efectos jurídicos encuentran relevancia para el desarrollo de la acción de tutela, en cuanto es posible —excepcionalmente— solicitar perjuicios en el desarrollo de la acción constitucional. Asimismo, esta distinción permite poner en entredicho los fundamentos de lo que la Corte Constitucional ha construido vía jurisprudencial como regla jurisprudencial en materia de discurso ofensivo entre particulares en redes sociales, es decir, me refiero a “la *presunción de constitucionalidad* del discurso ofensivo *genérico*”.

## CAPITULO 3

### 3.1. Introducción

El *tercer* capítulo se destaca primariamente, por iniciar con un recuento de los antecedentes legales de derecho positivo del modelo de *libre mercado de ideas*. De esta manera se analizará el artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, aplicable al ordenamiento jurídico en virtud del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, así como también se estudiará el contenido sustantivo del artículo 20 de la Constitución Política colombiana. Justamente, fruto de la interpretación de los funcionarios judiciales en materia constitucional tanto el artículo 13 de la convención, como del artículo 20 superior, es que, tratándose de discurso ofensivo entre particulares en redes digitales, surge el debate en cuanto

debe definirse por parte de los togados el alcance del amplio espectro de libertad de expresión, sin dejar de lado aquellas afectaciones a derechos fundamentales de terceras personas.

Posteriormente, en cuanto a los antecedentes jurisprudenciales del *libre mercado de ideas*, se destacan las providencias: T-403/92, T-437/04, SU-626/15, T-179/19. Dada la arquitectura de las subreglas jurisprudenciales que forman en su conjunto la regla jurisprudencial de “*presunción de constitucionalidad*” del discurso ofensivo *genérico* entre particulares, afirmaré que la aplicación de *test* de relevancia constitucional demuestra que la Corte Constitucional se compromete con un modelo de libertad de expresión fundamentado en el *libre mercado de ideas* de Mill, Meiklejohn y Holmes, destacados representantes de una ideología liberal que percibo está en la base de la argumentación de la decisión de la Corte.

En estas providencias, los mismos funcionarios judiciales de la Corte han señalado expresamente que existe una preferencia en materia de interpretación constitucional del derecho fundamental a la libertad de expresión, de cara a reafirmar la aplicabilidad del régimen de *libre mercado de ideas* en el derecho colombiano. Lo cual se explica desde la *presunción de constitucionalidad* de la libertad de expresión, la sospecha de inconstitucionalidad de la figura de un regulador y las medidas que este pueda tomar en materia de censura, y finalmente, en cuanto a la carga de la prueba que, siguiendo el precedente establecido, termina por imponerle la obligación de la prueba al particular afectado en su honra, intimidad y buen nombre. Secundariamente, el tercer capítulo continúa con un análisis estático del precedente judicial en materia de discurso ofensivo en redes digitales en Colombia.

Así las cosas, siguiendo la teoría de López Medina, se pondrá en evidencia como la *presunción de constitucionalidad* del discurso ofensivo ha sido controversial y poco pacífico al interior de la Corte Constitucional Colombiana. Creando así una línea jurisprudencial poco uniforme o con orillas completamente diferentes. De esta forma, es tal la ausencia de uniformidad de las providencias, que mejor se expondrán dos líneas jurisprudenciales que encuentran como punto de partida a la providencia T-391/07. Estas líneas jurisprudenciales entrevén los escenarios constitucionales (de constitucionalidad o de inconstitucionalidad) en los que se enmarca el debate para el cuerpo colegiado.

Entonces, la metáfora de “*libre mercado de ideas*” se encuentra interpretada en un sentido más estricto a lo que refiere ese amplio margen de libertad de expresión, en lo que podríamos denominar la “línea jurisprudencial (A)”, integrada por las providencias: T-243/18, T-117/18, T-695/17, T-145/16, T-050/16, T-110/15, T-713/10, T-550/12. Para estas providencias, el discurso ofensivo *genérico* entre particulares en redes digitales es comprendido como no protegido por la constitución, se asemejaría prácticamente a un discurso *específico* de odio y los efectos de este razonamiento suponen la presunción de inconstitucionalidad (sospecha de declaratoria de inconstitucionalidad o censura del discurso). Lo que presupone la tutela a los derechos a la honra intimidad y buen nombre del particular afectado.

Por otra parte, se encuentra la “línea jurisprudencial (B)”, la cual se compone por las providencias: SU-420/19, T-361/19, T-179/2019, T-102/19, SU-626/15, C-422/11 y T-391/07, y que en contraposición a la “línea jurisprudencial (A)” se caracteriza por tener una interpretación más débil en términos de favorecer en mayor medida al amplio espectro de libertad de expresión. Así, dichas providencias revisten al discurso ofensivo entre particulares en redes sociales con una *presunción de constitucionalidad*, es decir, que primaría la libertad de expresión de forma casi absolutista, teniendo como consecuencia que, por regla general, para censurar dicho discurso se requiere cumplir con las herramientas técnicas de ponderación, tal como lo establece el *test de relevancia constitucional* y el *test estricto de proporcionalidad sui generis de libertad de expresión*.

Terciariamente, el *tercer* capítulo analiza un caso específico de discurso ofensivo entre particulares en redes digitales cuyos hechos se encuentran contenidos en el expediente T-6.683.135, que dio lugar a la providencia SU-420 de 2019 de la Corte Constitucional. De este modo, producto del análisis, tanto de los hechos, como de las pretensiones del tutelante, se abordará la regla jurisprudencial allí reafirmada por esa sentencia, la cual, siguiendo a López Medina, sería tanto una sentencia hito consolidadora de línea jurisprudencial, como también una sentencia dominante, la cual reafirma nuevamente la “*presunción de constitucionalidad del discurso ofensivo entre particulares*” bajo siete aproximaciones que implican una conclusión valorativa de dicha presunción.

Dichas aproximaciones son las siguientes: (i) en primer lugar, se abordará la definición jurisprudencial que ha construido la Corte Constitucional en materia de discurso

ofensivo. (ii) En segundo lugar, explicaré el concepto de lo que en palabras de la Corte se denomina “*presunción de constitucionalidad*” del discurso ofensivo entre particulares en redes digitales, y los efectos de esta presunción como fuente de derecho constitucional. (iii) En tercer lugar, se revisarán los contenidos y la metodología del *test de relevancia constitucional*<sup>163</sup>. (iv) En cuarto lugar, se analizará un segundo *test*, denominado *test estricto de proporcionalidad sui-generis de libertad de expresión*, también establecido por la SU-420 de 2019. Este segundo *test*, pretende la ponderación entre el derecho fundamental a la libertad de expresión en redes digitales y otros derechos fundamentales tales como la honra, la intimidad y el buen nombre del particular afectado que utiliza la acción de tutela. (v) En quinto lugar, como se verá en líneas posteriores, del análisis de los hechos y de la aplicación del *test de relevancia constitucional*, se advertirá su resultado en el expediente T-6.683.135, de este modo, se considera que en ese caso las expresiones ofensivas son constitucionalmente relevantes, y por lo mismo, es posible proceder con el desmantelamiento de la *presunción de constitucionalidad*. (vi) En sexto lugar se abordará el resultado en cuanto a la aplicación del *test estricto de proporcionalidad sui generis de libertad de expresión* en el expediente T-6.683.135. (vii) En séptimo lugar, se analizará la *ratio decidendi* del expediente T-6.683.135 contenido en la providencia SU-420/19 y el *Resuelve o Decisum* de la misma.

Gracias a esto, quedará en evidencia cómo se logra derribar la *presunción de constitucionalidad* mediante dichas herramientas jurídicas (los *test* mencionados)<sup>164</sup> para declarar así judicialmente como inconstitucional al discurso ofensivo *genérico* entre particulares en redes digitales. Así las cosas, siempre y cuando se satisfagan estas subreglas jurisprudenciales, es como finalmente el juez constitucional logra arribar a la declaratoria de tutelar los derechos fundamentales del sujeto particular afectado en su honra, intimidad y buen nombre por actos comunicativos relacionados con el discurso ofensivo *genérico*.

---

<sup>163</sup> Que en síntesis se compone por los siguientes elementos: “(i) Quién comunica: esto es, el emisor del contenido, (ii) Respecto de quién se comunica, es decir, la calidad del sujeto afectado, (iii) Cómo se comunica a partir de la carga difamatoria de las expresiones” Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia SU-420/19».

<sup>164</sup> Corte Constitucional de Colombia. (i) Una carga difamatoria voluminosa, (ii) Un nivel de reproducción extenso en los perfiles de las redes digitales de los particulares; que dependa (iii) La calidad del receptor y del sujeto afectado. (iv) Y, que además la medida que busque restringir el discurso ofensivo en concreto logre superar con posterioridad un *test* de proporcionalidad en sentido estricto

### 3.2. Antecedentes legales y jurisprudenciales del “libre mercado de ideas”

En este capítulo, se analizan los antecedentes legales y jurisprudenciales de la metáfora de “libre mercado de ideas” de la libertad de expresión. Al respecto, el marco legal de derecho positivo que consagra dicha metáfora se encuentra inicialmente en el artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Este le es aplicable al ordenamiento jurídico colombiano a través del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, por tratarse la libertad de expresión de un derecho fundamental:

#### “Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

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.

3. No se puede 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<sup>165</sup>.

Por su parte, en derecho colombiano se encuentra el artículo 20 de la Constitución Nacional el cual establece que: “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”<sup>166</sup>.

---

<sup>165</sup> Organización de los Estados Americanos, «Convención Americana sobre Derechos Humanos», art. 13, accedido 18 de octubre de 2023, <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>.

<sup>166</sup> República de Colombia, *Constitución Política de Colombia*, art. 20.

De esta forma, traigo a colación el artículo 13 recientemente incorporado, así como también pretendo referirme al artículo 20 constitucional, con el objeto de destacar en síntesis, en lo que respecta a la jurisprudencia constitucional colombiana en materia de libertad de expresión, que es frente a la interpretación constitucional del artículo 13 de la Convención y del 20 superior bajo los supuestos de afectación de derechos de terceros como honra, intimidad y buen nombre, que los razonamientos de la Corte Constitucional han colisionado en cuanto a lo que respecta a la constitucionalidad o inconstitucionalidad del discurso ofensivo. Situación jurídica que, en definitiva, es realmente llamativa e interesante para el derecho colombiano y para este investigador, lo anterior se menciona en virtud de que no es típico encontrar dos posturas tan alejadas e irreconciliables en el mismo cuerpo colegiado.

En cuanto a lo que tiene que ver con los antecedentes jurisprudenciales de la metáfora de *libre mercado de ideas*, sea de mencionar, que la misma Corte ha mencionado de forma expresa y clara, que este es el régimen aplicable al derecho colombiano y lo justifica con el artículo 13 de la Convención y el artículo 20 constitucional. Así las cosas, y en cuanto a los hallazgos de esta investigación arrojan, el camino inicia para el alto tribunal en el año 1992, en la providencia T-403/92; es desde este momento que la Corte comienza a nutrir sus sentencias con la metáfora de “*libre mercado de ideas*”<sup>167</sup>. El sentido de este fallo consistió

---

<sup>167</sup> Procedo a exponer los hechos de la providencia T-403/92: “Varios residentes del Barrio Gaitán del municipio de Barbosa, Santander, presentaron por escrito el día 16 de septiembre de 1991 ante la Inspección Departamental Permanente de Policía una queja contra el señor EUCLIDES ALVARO SIERRA HERNANDEZ, dado que éste utilizaba un equipo de amplificación "a todas horas pero más a las horas del medio día, para proclamar la religión evangélica sin hallarse en esa casa Iglesia o culto alguno y sin tener respeto por la religión de cada cual". Señalan los peticionarios que, además, la conducta del señor Sierra "dificulta la atención para observar televisión o conciliar el descanso o siesta tanto de mayores como de lactantes". 3. Luego de intentar resolver en vano el problema por intermedio de la señorita SOFIA SIERRA, hija del señor SIERRA HERNANDEZ, y, después de recibir varias llamadas telefónicas de los vecinos del sector quiénes se quejaban por el alto volumen del altoparlante, el día 20 de septiembre de 1991 la Inspección Departamental Permanente de Policía ordenó a un sargento de policía conducir al mencionado señor SIERRA a la Inspección y apagar el equipo amplificador. La inspección puso de presente al señor EUCLIDES SIERRA que su acción alteraba el orden público y que para reanudar el uso del equipo amplificador requería de un permiso especial de la Alcaldía. 4. El señor SIERRA HERNANDEZ procedió a solicitar a la Alcaldía Municipal de Barbosa el permiso para utilizar un altoparlante ubicado en su casa de habitación a fin de divulgar "la palabra de Dios". En su solicitud reconocía el respeto debido a las autoridades y a los vecinos, por lo cual sugería un horario diario de 11:30 a.m. a 12:00 a.m. y de 5:00 p.m. a 6:00 p.m. para ejercer su derecho. 5. La anterior solicitud se despachó negativamente mediante oficio número 000090 de la Alcaldía Municipal de Barbosa del 7 de octubre de 1991, en razón de la perturbación a la paz pública que se producía con el altoparlante, según quejas presentadas por varias personas ante la Inspección de Policía. Posteriormente, ante el juez 1o. Civil Municipal, el Alcalde Municipal fundamentó su decisión de negar el permiso en lo que sobre el particular establecía el Código Nacional de Policía”. Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia T-403/92», *M.P.*

en proteger la libre expresión del emisor de la opinión religiosa, que había sido censurada por la administración municipal del lugar de los hechos, bajo el entendido que “la libertad de expresar y difundir los propios pensamientos y opiniones es esencial para el *“libre mercado de ideas”*, imprescindible en una sociedad democrática, participativa y pluralista. No existe democracia donde se acallen violentamente las ideas; no hay república pluralista donde se niegue la diversidad o se imponga la intolerancia; tampoco será posible la participación democrática y pluralista, cuando una concepción o credo oficial desde el poder restringe los derechos y libertades cuya protección corresponde precisamente a la autoridad”<sup>168</sup>. Al respecto sea de mencionar, que la Corte repite exactamente la misma oración en Sentencia T-437/04<sup>169</sup>, reafirmando su aplicabilidad en el ordenamiento colombiano para el año 2004. Ulteriormente, en Sentencia SU-626/15<sup>170</sup>, se amplía el concepto de la metáfora de *libre mercado de ideas* de la siguiente manera:

“El carácter pluralista de la República (art. 1) exige que las más diversas *visiones del mundo*, puedan ser expresadas, difundidas y defendidas en un libre, amplio y protegido *“mercado de las ideas”* La metáfora del mercado, recogida en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al prohibir cualquier restricción que pueda afectar la

---

Eduardo Cifuentes Muñóz, 3 de junio de 1992, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-403-92.htm>.

<sup>168</sup> Corte Constitucional de Colombia, 403.

<sup>169</sup> Procedo a transcribir los hechos de la providencia T-437/04: “Señala el actor que el equipo periodístico de la Revista Cambio, publicó en su edición No. 510 del 7 de abril de 2003, un artículo que denominó *“la piedra en el zapato”*. Considera que los hechos relatados en el mencionado artículo son falsos, injuriosos y calumniosos, y que por tanto atentan contra su honra y buen nombre, razón por la cual considera que deben ser *“rectificados con el mismo despliegue periodístico utilizado en la publicación referida”*. Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia T-437/04», M.P. Clara Inés Vargas Hernández, 6 de mayo de 2004, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-437-04.htm>.

<sup>170</sup> Procedo a extraer los hechos conforme se encuentran mencionados en SU-626/15: “1.1. Derechos fundamentales invocados. El señor Fernando Beltrán presentó acción de tutela en contra del Museo Santa Clara y el Ministerio de Cultura por considerar violados el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la libertad de cultos reconocidos, respectivamente, en los artículos 16 y 19 de la Constitución. 1.2. Conducta que causa la vulneración. La invitación que hizo el Museo Santa Clara, administrado por el Ministerio de Cultura, a la exposición temporal *“Mujeres Ocultas”* de la artista María Eugenia Trujillo Palacio. 1.3. Pretensiones de la demanda. (i) Amparar el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la libertad de cultos. (ii) Ordenar a la administración del Museo Santa Clara y a las autoridades del Ministerio de Cultura la cancelación de la exposición *“Mujeres Ocultas”* de la artista María Eugenia Trujillo. (iii) Adoptar, de ser ello posible, medidas cautelares con el fin de impedir la apertura, lanzamiento y publicitación de la exposición, programada para el jueves 28 de agosto de 2014, hasta que a través de sentencia se adopte una decisión definitiva”.

Corte Constitucional de Colombia, «SU 626-15 Corte Constitucional de Colombia», accedido 16 de octubre de 2023, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU626-15.htm>.

libre “*circulación de ideas y opiniones*”, refleja el hecho de que los juicios respecto de la verdad o falsedad, corrección o incorrección, bondad o maldad, belleza o fealdad de una idea, de un pensamiento, de una opinión o, en general, de cualquier expresión, son mejor comprendidos cuando la sociedad y el Estado aseguran una amplia red de oferentes y medios de expresión y una amplia red de canales de acceso a tales ideas, pensamientos y opiniones. Dicho objetivo se alcanza proscribiendo las formas de control al contenido de las expresiones, previendo amplios medios para su divulgación y fijando reglas que impidan y sancionen las interferencias en los contenidos amparados por la libertad”<sup>171</sup>.

Finalmente, en providencia Sentencia T-179/19<sup>172</sup> se termina de fijar la subregla jurisprudencial que establece el régimen de *libre mercado de ideas* de libertad de expresión. Esto impacta en cuanto a la obligatoriedad del precedente en la adopción de nuevas decisiones judiciales, por revestir la característica de ser fuente formal de derecho, cuestión esta última que explicaré más adelante, así, la metáfora de *libre mercado de ideas* se comprende para el alto tribunal en el año 2019 de la siguiente forma:

“83. En suma, el derecho a la libertad de expresión es un elemento estructural dentro de la democracia, pues actúa como un escudo que protege el acto de comunicar y con ello, el libre intercambio de ideas. La protección del derecho individual a la libertad de expresión garantiza, *prima facie*, una amplia libertad sin interferencia, ni modulación, para difundir opiniones, pensamientos, concepciones e informaciones, y en ese sentido, adquiere relevancia colectiva, pues permite que la sociedad busque y reciba la multiplicidad de expresiones antes mencionadas.

Dicho esto, en esta providencia, el cuerpo colegiado determina una serie de presunciones relativas a la libertad de expresión, así como también establece sobre quien (persona natural o jurídica) recae la carga de la prueba para “pretender” su restricción: “84. El

---

<sup>171</sup> Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia SU-626/15», M.P. Mauricio Gonzales Cuervo, 1 de octubre de 2015, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU626-15.htm>.

<sup>172</sup> Estos son los hechos de la providencia T-179/19: El veintisiete (27) de febrero de 2018, según consta en el expediente, el usuario de Facebook “MJD” hace una publicación por primera vez contra el accionante<sup>[3]</sup>, compartiendo un *estado*<sup>[4]</sup> que contiene la foto del señor Giraldo Saldarriaga y el siguiente texto: “*Denuncio social y ética mente a este sujeto (sic). Valiéndose (sic) de la (sic) condición de pastor y reconciliador de pareja sigue engañado. Estafando y adoctrinando a menores de edad como a mi (hija). Daniela usa mentes debilis (sic) (...) Para estafar a nombre de la Biblia*” Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia T-179/19», M.P. Alejandro Linares Cantillo, 7 de mayo de 2019, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-179-19.htm>.

carácter preferente de la libertad de expresión se refuerza con cuatro presunciones: (i) la presunción de cobertura de toda expresión dentro del ámbito de protección constitucional; (ii) la sospecha de inconstitucionalidad respecto de cualquier limitación o regulación estatal; (iii) la presunción de primacía de la libertad de expresión sobre otros derechos, valores o intereses constitucionales con los que pueda llegar a entrar en conflicto; y (iv) la prohibición de la censura en tanto presunción imbatible, que permite decir, en principio, que los controles al contenido de las expresiones son una modalidad de censura”<sup>173</sup>.

Como se puede ir dando cuenta el lector, el régimen de *libre mercado de ideas* es extremadamente amplio. Tengo las siguientes críticas a dichas presunciones: Primariamente en cuanto a la excesiva autonomía individual, pues son pocos los discursos que no gozan de la protección constitucional, pues tal como se mencionó con anterioridad, los discursos no protegidos son aquellos (i) discursos de odio que contienen una carga alta de violencia (frente a los cuales no hay duda de su inconstitucionalidad por disposición expresa del artículo 13 de la Convención), tal como se desprende de la definición y contenido fáctico de discurso de odio *específico* utilizado por la Corte en providencia T- 031/20<sup>174</sup> para declarar en sede judicial su inconstitucionalidad (ii) y digamos que recaería la sospecha de inconstitucionalidad sobre aquellos discursos ofensivos con una carga media y leve de violencia siguiendo la doctrina de Valiente Martínez y de Miró Llinarés (lo que sería muy difícil de demostrar). Asimismo, resulta intimidante que se consagre una sospecha de inconstitucionalidad respecto de la regulación estatal en materia de libertad de expresión. Por demás, no parecería sorprendente establecer expresamente la primacía de la libertad de expresión sobre otros derechos, pues bien, realmente este es el contenido sustantivo del *libre mercado de ideas* de libertad de expresión, el cual puede evidenciarse como vigente en el discurso de odio *específico* dado el absoluto nivel de autonomía en materia de libertad de expresión: “El libre acceso y la decisión autónoma sobre el contenido de las publicaciones,

---

<sup>173</sup> Corte Constitucional de Colombia.

<sup>174</sup> “El discurso de odio [...] debe entenderse como el uso de una o más formas de expresión específicas –por ejemplo, la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupos de personas y la justificación de esas manifestaciones– basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual”. Corte Constitucional de Colombia, «T-031/2020», M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, s. f., <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2020/T-031-20.htm>.

la difusión inmediata en un número de destinatarios exponencialmente alto, la indisponibilidad de la información una vez incorporada en la red social y la espontaneidad con la que la misma se expande”<sup>175</sup>.

Por lo anterior, este trabajo no comparte la interpretación de la Corte del régimen de *libre mercado de ideas* cuando propone como solución, que en aquellos casos de comunicación violenta en internet se deba cumplir con la debida diligencia en relación con la veracidad e imparcialidad de las ideas y opiniones:

(...) exige una especial atención en relación con la veracidad e imparcialidad de la información u opinión que se publica, por la posibilidad de afectación de los derechos de terceras personas. De manera que, si bien la percepción sobre las redes sociales puede ser desprevenida y, en este sentido, entendida por la mayoría de los usuarios simplemente como una actividad de comunicación entre conocidos o de ocio, el hecho que tenga una alta potencialidad de afectar derechos exige de los usuarios una conciencia, cuidado y observancia de los presupuestos constitucionales a la hora de publicar contenido que va más allá de lo personal o de una mera opinión<sup>176</sup>.

En definitiva, es la opinión de este trabajo que la exigencia del deber de debida diligencia del emisor indicaría a todas luces una mayor necesidad de regulación de la *comunicación violenta* en internet. Toda vez que mientras el *libre mercado de ideas* sea el régimen jurídico vigente en materia de libertad de expresión, el juez constitucional siempre deberá ponderar los derechos en tensión, para proteger uno u otro derecho (emisor vs. receptor), tal como menciona la Corte: “sin perjuicio del medio de comunicación – tradicional o digital–, el juez debe hacer un ejercicio de ponderación de los derechos en tensión para establecer si, en el contexto de caso concreto, la libertad de expresión debe ceder, y adoptar el remedio judicial que resulte menos lesivo para esta garantía fundamental, al tiempo que logre hacer cesar la vulneración de derechos encontrada, y su restablecimiento, si ello fuera posible”<sup>177</sup>.

Ahora bien, en tanto a la carga de la prueba, considero que en estos supuestos fácticos es casi una negación indefinida, así siguiendo a la Corte en un extracto de la sentencia T-179/19 que se viene indicando: “quien pretenda una limitación a la libertad de expresión, sin

---

<sup>175</sup> Corte Constitucional de Colombia.

<sup>176</sup> Corte Constitucional de Colombia.

<sup>177</sup> Corte Constitucional de Colombia.

importar su causa, siempre tiene la carga de la prueba. En otras palabras, el agraviado – que alega la vulneración de otros derechos fundamentales por un ejercicio desbordado de la expresión–, o la autoridad pública que, en ejercicio de sus funciones, pretenda introducir una restricción, siempre deberá desvirtuar las presunciones como condición necesaria para admitir la restricción de dicha libertad”<sup>178</sup> .

Y entonces ¿los derechos fundamentales a la honra, intimidad y buen nombre del receptor del discurso ofensivo entre particulares como se protegerían? ¿en verdad se protegen? ¿supondría esto que la primacía de la libertad de expresión es tan absoluta, que se permitiría la constitucionalidad del daño o perjuicio –desde el punto de vista constitucional- ocasionado a la víctima de la *comunicación violenta* en redes digitales en su honra, intimidad, buen nombre y dignidad humana? Pues bien, en mi opinión sí parecería que el régimen de la carga de la prueba termina por legitimar desde el punto de vista constitucional al daño o perjuicio ocasionado al receptor del discurso ofensivo entre particulares. Es tan así, que regresando a la providencia T-179/19 el particular lesionado “deberá demostrar (i) que la expresión no puede comprenderse cobijada por la libertad; (ii) que una restricción a dicha libertad puede justificarse constitucionalmente; (iii) que la primacía *prima facie* de la libertad de expresión puede ser derrotada por la importancia de otros intereses constitucionales; y (iv) que la restricción no constituye una forma de censura”<sup>179</sup>. Justamente, aprovecho para regresar a la idea del párrafo anterior, el detalle problemático que me perturba aquí es el siguiente: En materia de discurso ofensivo, para la Corte Constitucional, ¿cuándo no estaría este último “cobijado por la libertad”?

En atención a esta pregunta que aquí recientemente formulo, sea de mencionar que han sido múltiples los pronunciamientos jurisprudenciales mediante los cuales la Corte trató de construir un precedente jurisprudencial de cuales discursos se encuentran protegidos.

Si bien ya se realizó un recuento de los antecedentes normativos y jurisprudenciales del modelo de *libre mercado de ideas* y de los efectos de adoptar este modelo a modo de régimen o regla jurisprudencial, ahora considero pertinente referirme a las providencias encontradas de la misma Corte Constitucional. Lo anterior, en cuanto estas últimas demuestran que han sido álgidos los debates y ponencias al interior de la alta corporación, en

---

<sup>178</sup> Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia T-179/19».

<sup>179</sup> Corte Constitucional de Colombia.

tanto, observa esta investigación, en algunas de ellas se censuró al discurso ofensivo entre particulares.

Esta doctrina jurisprudencial de censura al discurso *genérico* fue fruto de una interpretación mucho más estricta del papel de regulador del Estado, lo que en su momento demostró una mayor consideración por parte de los magistrados a la dignidad, honra, intimidad y buen nombre de los particulares afectados, es decir, la Corte llegó a considerar que los discursos ofensivos (palabras groseras, humillantes, hirientes, soeces, vulgares o deshonorosas) no se encontrarían “protegidos por la libertad de expresión”, subregla jurisprudencial que, desde la perspectiva de este trabajo, era acertada, y que debió mantenerse en el tiempo y como regla de derecho nacional. La razón fundamental para justificar la anterior afirmación radica en que esto reafirmaría la dignidad humana del particular afectado inclusive en este tipo de casos en los que la libertad de expresión se considera casi absoluta en el régimen de *libre mercado de ideas*, permitiéndose la Corte de modular dicha amplitud hacia un camino un poco más restrictivo. Otro de los argumentos para tal afirmación tiene que ver con el principio de economía procesal, de esta forma, el precedente jurisprudencial que habría podido ser aquí consolidado con una Sentencia de Unificación —que no es el caso porque la SU-420 de 2019 consolidó todo lo opuesto—podría haber establecido la regla jurisprudencial de *presunción de inconstitucionalidad* de los dos discursos que integran la comunicación violenta entre particulares, es decir, incluyendo también al ofensivo *genérico* como sospechosamente inconstitucional, y no como sucede en la actualidad con la mencionada *presunción de constitucionalidad*.

Por otro lado, en otras providencias, la Corte se permitió tener una perspectiva interpretativa mucho más débil del rol del regulador estatal, lo que terminaría de garantizar, casi por completo, la *presunción de constitucionalidad* del discurso ofensivo *genérico* entre particulares. Así las cosas, la corporación optó por reafirmar en providencia SU-420 de 2019, la mencionada *presunción de constitucionalidad* del discurso ofensivo entre particulares en redes sociales, y en la marcha, logró elaborar algunas herramientas de ponderación (test de relevancia constitucional y test estricto de proporcionalidad *sui generis* de libertad de expresión) para censurar al discurso ofensivo entre particulares, únicamente en situaciones excepcionales. Solo mencionaré por el momento, que este trabajo se encuentra en desacuerdo con este régimen de “*libre mercado de ideas*”, y que pretende ser criticado de la mano de las

doctrinas de Balkin, Saba y Gray que se desarrollan en el Capítulo 4 de esta investigación, pues creo firmemente, que la explosión digital actual y todo lo relacionado con el internet modifica todas las reglas de juego en materia de libertad de expresión, lo que evidencia al menos la necesidad de abandonar una teoría construida entre inicios y mitad del Siglo XX, cuando el boom lo hacían respectivamente en su momento la radio, el cine y la televisión.

De este modo, sin pretender adelantarme a la doctrina, las sentencias son las que se exponen en el subtítulo siguiente.

### **3.3. Recuento jurisprudencial de la “presunción de constitucionalidad del discurso ofensivo genérico”**

Así las cosas, siguiendo la teoría de López Medina en materia de análisis dinámico del precedente judicial, se pondrá en evidencia como el discurso ofensivo entre particulares en redes digitales ha sido controversial y poco pacífico al interior de la Corte Constitucional colombiana. De esta forma, se expondrán a modo de muestra, pues el criterio de selección consistió en traer a la investigación aquellas providencias que se refirieron a la libertad de expresión y a la comunicación violenta en redes digitales, respecto de particulares quienes acreditaron legitimación en la acción de tutela. En mayor medida, a aquellas providencias que evidenciaron el uso de lenguaje ofensivo *genérico* en el *factum* de los casos en mención.

Así en uso de este recurso técnico (método del análisis dinámico de López Medina, se proceden a exponer las dos líneas jurisprudenciales (en líneas siguientes: línea jurisprudencial A y línea Jurisprudencial B)) que fueron identificadas en la investigación y que encuentran como punto de partida a la providencia T-391/07 (al ser la primera providencia que atiende la Corte Constitucional que trata una controversia por discurso ofensivo *genérico*).

Las mencionadas providencias entrevén los escenarios constitucionales de constitucionalidad o de inconstitucionalidad en los que se enmarca el debate para el cuerpo colegiado. Sobre la T-391/07<sup>180</sup>, sea de mencionar, que el debate sobre la constitucionalidad

---

<sup>180</sup> Obrando por intermedio de apoderado, la Radio Cadena Nacional S.A. – RCN interpuso acción de tutela contra el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, por considerar que la sentencia proferida por esta Corporación el 29 de julio de 2004, dentro del proceso promovido mediante acción popular por la Fundación “Un Sueño por Colombia”, constituye una violación de sus derechos fundamentales. Explica que la Fundación “Un Sueño por Colombia” interpuso acción popular contra el Ministerio de Comunicaciones y Radio Cadena Nacional S.A. RCN, por vulneración de la moral pública, las buenas

o no del discurso ofensivo *genérico* nace al interior de la corporación cuando la Corte Constitucional se cuestiona sobre la constitucionalidad del discurso ofensivo (morboso y sexual) del programa radial “el mañanero de la mega” de la cadena radial RCN, el cual salía al aire en las mañanas mientras los estudiantes oían el programa en las rutas escolares camino a sus instituciones educativas. Una fundación demandó en acción popular al Ministerio de Comunicaciones y a la Cadena Radial por lesionar –en su opinión-- la moralidad de los niños, obteniendo como resultado, al menos inicialmente, la censura de dichos contenidos morbosos (sexuales) y ofensivos por parte del Consejo de Estado.

La decisión judicial mencionada fue seleccionada para revisión por de la Corte Constitucional. La cadena radial RCN alegaba que existía una vía de hecho por defecto sustantivo en la decisión del Consejo de Estado. La sentencia judicial materia de revisión, expedida por el máximo tribunal en materia contencioso-administrativa (Consejo de Estado-Sección Tercera) de Colombia, consideraba que el discurso ofensivo (morboso y sexual) no se encontraba protegido por la Constitución y, por lo anterior, debía ser inconstitucional. Sin embargo, vía acción de tutela, dicha providencia fue revocada por la Corte Constitucional en sede de revisión de tutela, protegiendo así el derecho a la libertad de expresión de los comunicadores sociales de dicho programa radial. Creándose de esta manera, el primer precedente en materia de no censura del discurso ofensivo en Colombia.

Esta providencia desató al interior de la comunidad jurídica y en la prensa nacional, una polémica por operar el “choque de trenes” entre las altas cortes, y alertaría que el debate en materia constitucional prometería diferentes puntos de vista en materia jurídica, no solo

---

costumbres, los valores, la integridad física y psíquica de la sociedad, y derechos colectivos como el patrimonio público, el patrimonio cultural de la nación, la seguridad y salubridad pública y los derechos de los consumidores y usuarios de radio en Colombia. En criterio de la Fundación referida, tal vulneración se derivaba de la transmisión del programa “El Mañanero”, de lunes a viernes de 5:30 A.M. a 10:00 A.M. por la emisora “La Mega”, en la frecuencia 90.9 FM. Para la Fundación “Un Sueño por Colombia”, dicho programa “corrompe nuestra juventud y la envenena de la más variada gama de vulgaridad y patanería, constituyéndola así en un canal destructivo de los valores y la moral colectiva con sus transmisiones”. Como consecuencia de esta postura, se afirmó en la acción popular que el Ministerio de Comunicaciones había incurrido en una omisión al abstenerse de controlar la transmisión de este programa y ejercer sus funciones de inspección y vigilancia. Así, la pretensión de la acción popular era que se ordenara al Ministerio de Comunicaciones cumplir con sus funciones constitucionales y legales, e imponer las sanciones a las que hubiera lugar, tanto a la emisora como a los locutores que hubiesen cometido faltas. Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia T-391/07», *M.P. Manuel Jose Cepeda Espinosa*, 22 de mayo de 2007, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-391-07.htm>.

para la comunidad jurídica, sino también en cuanto al impacto que esto supondría en sentido general para la ciudadanía y radio escuchas. El argumento de la *ratio decidendi* en la T-391/07 es el siguiente: “Se estableció una presunción constitucional a favor de la libertad de expresión de la cual se derivaron los siguientes efectos jurídicos: (i) cobertura de cualquier expresión, salvo que se justifique la limitación; (ii) primacía de la libertad de expresión frente a otros valores, principios y derechos, salvo que el otro tenga mayor peso; (iii) sospecha de inconstitucionalidad de las limitaciones y aplicación de un control estricto de constitucionalidad, y (iv) prohibición de censura como presunción imbatible”<sup>181</sup>.

De conformidad con lo anterior, imperioso se torna realizar la siguiente salvedad: en este caso, la parte activa de la acción de tutela, es un medio de comunicación y no un particular ofendido. Sin embargo, este es el inicio de la judicialidad del discurso ofensivo *genérico* entre particulares al interior de la Corte Constitucional.

Mencionado así el origen del debate respecto a la posible afectación de derechos de terceros por discursos ofensivos y la posible censura del discurso ofensivo *genérico* en Colombia por parte de las autoridades judiciales, se encuentra, por una parte, la *línea jurisprudencial “A”*; la cual es integrada por las providencias de la Corte Constitucional T-179/19, T-243/18, T-117/18, T-695/17, T-145/16, T-050/16, T-110/15, T-550/12 y T-713/10. Para esta línea jurisprudencial, el discurso ofensivo *genérico* entre particulares en redes digitales es en principio comprendido como presuntamente inconstitucional, lo que lo haría inaceptable *prima facie* para la constitución, se asemeja prácticamente a un discurso *específico* de odio por contener dicha presunción, y los efectos de este razonamiento supusieron su censura automática (declaratoria de inconstitucionalidad o censura del discurso).

Al respecto, en la *línea jurisprudencial “A”* se observa que la Corte Constitucional realizó la construcción de una doctrina jurisprudencial de censura frente al discurso ofensivo *genérico*. De esta forma, la providencia T-713/10<sup>182</sup>, en su momento, se preocupaba por

---

<sup>181</sup> Corte Constitucional de Colombia.

<sup>182</sup> Procedo a mencionar los hechos de la providencia T-713/10: “El 5 de marzo de 2010, la Rectora del Colegio La Presentación de Girardot, Nubia Estela Mayorga, citó a los padres del menor Gabriel Fernando Rojas Ardila a las 6:30 a.m. en su oficina, en donde les “*comunica que habían creado en la red social Facebook del Internet, un grupo denominado ‘los que queremos que cambien la rectora de la presentación’, al cual se unieron más de 150 alumnos del Colegio de La Presentación, y al que se unió nuestro hijo por invitación que le hiciera un amigo alumno de otro plantel educativo, sin realizar ningún comentario.*”<sup>[2]</sup> Según la tutela, la “*Rectora, muy*

enfrentar los vacíos normativos generados por la permanente evolución de la sociedad en materia de libertad de expresión y en cuanto al creciente debate que suponía o no, censurar al discurso ofensivo entre particulares en redes digitales al tenor del siguiente razonamiento:

Las tensiones y cuestiones se potencian a propósito de las nuevas tecnologías en múltiples sentidos. Por ejemplo, los casos de participaciones estudiantiles en debates sobre la conformación y estado del gobierno escolar que incurren en excesos y en abusos pueden ser mayores, por cuanto los nuevos medios tecnológicos permiten amplificar el auditorio, llevando el mensaje a un número mayor de destinatarios y haciendo más daño del que normalmente se producía en tales circunstancias. Pero a su vez, el control que los medios tecnológicos ofrece, abre la puerta para imponer sobre las personas restricciones y limitaciones que no son razonables ni compatibles con una sociedad democrática<sup>183</sup>.

Así las cosas, esta sentencia fue clave para el reconocimiento de la envergadura del impacto que representan las tecnologías de la información en las sociedades contemporáneas. En la línea jurisprudencial esta sentencia se ubicaría como una providencia hito bajo el entendido que es la primera providencia que resuelve un caso de discurso ofensivo entre particulares en las redes digitales.

Posteriormente, en providencia T-110 de 2015<sup>184</sup> la Corte Constitucional tutela los derechos a la honra y al buen nombre de un particular afectado por el discurso ofensivo *genérico* entre particulares. Así, la *ratio decidendi* y subregla jurisprudencial subyacente de esta providencia es la siguiente: “La libertad de expresión se aplica en Internet del mismo

---

*ofendida*, [les comunicó] que si no retiraban a su hijo del plantel, ella lo expulsaba, porque según ella, éste había faltado a su honor y a su nombre, que tal situación la iba a colocar en manos de la Fiscalía”. Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia T-713/10», M.P. Maria Victoria Calle Correa, 8 de septiembre de 2010, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-713-10.htm>.

<sup>183</sup> Corte Constitucional de Colombia.

<sup>184</sup> “La señora Nubia Isabel Rojas Carrillo presenta acción de tutela en contra del señor Alfonso Ligorio Palacios Casas, al estimar vulnerados sus derechos fundamentales a la honra y al buen nombre, por haber presentado en su contra imputaciones calumniosas ante la comunidad del municipio de Tabio, Cundinamarca, en su calidad de rectora de la Institución Educativa Técnico Comercial José de San Martín”. Ahora bien, con relación a los hechos de la providencia, sea de mencionar que “el día miércoles 17 de octubre de 2013, circuló por debajo de las puertas de las casas de los habitantes de ese municipio, un documento titulado “*ATENTADO CONTRA LA EDUCACIÓN, LA CULTURA Y LA DIGNIDAD DE LA COMUNIDAD DE TABIO*”, firmado por el señor Alfonso Ligorio Palacios Casas, en la cual se hacen afirmaciones “*mentirosas que atentan contra mi buen nombre, e incita a los ciudadanos a declararme persona no grata, por ser un peligro para la educación y la cultura de nuestra juventud*”. Agrega que el mencionado escrito exige a las autoridades competentes que la retiren inmediatamente del municipio e investiguen su proceder contra la libertad de investigación y promoción del conocimiento. Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia T-110/15», M.P. Jorge Ivan Palacio Palacio, 25 de marzo de 2015, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-110-15.htm>.

modo que en otros medios de comunicación, concluyéndose que las redes sociales no pueden garantizar un lugar para la difamación, el denuesto, la grosería, la falta de decoro y la descalificación”<sup>185</sup>. Para arribar a dicha conclusión la Corte considera que “el contenido del mensaje tiene efectos afrentosos y denigrantes para la actora, afectando su patrimonio moral, puesto que, a pesar de tratarse de opiniones, el señor Palacio Casa no aduce nada para justificar el contenido del mensaje que transmitió”<sup>186</sup>. Expuesto lo anterior, valga reiterar que esta providencia hace parte de la línea jurisprudencial “A” como una sentencia consolidadora de línea jurisprudencial. Por esto, es que es imperativo comprender la exigencia de la Corte en cuanto a la justificación del contenido del mensaje transmitido:

Esa carencia de acreditación probatoria se traduce en que a las informaciones contenidas en el mensaje les faltó cumplir con el requisito de veracidad, dado que los hechos imputados no están comprobados. En consecuencia, divulgar este tipo de afirmaciones sin al menos dar a entender el porqué de su ocurrencia, es otorgar información incompleta y parcial a la comunidad, desviando la buena imagen que la accionante tenía en el plantel educativo y en el municipio de Tabio. Por otra parte, no se debe dejar de lado que la libertad de opinión encuentra dentro de sus límites las apologías al odio, por tanto, incentivar agresiones a través de mensajes entregados puerta a puerta conllevan a que la persona afectada no pueda defenderse en principio. Así, el hecho de invitar a la comunidad de Tabio, los exalumnos y a los docentes a declarar persona no grata a la señora Rojas Carrillo por ser un peligro para la educación y la cultura de la juventud, así como exigir que sea retirada del municipio, termina traspasando los límites de la libertad de expresión, dado que no resulta razonable entender cobijadas tales manifestaciones en el ámbito de protección de la libertad de expresión, por más amplio que este sea<sup>187</sup>.

La providencia T-050 de 2016<sup>188</sup> no mueve la línea jurisprudencial hacia otro tipo de solución. Pues también se tutelaron por parte de la Corte los derechos a la honra, intimidad

---

<sup>185</sup> Corte Constitucional de Colombia.

<sup>186</sup> Corte Constitucional de Colombia.

<sup>187</sup> Corte Constitucional de Colombia.

<sup>188</sup> Procedo a exponer los hechos de la providencia T-050/16: *Lucía* presentó acción de tutela contra *Esther*, con el objeto de que le fueran protegidos sus derechos fundamentales a la dignidad humana, al buen nombre y a la intimidad, los cuales estima vulnerados por haber publicado la demandada en la red social Facebook afirmaciones relacionadas con la ausencia de pago de la obligación dineraria que había contraído con esta última. El 12 de diciembre de 2014, la demandada resolvió publicar en el muro de su perfil de la red social Facebook, junto con una foto de la accionante, lo siguiente: “*Hace más de tres años a (Lucía) le preste (sic) una*

y buen nombre del accionante ofendido por el discurso ofensivo genérico entre particulares en las redes sociales, en este caso frente a un asunto de cobranzas. El cuerpo colegiado se refirió de la siguiente forma: “el hecho de publicar mensajes cobrando deudas a través de un medio de comunicación de alto impacto como Facebook, con múltiples usuarios que tienen prácticamente libre acceso a toda la información que se publica, además de ser desmedido, evidencia una intención dañina por parte de la accionada”<sup>189</sup>. De esta forma condenó el empleo de frases injuriosas, insultos, vejaciones o insinuaciones insidiosas que provoquen objetivamente el descrédito de la persona a quien se refieran”<sup>190</sup>. De igual manera, en esta providencia, la Corte lo que hace es denominar y equiparar a las redes sociales como medios de comunicación. Del análisis de los hechos, se establecieron los parámetros para determinar cuando el mal uso de las redes sociales da lugar a la trasgresión de derechos fundamentales los cuales son el *test de relevancia constitucional* y el *test de proporcionalidad estricto sui generis de libertad de expresión*.

Posteriormente, en la providencia T-145 de 2016<sup>191</sup>, la Corte, apoyada en algunos apartes de la Declaración Conjunta sobre la Libertad de Expresión en Internet de junio 1° del 2011, señaló que: “la libertad de expresión en internet se regula del mismo modo que en todos los medios de comunicación, por lo que las redes sociales no son un lugar que garantice o

---

*plata. Hasta el momento no se digna por pagármela (sic), me borra mensajes, no me contesta el celular, me evita a cada momento. Me vi en la obligación de ponerla en este medio para que así sea un poco más delicada y me pague. Que sepa que yo le preste (sic) la plata, no se la regale...”*. Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia T-050/16».

<sup>189</sup> Corte Constitucional de Colombia.

<sup>190</sup> Corte Constitucional de Colombia.

<sup>191</sup> Procedo a exponer los hechos de la providencia T-145 de 2016 a continuación: Los días 7 y 9 de septiembre de 2015 la accionada publicó en su cuenta personal de la red social Facebook una foto de su rostro, en primer plano, acompañada de un comentario injurioso y atentatorio contra su buen nombre, del siguiente contenido: “*Les quiero informar para que todos tengan cuidado miren la gran ladrona de Britalia la sorprendieron robando en la empresa donde ella trabajaba y verificando no es la primera vez ya lo tiene de costumbre q (sic) trabaja y cuando renuncia manda robar las empresas yo fui la segunda víctima su nombre es Julieth Pérez Silva*”<sup>191</sup>. Manifiesta que, si bien trabajó para la señora Chamorro Morales desde el 11 de agosto de 2014 hasta el 1 de agosto de 2015, la anterior acusación no se corresponde con la realidad, en tanto “*no existe prueba de que se haya perdido algún elemento o bien de la oficina donde yo desarrollaba permanentemente la actividad laboral, que si bien bajo una relación de confianza depositada en mí como empleada, me otorgó el manejo de las llaves de acceso al recinto, no significa que sea adecuado lanzar este tipo de improperios y otros más anexados en el documento. Además indicó la persona mencionada que mi pareja tenía las llaves de la oficina, y que lo habían visto cerca de la oficina con una masetta y las llaves (con un duplicado que jamás tuve ni saqué), para intentar ir a robar, o como indica la persona que ‘yo lo había mandado a robar’*” Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia T-145/16», M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, s. f., <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-145-16.htm>.

permita sin ninguna restricción ‘la difamación, el denuesto, la grosería, la falta de decoro y la descalificación’”. La función de esta sentencia en la línea es ser consolidadora de línea jurisprudencial. Dicho esto, se observa como consecuencia de lo anterior, que la Corte encuentra el argumento para afirmar que el internet es un medio de comunicación, en su *ratio decidendi* de conformidad con lo siguiente:

La difusión masiva que alcanzan las informaciones transmitidas a través de ellos, su poder de penetración, el impacto profundo que pueden tener sobre la audiencia y, en general, el poder social de los medios de comunicación lleva implícitos ciertos riesgos y puede eventualmente entrar en conflicto con otros derechos, valores o intereses constitucionalmente protegidos. Asunto que, además, puede verse matizado o reforzado con motivo del alcance que, debido a sus características, puede tener cada medio de comunicación en particular. A partir de lo anterior, en la jurisprudencia constitucional se han establecido ya ciertas reglas orientadas a delimitar la actuación de los medios de comunicación como sujetos activos del derecho a la libertad de información con responsabilidad social, en relación con “los parámetros de (i) veracidad e imparcialidad, (ii) distinción entre informaciones y opiniones, y (iii) garantía del derecho de rectificación<sup>192</sup>.”

Por su parte, la providencia T-117 de 2018<sup>193</sup> tiene como función ser sentencia hito de línea jurisprudencial, esta providencia estableció en *su ratio decidendi* que “la libertad de expresión encuentra como límite las expresiones ofensivas o chocantes”<sup>194</sup>. Ulteriormente, la providencia T-243 de 2018<sup>195</sup> termina por consolidar la línea jurisprudencial "A", pues

---

<sup>192</sup> Corte Constitucional de Colombia.

<sup>193</sup> Procedo a esbozar los hechos de la providencia T-117 de 2018 así: La señora Gloria Patricia Mayorga Ariza interpuso acción de tutela el 21 de noviembre de 2016, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la honra, al buen nombre, a la intimidad y a la buena imagen, por parte: (i) del señor Aldemar Solano Peña, quien publicó en un blog personal, compartido en la red social de Facebook, un escrito mediante el cual señala ciertas denuncias que considera injuriosas y calumniosas, y (ii) de la señora Nasly Johana Huertas, quien participó en el muro de Facebook de dicha publicación. Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia T-117/18».

<sup>194</sup> Corte Constitucional de Colombia.

<sup>195</sup> El caso bajo estudio trata sobre la publicación hecha en la red social digital Facebook por la señora Emily Ratliff, que consistía en una foto de la señora Luz Daris Moreno Palacios, quien había trabajado como su empleada doméstica acompañada del siguiente texto: “Ojo con esta empleada: se llama LUZ DARYS MORENO PALACIOS ... quien fue mi empleada doméstica por 4 meses ... recomendada por la empresa X, no verifique referencias ya que Confíe en dicha empresa, y soy cliente de ellos por muchos años, ella se ganó mi confianza y aprovechó de ella, ROBÁNDOME LA BLUSA QUE TIENE AQUÍ PUESTA EN LA FOTO... POR FAVOR COMPARTIR PARA QUE NO CAIGAN EN SU CARITA DE YO NO FUI PORQUE EN REALIDAD ES UNA SOLAPADA FAVOR COMPARTIR, GRACIAS.” – Mayúsculas dentro del texto-.

establece en su *ratio decidendi* las diferencias entre la libertad de información y la libertad de opinión. Adicionalmente, la mencionada providencia ha sostenido que el discurso ofensivo desconoce la presunción de inocencia y así mismo que es inconstitucional, por no superar el *test tripartito interamericano de constitucionalidad*.

En definitiva, como podrá evidenciarse con las gráficas que se incluirán a aproximación, esta línea jurisprudencial (“A”) inicia con el desarrollo de la T-391 de 2007 como sentencia fundadora de línea jurisprudencial. Las providencias siguientes constitutivas de esta línea tienen en común que son sentencias importantes consolidadoras de línea jurisprudencial e hito, bajo el entendido de que estas últimas consideran que el discurso ofensivo *genérico* entre particulares no puede ser comprendido como presuntamente constitucional, lo que impacta en si termina o no siendo protegido por la Constitución Política colombiana. Es decir, que frente al discurso ofensivo entre particulares en redes digitales, existiría una sospecha de inconstitucionalidad que debe revisarse caso a caso, lo que justifica el uso de los tests mencionados; y por lo tanto, los casos no protegen la libertad de expresión del emisor, sino que protegen la dignidad y el honor de los receptores del mensaje ofensivo *genérico*.

Por otra parte, se encuentra la línea jurisprudencial “B” la cual se compone por las providencias SU-420/19, T-361/19, T-179 de 2019, T-102/19, SU-626/15, C- 422/11 y T-391/07. Su característica consiste en la defensa de la metáfora del *libre mercado de ideas*. En contraposición a la línea jurisprudencial “A”, la Corte reviste al discurso ofensivo entre particulares en redes sociales con una *presunción de constitucionalidad*, es decir, que, si bien es una presunción, la complejidad de superación de cada elementos de los respectivos tests que se utilizan para arribar a la decisión judicial, blindaría al discurso ofensivo *genérico*, tal como es propio de un régimen de *libre mercado de ideas*, de forma casi absolutista. Para sustentar esta idea, se de mencionar que en uso del primero (*relevancia*) se debe declarar que es constitucionalmente relevante dicha comunicación violenta, y luego tendría que superarse *un test de ponderación estricto*) para finalmente definir si es, inconstitucional, o no, aquel ejercicio de la libertad de expresión.

En otras palabras, para la línea Jurisprudencial “B”, el discurso ofensivo tiene una sospecha de constitucionalidad, lo que significa que la Corte salvaguarda al discurso ofensivo

*genérico* como discurso protegido por el artículo 13 de la Convención y el 20 superior, de este modo, si bien puede llegar a ser declarado como inconstitucional, para tal fin, tendrá que soportar esta decisión en los resultados que se obtengan derivados de los *tests* mencionados y que se expondrán a profundidad en las siguientes líneas.

Así las cosas, y omitiendo el contenido de la providencia T-391/07 ya expuesto, en providencia C-442 de 2011 la Corte Constitucional estudió la constitucionalidad de los delitos de injuria y calumnia establecidos en el código penal (ley 599 de 2000). Los cargos de la demanda de los opositores se incluyen a píe de página<sup>196</sup>, dado lo extenso de la argumentación. De cara a la libertad de expresión, la Corte interpreta su naturaleza jurídica en materia constitucional, así en la *obiter dictum* de la providencia en mención:

---

<sup>196</sup> 1. En primer lugar señalan que el artículo 220 del Código Penal al tipificar de delito de injuria no describe de manera clara e inequívoca la conducta sancionada, pues la expresión imputaciones deshonrosas no es suficientemente precisa. Indican que en el caso Eduardo Kimel Vs. Argentina la Corte IDH señaló que las normas que limitan la libertad de expresión deben cumplir con el requisito de estricta formulación, citan luego apartes de esta decisión donde se consigna que los tipos penales deben emplear términos “*estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles*” con el propósito de impedir que se persigan las opiniones disidentes y contrarias, y de que haya certeza sobre lo que está criminalizado y lo que no. Luego hacen una comparación entre la forma como aparece tipificado en el Código Penal Argentino y en el Código Penal Colombiano el delito de injuria, concluyen que son muy similares en su imprecisión y que por lo tanto el artículo demandado no se ajusta a los requerimientos que, según al Corte IDH, deben reunir los preceptos que limitan la libertad de expresión. Recuerdan que en el caso Eduardo Kimel vs. Argentina se decidió que la tipificación penal argentina del delito de injuria contravenía los artículos 9 y 13.1 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma. Insisten en que la actual tipificación del delito de injuria, no establece qué debe entenderse por “*imputaciones deshonrosas*”, razón por la cual pueden resultar sancionados “*críticas o discursos, que pueden ser altisonantes, impopulares, groseros o chocantes, pero que están protegidos por el derecho a la libertad de expresión*”. Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia C-442/11»..

2. Los cargos que formulan los actores contra el artículo 221 del Código penal tiene el mismo sustento. Alegan que la tipificación del delito de calumnia no es suficientemente precisa pues la expresión *imputar falsamente una conducta típica* es vaga. Consideran por lo tanto que también se desconoce el requisito de estricta formulación, establecido por la Corte IDH, pues el artículo demandado no emplea términos “*estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles*”. De la comparación que realizan de la forma como aparece tipificado el delito de calumnia en el Código Penal Argentino y en el Código Penal Colombiano, que la legislación nacional es incluso más imprecisa que la argentina y que por lo tanto el artículo demandado no se ajusta a los requerimientos que, según al Corte IDH, deben reunir los preceptos que limitan la libertad de expresión. Opinan que la amplitud y vaguedad de la disposición penal “*permite que el criterio subjetivo de un funcionario, tome como fundamento este artículo y sancione opiniones que en lenguaje coloquial tienen un significado, pero en el mundo jurídico otro. La amplitud, vaguedad e inexactitud, y el hecho que no se diga expresamente lo que no se penaliza, permite que llamar "pícaro" a un funcionario público, por ejemplo, sea tenido, como un delito de calumnia, porque "pícaro", puede ser alguien responsable de peculado.*” Citan en apoyo de su tesis la sentencia T-213 de 2004, en la que consideran que se examinó un caso que demuestra como la imprecisión del tipo penal de calumnia puede dar lugar a que se inicien investigaciones penales por exponer críticas u opiniones sobre la conducta de servidores públicos. Corte Constitucional de Colombia.

Se ha definido a la libertad de expresión en sentido estricto como el derecho de las personas a expresar y difundir libremente *el propio* pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación, a través del medio y la forma escogidos por quien se expresa. Desde esa perspectiva puede ser entendida como una *libertad negativa* pues implica el derecho de su titular a no ser molestado por expresar su pensamiento, opiniones, informaciones o ideas personales, y cuenta con una dimensión individual y una colectiva, pero también como una *libertad positiva* pues implica una capacidad de actuar por parte del titular del derecho y un ejercicio de autodeterminación. En su aspecto individual, comprende no solamente el derecho formal a expresarse como tal sin interferencias arbitrarias, sino el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el propio pensamiento, no se agota por lo tanto en el reconocimiento del derecho a hablar o escribir, sino que va ligada al derecho a utilizar cualquier medio adecuado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Al ser la expresión y el medio de difusión de dicha expresión indivisibles, las restricciones sobre las posibilidades de divulgación constituyen, igualmente, una limitación de la libertad de expresión. Igualmente, esta libertad también abarca el derecho a escoger la *forma* y el *tono* que se prefieran para expresar las ideas, pensamientos, opiniones e informaciones propias. También cuenta con una dimensión colectiva, materializada en el derecho de todas las personas a recibir tales pensamientos, ideas, opiniones e informaciones de parte de quien las expresa<sup>197</sup>.

En este punto de la *obiter dictum*, la Corte se refiere a los ocho rasgos del ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión, los cuales merecen ser transcritos porque contienen el elemento sustancial del régimen de *libre mercado de ideas*:

(1) Su titularidad es universal sin discriminación, compleja, y puede involucrar intereses públicos y colectivos, además de los intereses privados del emisor de la expresión; (2) sin perjuicio de la presunción de cobertura de toda forma de expresión por la libertad constitucional, existen ciertos tipos específicos de expresión prohibidos; (3) existen diferentes grados de protección constitucional de los distintos discursos amparados por la libertad de expresión, por lo cual hay tipos de discurso que reciben una protección más intensa que otros, lo cual a su vez tiene directa incidencia sobre la regulación estatal admisible y el estándar de control constitucional al que se han de sujetar las limitaciones; (4)

---

<sup>197</sup> Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia C-442/11».

protege expresiones exteriorizadas mediante el lenguaje convencional, como las manifestadas por medio de conducta simbólica o expresiva convencional o no convencional; (5) la expresión puede efectuarse a través de cualquier medio elegido por quien se expresa, teniendo en cuenta que cada medio en particular plantea sus propios problemas y especificidades jurídicamente relevantes, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su forma y su manera de difusión; (6) la libertad constitucional protege tanto las expresiones socialmente aceptadas como aquellas consideradas inusuales, alternativas o diversas, lo cual incluye las expresiones ofensivas, chocantes, impactantes, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su tono; (7) su ejercicio conlleva, en todo caso, deberes y responsabilidades para quien se expresa; por último (8) impone claras obligaciones constitucionales a todas las autoridades del Estado, así como a los particulares<sup>198</sup>.

De igual modo, la Corte se refiere a los discursos prohibidos por la Constitución en la *obiter dictum* de esta providencia, en los siguientes términos:

(a) la propaganda en favor de la guerra; (b) la apología del odio nacional, racial, religioso o de otro tipo de odio que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad, la violencia contra cualquier persona o grupo de personas por cualquier motivo (modo de expresión que cubija las categorías conocidas comúnmente como *discurso del odio*, *discurso discriminatorio*, *apología del delito* y *apología de la violencia*); (c) la pornografía infantil; y (d) la incitación directa y pública a cometer genocidio. Estas cuatro categorías se han de interpretar con estricta sujeción a las definiciones fijadas en los instrumentos jurídicos correspondientes, para así minimizar el riesgo de que se sancionen formas de expresión legítimamente acreedoras de la protección constitucional<sup>199</sup>.

Inicia en este punto el análisis jurisprudencial de la *ratio decidendi* de la C-442/11<sup>200</sup>. En lo que respecta a discursos que podrían llegar a ser potencialmente limitados por el juez

---

<sup>198</sup> Corte Constitucional de Colombia.

<sup>199</sup> Corte Constitucional de Colombia.

<sup>200</sup> Igualmente se ha puesto de manifiesto que la expresión protegida por la libertad bajo estudio puede ser tanto la del lenguaje convencional, como la manifestada a través de conducta simbólica o expresiva, convencional o no convencional. En tal sentido la expresión puede efectuarse a través de cualquier medio elegido por quien se expresa. La protección constitucional se extiende a dicho proceso de transmisión y difusión, así como al medio utilizado, ya que la libertad constitucional que se estudia protege tanto el *contenido* de la expresión como su *forma*. Cada medio expresivo en particular, además de gozar de un nivel básico de protección constitucional

constitucional, la Corte justifica la presunción de constitucionalidad bajo el entendimiento de que “a diferencia de los discursos especialmente protegidos, otras formas de expresión pueden ser objeto de mayores limitaciones bien sea porque el ejercicio de la libertad de expresión mediante dichos discursos implica cargas, deberes o responsabilidades constitucionales expresas, o porque su ejercicio ha de armonizarse satisfactoriamente con el ejercicio de los derechos constitucionales de los demás, como es el caso de la expresión comercial y publicitaria o la expresión que puede resultar socialmente ofensiva. No obstante, en estos casos también se aplica la presunción constitucional de cobertura y la sospecha de inconstitucionalidad de las limitaciones a la libertad de expresión”<sup>201</sup>.

Así, resulta importante traer a colación el final de la *ratio decidendi* de la providencia. Bajo el entendimiento de que el discurso ofensivo *genérico* es definido en sentido jurisprudencial, y bajo su definición sería protegido --*prima facie*-- por la *presunción de constitucionalidad* así: “La libertad constitucional protege tanto las expresiones socialmente aceptadas como las que son inusuales, alternativas o diversas, lo cual incluye las expresiones ofensivas, chocantes, impactantes, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su tono”<sup>202</sup>. Así las cosas, para resolver la demanda de constitucionalidad, la Corte. “No desconoce esta Corporación que actualmente en el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos se avanza en la despenalización de estas conductas, bajo la idea de que su sanción puede resultar nociva para el ejercicio de las libertades de información y de expresión y que por lo tanto resulta más conveniente su protección mediante mecanismos distintos a la tipificación penal, pero se trata de una decisión que, en principio, está reservada al legislador en el ejercicio de potestad de configuración normativa”<sup>203</sup>.

---

compartido por todas las formas de transmisión y difusión de las expresiones, plantea a la vez sus propios problemas y especificidades constitucionalmente relevantes, que inciden sobre el alcance de esta libertad en casos concretos. Lo anterior no significa que cualquier persona pueda exigir el derecho de acceder a determinado medio de comunicación masiva, público o privado, creado por otros cuya libertad también está protegida. Así, los directores o editores de un medio masivo son los titulares del derecho a decidir qué se ha de divulgar a través de dicho medio, sin perjuicio del derecho de rectificación y, en ciertos ámbitos definidos por la ley en desarrollo de la Constitución, del derecho de réplica. Corte Constitucional de Colombia.

<sup>201</sup> Corte Constitucional de Colombia.

<sup>202</sup> Corte Constitucional de Colombia.

<sup>203</sup> Corte Constitucional de Colombia.

Finalmente, en relación con los delitos llamados a ser declarados como inconstitucionales por los demandantes, la Corte los termina declarando como exequibles de conformidad con el siguiente razonamiento:

Se concluye, por lo tanto, que los cargos formulados por los demandantes contra los artículos 220 y 221 de la Ley 599 de 2000 no están llamados a prosperar porque la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia ha precisado los elementos que configuran los tipos penales de injuria y calumnia. De tal manera que esta jurisprudencia resulta vinculante para los jueces cuando interpreten y apliquen estas disposiciones en casos concretos. Como se dijo antes el carácter abierto de un tipo penal no implica su inconstitucionalidad, máxime cuando se trata de delitos que tienen una larga tradición jurídica en el ordenamiento colombiano y cuyos alcances han sido fijados de manera reiterada por la interpretación de los órganos de cierre judiciales<sup>204</sup>.

Prendo finalmente, hacer hincapié en la definición de discurso ofensivo *genérico* que reconoce allí la Corte Constitucional., el discurso ofensivo es aquel discurso que contempla las siguientes características: Expresiones inusuales alternativas y/o diversas, las expresiones chocantes, las expresiones ofensivas, las expresiones indecentes, y las expresiones contrarias a las creencias mayoritarias<sup>205</sup>, otorgándole una categoría de discurso sospechoso más no inconstitucional, protegiendo inclusive su expresión y tono.

Asimismo en providencia SU-626/15<sup>206</sup>, la Corte desarrolló el régimen de *libre mercado de ideas*, tal y como se expuso en líneas recientes (C-422/11), de esta manera, y sin

---

<sup>204</sup> Corte Constitucional de Colombia.

<sup>205</sup> Corte Constitucional de Colombia.

<sup>206</sup> Procedo a exponer los hechos de la Providencia SU-626/15: .1. Afirma el accionante que la propuesta artística a la que invita el Museo Santa Clara de Bogotá emplea imaginería religiosa y elementos del culto católico, combinándolos con sugestivas representaciones de partes del cuerpo femenino. El empleo de ostensorios y custodias que constituyen elementos sagrados y de máximo respeto en la tradición católica, en un lugar que anteriormente era la capilla de un convento de monjas (Clarisas), puede ser considerado como un acto de ridiculización e irrespeto de creencias de la población católica.1.4.2. Manifiesta que la exposición atropella seriamente a los católicos en tanto considera “*la catolicidad como escenario de maltrato, subyugación, y sometimiento de la mujer*” y, al mismo tiempo, “*ha querido reducir la concepción de divinidad amparada y mantenida por la tradición cristiana a mera metáfora, entrando en abierta contradicción, irrespeto y abuso, ya no solo con el elemento cultural sino con la dimensión espiritual que forma parte de la personalidad del gran número de los ciudadanos colombianos.*”. 1.4.3. No resulta responsable y por el contrario es ofensivo, que a pesar del reconocimiento hecho por la tradición y magisterio eclesiástico de la obligación de proteger especialmente a la mujer “*se busque mostrar a la Iglesia y la espiritualidad de sus fieles como maquinaria de sometimiento, subyugación e indignidad para la mujer.*” Con ello “*se injuria a la iglesia, a su tradición y a sus fieles.*” En la exposición “*la artista atenta contra la dignidad de las mujeres (...), y vulnera y manipula su feminidad y su*

ánimo de repetir lo anteriormente descrito, únicamente se mencionará que en esta providencia la Corte declara “el amplio espectro de la libertad de expresión” en lo que le interesa al discurso ofensivo *genérico* entre particulares. Del caso en cuestión, a los ojos del tutelante, un acto artístico puede llegar a ser sentido como injurioso en su honra personal, de conformidad con los contextos específicos. Sin embargo, la Corte considera que en el caso se debe proteger el discurso artístico ofensivo a la luz del siguiente razonamiento:

Prohibir la exposición desconocería el deber del Estado de promover la actividad artística como elemento central de la cultura y por ello la obligación de proteger la libertad de expresión artística por las siguientes razones: (i) la valoración que de la exposición hace la artista y varios de los intervinientes así como las consideraciones tenidas en cuenta por las entidades que dispusieron su realización, constituyen evidencia de que la muestra artística no desconoce ni pretende hacerlo la obligación de las autoridades de respetar a las diferentes religiones o iglesias según lo exige el mandato de neutralidad que en materia religiosa vincula al Estado; (ii) la autorización para que ella sea realizada en un bien del Estado, previa valoración por parte de un comité interdisciplinario experto en la materia, constituye un claro desarrollo de la obligación del Estado de promover la actividad cultural y artística (arts. 70 y 71 de la Constitución y art. 1 de la ley 397 de 1997); (iii) ningún objetivo diverso a la consecución de los fines que orientan la actuación del Estado en materia artística –su impulso, fomento e incentivo como parte integrante de la cultura- se encuentra en las actuaciones de las entidades públicas accionadas; (iv) impedir la exposición desconocería el principio de neutralidad en materia artística exigible del Estado en tanto se trataría de una prohibición motivada no en razones objetivas, sino en consideraciones fundadas en el prejuicio o la intolerancia; (v) la realización de la exposición “Mujeres Ocultas” se encuentra constitucionalmente asegurada por la libertad de expresión artística (arts. 20, 70 y 71) que comprende la posibilidad de desarrollar y exponer públicamente todas aquellas creaciones humanas, con independencia de que sean juzgadas por algún sector como incorrectas, inadecuadas, dañinas o inmorales; y (vi) las presunciones de cobertura, de violación y de preferencia referidas en los fundamentos de esta

---

*honra.” Las mujeres católicas consideran que en la exposición “no hay una verdadera reivindicación de la mujer y que más bien esta exposición contribuye a la cosificación de la mujer y de lo femenino, impulsada de manera irónica por una artista.” Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia SU-626/15».*

providencia no fueron derrotadas puesto que la medida propuesta por el accionante no podría superar el juicio de proporcionalidad<sup>207</sup>.

Asimismo, la providencia T-102/19<sup>208</sup> es una sentencia confirmadora de línea jurisprudencial, “la Corte no encontró ninguna vulneración a los derechos al buen nombre y a la honra de una persona a quien, en medio de un conflicto particular, se le calificaba en redes sociales de “bruta”, “demente”, “no tienes neuronas”, entre otras expresiones<sup>209</sup>. En la *ratio decidendi* de la providencia en mención destaca que para la Corte Constitucional dicho discurso ofensivo “no posee la entidad suficiente para ser catalogada como un impacto tangible a la honra y al buen nombre susceptible de elevarse a nivel de violación iusfundamental, dado que, como la Corte lo ha señalado, ha de tratarse de reales descalificaciones inadmisibles en una democracia constitucional, de tal manera que la imputación que se haga debe ser suficientemente intensa para generar un daño en el patrimonio moral del sujeto; imputación cuya gravedad no depende en ningún caso de la impresión personal ni de la interpretación que éste tenga de ella, sino del margen razonable de objetividad que permita al juez avizorar la lesión del núcleo esencial del derecho”<sup>210</sup>.

De igual modo, en la providencia T-179/19<sup>211</sup>, el alto tribunal terminó por importar el régimen de la carga de la prueba para ponerlo en cabeza del particular ofendido. De este

---

<sup>207</sup> Corte Constitucional de Colombia.

<sup>208</sup> Procedo a importar los hechos de estudio en la providencia T-102/19 El 20 de abril de 2018, la señora Karen Lorena Páez Escorcía formuló acción de tutela en contra de la señora Lina Gómez Ospino, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, a la seguridad e integridad personal, “los de los menores de edad” y, según se desprende del libelo, a la honra y al buen nombre. Pasan a reseñarse los aspectos centrales de la solicitud: 1.1. En el municipio de Campo de la Cruz (Atlántico) se encontraban circulando unos “pasquines” en los que se realizaban comentarios deshonorosos sobre sus habitantes. 1.2. El 7 de abril de 2018 la señora Karen Lorena Páez Escorcía tuvo conocimiento de que la señora Lina Gómez Ospino había publicado en su cuenta de Facebook que ella –la accionante– era quien había hecho afirmaciones ignominiosas acerca de la población campocrucense. 1.3. La actora aduce que la accionada basó su acusación en una *capture* (fotos tomadas con mismo equipo electrónico o tecnológico), en la que figuran su nombre de usuario y su escrito de estado de Whatsapp; sin embargo asegura que dichos datos fueron copiados de forma idéntica a los de su número de teléfono celular, toda vez que el número que allí aparece es distinto del que ella usa, es decir, fue fijado su mismo usuario y estado en otro equipo electrónico. 1.4. La tutelante manifiesta que desde la publicación que de manera maliciosa hizo la demandada –quien es hermana de padre de sus hijos menores de edad–, se han desplegado en su contra y en contra de su familia una serie de amenazas y difamaciones –publicados también en la red social Facebook–, quedando expuesta a burlas y vilipendios en la comunidad, a causa del resentimiento de muchas personas que equivocadamente creen que ella es la autora de los referidos “pasquines”. Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia T-102/19», *M.P. Alberto Rojas Rios*, accedido 5 de noviembre de 2023, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-102-19.htm>.

<sup>209</sup> Corte Constitucional de Colombia.

<sup>210</sup> Corte Constitucional de Colombia.

<sup>211</sup> Procedo a anunciar los hechos relevantes de esta Providencia: Desde 2017, el accionante se desempeña como pastor de la Iglesia Cristiana Movimiento Misionero Mundial en el Municipio de San Jerónimo,

modo, es el afectado quien debe demostrar que dicho discurso ofensivo no se encuentra protegido por la Constitución para lograr el pronunciamiento judicial con carácter de censura, lo cual operaría únicamente para casos excepcionales. Véase el razonamiento de la Corte en la *ratio decidendi* de esta providencia:

84. El carácter preferente de la libertad de expresión se refuerza con cuatro presunciones: (i) la presunción de cobertura de toda expresión dentro del ámbito de protección constitucional; (ii) la sospecha de inconstitucionalidad respecto de cualquier limitación o regulación estatal; (iii) la presunción de primacía de la libertad de expresión sobre otros derechos, valores o intereses constitucionales con los que pueda llegar a entrar en conflicto; y (iv) la prohibición de la censura en tanto presunción imbatible, que permite decir, en principio, que los controles al contenido de las expresiones son una modalidad de censura.

85. Estas presunciones fueron ampliamente desarrolladas en el acápite IV-3 de la sentencia T-391 de 2007, sin embargo, hay un elemento transversal a los cuatro presupuestos anteriores: quien pretenda una limitación a la libertad de expresión, sin importar su causa, siempre tiene la carga de la prueba. En otras palabras, el agraviado – que alega la vulneración de otros derechos fundamentales por un ejercicio desbordado de la expresión–, o la autoridad pública que, en ejercicio de sus funciones, pretenda introducir una restricción, siempre deberá desvirtuar las presunciones como condición necesaria para admitir la restricción de dicha libertad. Como consecuencia de ello, quien afirme la violación de sus derechos, deberá demostrar (i) que la expresión no puede comprenderse cobijada por la libertad; (ii) que una restricción a dicha libertad puede justificarse constitucionalmente; (iii) que la primacía *prima*

---

Antioquia<sup>[1]</sup>. Ha manifestado que es un líder religioso respetado y carece de antecedentes penales<sup>[2]</sup>. El veintisiete (27) de febrero de 2018, según consta en el expediente, el usuario de Facebook “MJD” hace una publicación por primera vez contra el accionante<sup>[3]</sup>, compartiendo un *estado*<sup>[4]</sup> que contiene la foto del señor Giraldo Saldarriaga y el siguiente texto: “*Denuncio social y ética mente a este sujeto (sic). Valiéndose (sic) dela (sic) condición de pastor y reconciliador de pareja sigue engañado. Estafando y adoctrinando a menores de edad como a mi (hija). Daniela usa mentes debilis (sic) (...) Para estafar a nombre de la Biblia (...)*”<sup>[5]</sup>. El veinte (20) de marzo de 2018, “MJD” publicó el siguiente *estado*: *Nada q se da por entendido éste “sujeto” pues continua (sic) estafando, mintiendo y adoctrinado a menores de edad y dando consejos de vida a mentes débiles como la de (...) q le sigue todo el juego a este perverso pastor*<sup>[6]</sup>. El actor alega que las imputaciones van más allá de las publicaciones en Facebook, según advierte, el accionado ha repartido volantes en el barrio de residencia del pastor. Para el efecto, allegó un volante que contiene su foto y el siguiente texto: “*¡OJO! Roba por medio de la palabra de Dios. Sometiendo a los feligreses a chantajes. Es un vecino peligroso y abusador*”. Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia T-179/19».

*facie* de la libertad de expresión puede ser derrotada por la importancia de otros intereses constitucionales; y (iv) que la restricción no constituye una forma de censura<sup>212</sup>.

En el mismo sentido, se encuentra la sentencia T-361 de 2019 confirmadora de línea jurisprudencial. De conformidad con los hechos, se analizó el caso de “una mujer que publicó en su cuenta de Facebook una serie de comentarios en contra del accionante, a quien se refería como “pobre iluso”, “un nada que ver”, “con una lengua viperina”, entre otros comentarios”<sup>213</sup>. El resultado fue que cuerpo colegiado no protegió los derechos a la honra, intimidad y buen nombre de la accionante, comoquiera que, para la alta corporación: “Son expresiones de su juicio íntimo con respecto a la apreciación que tiene del accionante. Para la Corte, es indudable que la percepción que tiene Luz Estela Royo Bárcenas sobre Luis Alfredo Salamanca es negativa, la cual, también se protege mediante la libertad de opinión”<sup>214</sup>.

Posteriormente, se encuentra la Sentencia SU-420 de 2019, la cual se analizará más a fondo en las líneas posteriores, por lo pronto, únicamente se mencionará que dicha providencia solo falla sobre uno de los cuatro expedientes que componían el expediente, por encontrarse hecho superado o carencia actual de objeto en los expedientes restantes. En esta providencia, la Corte Constitucional no solo termina por reafirmar la *presunción de constitucionalidad* del discurso ofensivo *genérico* entre particulares en redes digitales, sino que en términos prácticos establece la manera en que dicha presunción podría llegar a desvirtuarse, esto es, en uso de los recursos metodológicos establecidos por los precedentes en la materia, es decir, el *test de relevancia constitucional* y el *test de proporcionalidad estricto sui generis de libertad de expresión*.

Entonces, habiendo hecho énfasis en lo anterior, en uso de la técnica del análisis dinámico de las líneas jurisprudenciales en materia de discurso ofensivo entre particulares en redes digitales, se esgrimen dos líneas jurisprudenciales opuestas que parten de una sentencia fundadora de línea jurisprudencial, esto es la providencia T-391 de 2007. Ulteriormente, van cambiando, puesto que en una línea “(*línea A*)” es claro que el discurso “ofensivo” tiene una presunción de inconstitucionalidad”, en otras palabras, para la Corte el discurso ofensivo no

---

<sup>212</sup> Corte Constitucional de Colombia.

<sup>213</sup> Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia T-361/19», *M.P. Alberto Rojas Rios*, 12 de agosto de 2019, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-361-19.htm>.

<sup>214</sup> Corte Constitucional de Colombia.

se encontraría protegido por la libertad de expresión, lo que significaría una reinterpretación más estricta de la autonomía otorgada a los particulares en el régimen de *libre mercado de ideas*. Por su parte, en la otra línea jurisprudencial “(línea B)”, el discurso ofensivo *genérico* tiene un manto de sospecha de inconstitucionalidad, lo que significa que, en aplicación de los recursos metodológicos de ponderación, es posible que se admita dicho discurso (o no se admita como protegido) por el juez constitucional. En definitiva, la regla general que no operaría *prima facie* sería la censura.

### **3.3.1. Gráficas de análisis dinámico de las líneas jurisprudenciales “A” Y “B”**

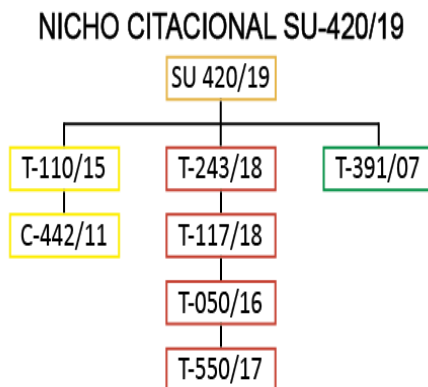
Siguiendo a López Medina, para que sea exitoso el proceso implementado en la técnica de análisis dinámico de líneas jurisprudenciales “debe tratar de identificar las sentencias hitos agrupadas en torno a problemas jurídicos bien definidos. (O como los hemos llamado, escenarios constitucionales). Eso implica que las líneas no pueden construirse por mera afinidad conceptual, sino que es imprescindible, al mismo tiempo, cercanía y relevancia en relación con los patrones fácticos bajo estudio”<sup>215</sup>.

Respecto de esto último, las líneas jurisprudenciales “A” y “B” presentaron en común los supuestos fácticos de discurso ofensivo *genérico* en el régimen de *libre mercado de ideas*; con la diferencia de que, en la primera línea, esta categoría de discurso (*genérico*) fue comprendido en las respectivas providencias, desde un punto de vista más restrictivo haciéndose efectiva una presunción de inconstitucionalidad. Por otra parte, en la segunda línea, la *ratio decidendi* de aquellas sentencias, construye la doctrina de la presunción de constitucionalidad del discurso ofensivo *genérico*. Ahora bien, en cuanto a la metodología que debe seguir la técnica de análisis dinámico de líneas jurisprudenciales, López Medina los resume en tres pasos como se procede a anunciar: (i) El punto arquimédico de apoyo. (II) Ingeniería reversa, y (III) La telaraña y los puntos nodales de la jurisprudencia.” “Los pasos operan de la siguiente manera: El primer paso “punto arquimédico” debe tratar de hallar una primera sentencia a la que denominaremos sentencia arquimédica” que cumpla con los siguientes requisitos: Que sea lo más reciente posible y que, en sus hechos relevantes, tenga el mismo patrón fáctico (o al menos el más cercano posible) con relación al caso sometido a investigación”. La sentencia que se establece como punto arquimédico de apoyo en las dos

---

<sup>215</sup> López Medina, *El derecho de los Jueces*, 169.

líneas jurisprudenciales es la SU-420 de 2019. Por su parte, destaca el nicho citacional que tiene esta providencia tal como se expone en la gráfica a continuación:

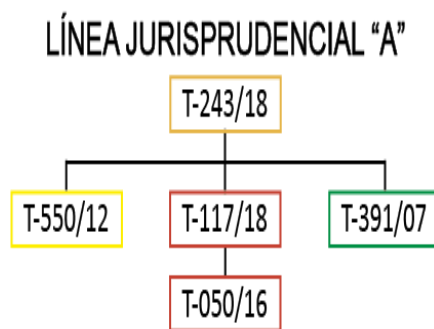


**Punto Arquimédico de apoyo: SU-420/19**

\*Gráfico elaborado por Ricardo Rodríguez Rincon

En este punto procedo a explicar la gráfica presentada. En este gráfico se observa siguiendo la teoría de López (Medina) que la sentencia de Unificación SU-420/19 tiene como componentes tres ejes jurisprudenciales diferenciados por colores amarillo, rojo y verde. Las providencias en Amarillo son la T-110/15 y la C-442/11. Se encuentran en amarillo porque fueron las providencias en las cuales la Corte fundamentó sustancialmente la diferenciación entre el discurso ofensivo singular y el discurso de odio suponiendo la presunción de constitucionalidad frente al discurso ofensivo *genérico*. En color rojo se encuentran las providencias T-243/18, T-117/18, T-050/16 y la T-550/17. Se encuentran agrupadas en rojo porque comparten como característica el haber fijado la doctrina jurisprudencial que contemplaba la presunción de inconstitucionalidad del discurso ofensivo *genérico*. En color verde se encuentra la providencia T-391/07. Frente a esta última providencia valga la pena reiterar que es la decisión judicial inicial o fundadora de línea jurisprudencial, frente a la cual se desarrolló todo el análisis dinámico del precedente judicial respecto del discurso ofensivo entre particulares en redes sociales.

Continuando con el segundo paso de la teoría de análisis estático, López Medina menciona que “El segundo paso, de *“ingeniería reversa”*, consiste en el estudio de la estructura de citas del *“punto arquimédico”*. Así las cosas y antes de empezar a analizar el fallo en profundidad, el investigador debe hacer una lista de las citas jurisprudenciales que la *sentencia arquimédica* contiene. Con estas nuevas referencias a la mano, el investigador puede ahora replicar el procedimiento hasta que formen un *“nicho citacional”* lo suficientemente amplio”<sup>216</sup>. Así las cosas, se procede a presentar los nichos citacionales de la línea jurisprudencial “A”. Posteriormente se procederá a presentar los nichos citacionales de la línea jurisprudencial “B”.



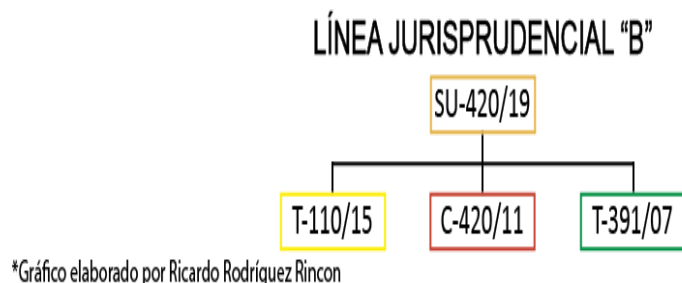
\*Gráfico elaborado por Ricardo Rodríguez Rincon

Se procede a explicar el reciente gráfico. Frente a la línea jurisprudencial “A”. En el presente cuadro de nicho citacional, se observa tres sublíneas jurisprudenciales las cuales concurren en la sentencia T-243 de 2018 como sentencia consolidadora de línea jurisprudencial. En color amarillo se encuentra la providencia T-550 de 2012. En esta providencia expresó la Corte que “La libertad de expresión se aplica en Internet del mismo modo que en otros medios de comunicación, concluyéndose que las redes sociales no pueden garantizar un lugar para la difamación, el denuesto, la grosería, la falta de decoro y la descalificación”<sup>217</sup>. En color rojo se encuentran las providencias T-117 de 2018 y T-050 de 2016. En estas providencias la Corte Constitucional fijó una subregla jurisprudencial la cual consiste en que el discurso ofensivo *genérico* tiene presunción de inconstitucionalidad. Es decir, preliminarmente en sede judicial no se entendería protegido por el artículo 20 de la

<sup>216</sup> López Medina, 170-71.

<sup>217</sup> Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia T-550/12».

Constitución. Finalmente, en color verde se encuentra la providencia T-391 de 2007, la cual como se explicó anteriormente, desde el punto de vista del discurso ofensivo *singular*, se configura como punto de partida como sentencia fundadora de línea jurisprudencial. Por su parte, la línea jurisprudencial "B" fue graficada con los nichos citacionales que se presentan a continuación.



En el presente cuadro de nicho citacional, se observa tres sublíneas jurisprudenciales las cuales concurren en la sentencia SU-420 de 2019. En color amarillo la providencia T-110 de 2015. Esta providencia específicamente se refirió a la rectificación como requisito de procedibilidad de la acción de tutela en los siguientes términos: “De este modo, cuando la información que se estima inexacta o errónea no es difundida por los medios, sino por otro particular, no cabe extender un requisito expresamente previsto en el artículo 20 superior para otra situación y, por consiguiente, la previa solicitud de rectificación ante el particular responsable de la difusión no es exigida como requisito de procedencia de la acción de tutela”<sup>218</sup> En color rojo la providencia C-420 de 2011, como se mencionó anteriormente en esta providencia la Corte Constitucional estudió la constitucionalidad de los delitos de injuria y calumnia establecidos en el código penal (ley 599 de 2000). Providencia en la cual la corte reconoce que el discurso ofensivo, es aquel discurso que es inusual/alternativo/diverso, las expresiones chocantes, las expresiones ofensivas, las expresiones indecentes, y las expresiones contrarias a las creencias mayoritarias, otorgándole una categoría de (discurso sospechoso más no inconstitucional), protegiendo inclusive su expresión y tono. y en color verde se encuentra la providencia T-391 de 2007, sentencia fundadora de línea jurisprudencial.

<sup>218</sup> Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia T-110/15».

Finalmente, con el objeto de completar la técnica de análisis dinámico planteada por López Medina, valioso resulta traer a colación el tercer paso y las conclusiones que arroja este doctrinante, así:

En el tercer paso, el investigador estudiará este “nicho citacional” formado mediante el análisis de las sentencias. Para su sorpresa encontrará, generalmente, que el análisis de nicho citacional no conduce a una masa amplísima de sentencias sino que, por el contrario, termina subrayando la existencia (mediante su continua citación en las sentencias investigadas) de unos “*puntos nodales*” dentro del nicho citacional. De graficarse el nicho citacional, se vería como unos ciertos puntos están a menudo citados en un alto número de sentencias. Esta gráfica, por tanto, se parece a una telaraña “citacional”. Estos puntos nodales, que incluso en líneas abundantes y complejas, no son muchos, coinciden, para todos los efectos prácticos, con las sentencias hito de la línea. Esta metodología como se ve, reduce la masa decisional, de una materia demasiado extensa, a un pequeño número de decisiones en las que se define y se da contorno a las subreglas<sup>219</sup>.

	LÍNEA JURISPRUDENCIAL “A”	LÍNEA JURISPRUDENCIAL “B”	
ESCENARIO CONSTITUCIONAL RELEVANTE: DISCURSO OFENSIVO <i>GENÉRICO</i> ENTRE PARTICULARES EN REDES DIGITALES.			
		• T- 391 de 2007	
	• T-713 de 2010		
		• C-422 de 2011	
	• T-550 de 2012		
		• SU-626 de 2015	
	• T-050 de 2016		
	• T-145 de 2016		
	• T-695 de 2017		
PRESUNCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DISCURSO OFENSIVO ENTRE PARTICULARES. (REGULACIÓN)			PRESUNCIÓN DE CONSTITUCIONALIDAD DISCURSO OFENSIVO ENTRE PARTICULARES. (AUTONOMÍA)
	• T-117 de 2018		
	• T-243 de 2018		
	• T-179 de 2019		
		• T-102 de 2019	
		• T-361 de 2019	
		• SU-420 de 2019	

<sup>219</sup> López Medina, *El derecho de los Jueces*, 177.

### 3.4. Providencia SU-420 de 2019 de la Corte Constitucional (Expediente T-6.683.135)

Proseguiré con el estudio de la providencia SU-420 de 2019 de la Corte Constitucional. Este expediente analiza un caso específico de discurso ofensivo entre particulares en redes digitales. Al respecto, imperioso resulta mencionar que la SU-420 de 2019 se originó en la revisión de cuatro expedientes; sin embargo, como ya se dijo, lamentablemente únicamente se resuelve sobre un expediente, el T-6.683.135, toda vez que, en los otros expedientes, (T-5.771.452, T-6.630.724, T-6.633.352) se declaran respectivamente improcedentes las acciones de tutela por carencia actual de objeto o por hecho superado.

En este punto, prioritario sea indicar, que la SU-420 de 2019 es una sentencia hito-consolidadora de línea jurisprudencial. Así las cosas, considero necesario traer a colación la definición de López Medina de sentencia hito-consolidadora de línea jurisprudencial:

“Las sentencias hito-consolidadoras de línea son aquellas en las que la Corte trata de definir con autoridad una subregla de derecho constitucional y en la que usualmente se decanta un balance constitucional más complejo que el que en un comienzo fue planteado por las sentencias fundadoras de línea”<sup>220</sup>.

Pues bien, en la sentencia se observará que en su *ratio decidendi* sale a relucir la metáfora de “*libre mercado de ideas*” como una subregla jurisprudencial vigente, la cual se consolida bajo el entendido que la autonomía personal, goza de una mayor amplitud, lo que en consecuencia equivaldría a interrogar si debería implementarse un mayor control de la libertad de opinión. Conforme a lo expuesto, la SU-420 de 2019 es una sentencia hito-consolidadora de línea jurisprudencial porque, a mi juicio, anula a la “línea jurisprudencial A”, la cual, reafirmo, comprendían a la misma metáfora de *libre mercado de ideas* desde una perspectiva mucho más limitada, eso es, disminuyendo a la autonomía personal y procurando el control, por lo menos, en cuanto al discurso ofensivo entre particulares y su evidente lesión a los derechos fundamentales a la intimidad, a la honra y al buen nombre respecta. Así, siguiendo a López Medina, la providencia SU-420/19 introduce cambios importantes al

---

<sup>220</sup> López Medina, 165.

precedente: “De esta segunda posibilidad surgen aquellas sentencias hito que realizan cambios fuertes de jurisprudencia dentro de la línea”<sup>221</sup>.

### 3.5. Hechos del expediente T-6.683.135 y pretensiones del tutelante

En este caso, un particular emite un discurso ofensivo de mediana intensidad por la red digital Facebook en contra de un alto funcionario de la asociación Sayco & Acinpro<sup>222</sup>. Los antecedentes de conformidad con el expediente en mención son los siguientes: “35. El 20 de mayo de 2015, la Sociedad de Autores y Compositores de Colombia –Sayco, dispuso la cesación en calidad de socio del señor RGRB<sup>[28]</sup>, con lo cual se terminó cualquier tipo de relación entre este y la referida sociedad. 36. El señor RGRM en distintas oportunidades ha publicado en sus cuentas de Facebook y YouTube mensajes en los que tacha de “*ratero*”, “*mafioso*”, “*corrupto*”, entre otros calificativos, al señor RMM, quien actualmente es miembro del Consejo Directivo de Sayco y Notario Primero del Círculo de Santa Marta”<sup>223</sup>.

Mencionados los antecedentes, el mensaje ofensivo que se destacó por su contenido violento para Honorable Corte Constitucional es el siguiente; al respecto obsérvese el grueso calibre del discurso utilizado por el señor RGRB contra RMM:

SEÑOR [RMM] ¿A USTED NO LE DA PENA QUE SE SEPA QUE ES UN RATERO? (DENÚNCIEME) ¿CÓMO ANDA DE LOMOTIL Y DIAZEPÁN?”; “SAYCO ES UN ANTRO DE CORRUPCIÓN: NI RECAUDA NI DISTRIBUYE COMO LO EXIGE LA LEY Y LA DECISIÓN ANDINA. ROBA COMO LO ORDENA [RMM]”; “SEÑOR [RMM], ¿HASTA CUÁNDO VA A SEGUIR CON SUS DELITOS? ¿HASTA CUÁNDO VA A SEGUIR ROBÁNDOLES A UNOS SOCIOS SUS SAGRADOS DERECHOS DE AUTOR PARA REGALÁRSELOS A SUS AMIGOS? ¡Y NO SON TRES PESOS! ¡SON MILLONES! ¡MISERABLE!”; “[RMM] ES UNA DESHONRA PARA SU PROFESIÓN Y PARA EL NOTARIADO. LO RETO A UN DEBATE PARA

---

<sup>221</sup> Diego Eduardo López Medina, *El derecho de los Jueces obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial* Diego Eduardo López Medina, 2006, 165,

<https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat05358a&AN=crai.54050&site=eds-live>.

<sup>222</sup> “La Organización Sayco Acinpro – OSA es una entidad privada, sin ánimo de lucro, con personería jurídica y licencia de funcionamiento de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, creada desde el año 1987 por las Sociedades de Gestión Colectiva SAYCO – Sociedad de Autores y Compositores de Colombia- y ACINPRO – Asociación Colombiana de Interpretes y Productores Fonográficos. La Organización Sayco Acinpro – OSA. Organización Sayco Acinpro, «¿Quiénes Somos?», osa-colombia, 2023, <https://www.osa.org.co/-quienes-somos->.

<sup>223</sup> Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia SU-420/19».

PROBÁRSELO”; “[RMM] y el resto de la administración de Sayco, en compañía de la DNDA, conforman la MAFIA MÁS GRANDE DE COLOMBIA”; “IMPOSIBLE REUNIR A TANTOS CORRUPTOS Y DELINCIENTES, COMO LOS QUE GIRAN ALREDEDOR DE [RMM] EN SAYCO. (DENÚNCIENME)”; “LA ADMINISTRACIÓN DE SAYCO ES UN COMPENDIO DE RATEROS, DELINCIENTES, CORRUPTOS (DENÚNCIENME)”; “Voy a demostrar que [RMM] y otros de la administración son hampones. Parte de las pruebas me las dio la Contraloría<sup>224</sup>.

Expuesto entonces el fáctum del *expediente T-6.683.135*, sea de mencionar que, en cuanto a las pretensiones, el afectado (RMM) a través de la acción de tutela, solicita al juez constitucional el amparo a los derechos fundamentales al buen nombre, a la dignidad y a la intimidad, pues según el accionante y tal como obra en el expediente, los ataques se han prolongado en el tiempo por más de siete (7) años. En consecuencia, el accionante solicitó al cuerpo colegiado que ordenase que señor RGRB debía retirar de sus redes sociales y sus canales de YouTube todo el material (videos, estados, comentarios, fotos, etc.) que, por ser injuriosa, calumniosa y deshonrosa, vulnerarían los derechos fundamentales sobre los cuales invoca la protección.

### **3.6. La regla jurisprudencial fijada por la SU-420 de 2019 que establece “la Presunción de Constitucionalidad del discurso ofensivo genérico entre particulares”**

Se abordará la regla jurisprudencial fijada en la Sentencia de Unificación SU-420 de 2019, bajo siete aproximaciones, y una conclusión. Dichas aproximaciones son las siguientes: (i) en primer lugar, se abordará la definición jurisprudencial que ha construido la Corte Constitucional en materia de discurso ofensivo en la presente Sentencia de Unificación. (ii) En segundo lugar, explicaré el concepto de lo que en palabras de la Corte se denomina “*presunción de constitucionalidad*” del discurso ofensivo entre particulares en redes digitales, y los efectos de esta presunción como fuente de derecho constitucional. (iii) En tercer lugar, se revisarán los contenidos y la metodología del *test de relevancia constitucional*<sup>225</sup>. (iv) En cuarto lugar, se analizará un segundo *test*, denominado *test estricto de proporcionalidad sui-generis de libertad de expresión*, también establecido por la SU-420 de 2019. Este segundo *test*, pretende la ponderación entre el derecho fundamental a la libertad

---

<sup>224</sup> Corte Constitucional de Colombia.

<sup>225</sup> Que en síntesis se compone por los siguientes elementos: “(i) Quién comunica: esto es, el emisor del contenido, (ii) Respecto de quién se comunica, es decir, la calidad del sujeto afectado, (iii) Cómo se comunica a partir de la carga difamatoria de las expresiones” Corte Constitucional de Colombia.

de expresión en redes digitales y otros derechos fundamentales tales como la honra, la intimidad y el buen nombre del particular afectado que utiliza la acción de tutela. (v) En quinto lugar, como se verá en líneas posteriores, del análisis de los hechos y de la aplicación del *test de relevancia constitucional*, se advertirá su resultado en el expediente T-6.683.135, de este modo, se considera que en ese caso las expresiones ofensivas son constitucionalmente relevantes, y por lo mismo, es posible proceder con el desmantelamiento de la *presunción de constitucional*. (vi) En sexto lugar se abordará el resultado en cuanto a la aplicación del *test estricto de proporcionalidad sui géneris de libertad de expresión* en el expediente T-6.683.135. (vii) En séptimo lugar, se analizará la *ratio decidendi* el expediente T-6.683.135 contenido en la providencia SU-420/19 y el *Resuelve o Decisum* de la misma.

Gracias a esto, quedará en evidencia cómo se logra derribar la *presunción de constitucionalidad* mediante dichas herramientas jurídicas (los test mencionados)<sup>226</sup> para declarar así judicialmente como inconstitucional al discurso ofensivo *genérico* entre particulares en redes digitales. Así las cosas, siempre y cuando se satisfagan estas subreglas jurisprudenciales, es como finalmente el juez constitucional logra arribar a la declaratoria de tutelar los derechos fundamentales del sujeto particular afectado en su honra, intimidad y buen nombre por actos comunicativos relacionados con el discurso ofensivo *genérico*.

### *3.6.1. La definición jurisprudencial de discurso ofensivo genérico en la SU-420 de 2019*

En cuanto a la definición jurisprudencial del discurso ofensivo *genérico* en la SU-420 de 2019, la Corte Constitucional trae a colación la definición de ofensivo *genérico* de la providencia T-695 de 2017 bajo las siguientes palabras: “La libertad de expresión también permite pronunciar opiniones o ideas de manera autónoma, sin la limitación de los criterios de veracidad e imparcialidad; situación que no implica que dichas manifestaciones puedan tener contenido insultante, vejatorio o humillante, o puedan denotar intención de dañar, sin

---

<sup>226</sup> Corte Constitucional de Colombia. (i) Una carga difamatoria voluminosa, (ii) Un nivel de reproducción extenso en los perfiles de las redes digitales de los particulares; que dependa (iii) La calidad del receptor y del sujeto afectado. (iv) Y, que además la medida que busque restringir el discurso ofensivo en concreto logre superar con posterioridad un test de proporcionalidad en sentido estricto

provocar una afectación del derecho a la honra de la persona y una consecuente reacción de protección constitucional”<sup>227</sup>.

### *3.6.2. El concepto de presunción de constitucionalidad del discurso ofensivo como regla jurisprudencial fijada en la Sentencia de Unificación 420 de 2019*

En segundo lugar, explicaré el concepto de lo que en palabras de la Corte se denomina “*presunción de constitucionalidad*” del discurso ofensivo *genérico* entre particulares en redes digitales, y los efectos de esta presunción como fuente de derecho constitucional. Este concepto, es una construcción de la Corte Constitucional contenida en las providencias SU-420 de 2019<sup>228</sup>, T-110 de 2015<sup>229</sup>, C-442 de 2011<sup>230</sup> y T-391 de 2007<sup>231</sup>. Dichas providencias constituyen el pilar de la línea jurisprudencial en materia de la consolidación de la presunción de constitucionalidad del discurso ofensivo entre particulares en redes digitales en Colombia.

Esta presunción en términos prácticos implica reconocer en estricto sentido, que una vez trabada la *litis* fruto de una acción de tutela interpuesta por un particular afectado, existe una regla general de derecho consistente en el otorgamiento de un manto de constitucionalidad del discurso ofensivo *genérico* entre particulares en redes sociales como punto de partida.

---

<sup>227</sup> Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia T-695/17», M.P. Jose Fernando Reyes Cuartas, 24 de noviembre de 2017, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-695-17.htm>.

<sup>228</sup> Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia SU-420/19».

<sup>229</sup> Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia T-110/15». “no puede entenderse que quien hace uso de dicha libertad está autorizado para atropellar los derechos de los otros miembros de la comunidad, sacrificando principalmente, entre otros, los derechos al buen nombre y a la honra. En esa misma dirección no se pueden realizar insinuaciones sobre una persona ajenas a la realidad, con el único propósito de fomentar el escándalo público”. “Sin embargo, la anterior argumentación no puede terminar por hacer nugatoria la libre expresión de opiniones. Por tanto, el ejercicio de esta garantía fundamental en cuanto se relaciona con los hechos y no con las opiniones que de ellos se derivan, se rige de forma atenuada bajo los mismos principios que limitan el alcance del derecho a la información, los cuales son: libertad, finalidad, necesidad, veracidad e integridad, con el objetivo de proteger el contenido normativo de otros derechos como la honra, el buen nombre y la intimidad”.

<sup>230</sup> Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia C-442/11». “La libertad constitucional protege tanto las expresiones socialmente aceptadas como las que son inusuales, alternativas o diversas, lo cual incluye las expresiones ofensivas, chocantes, impactantes, indecentes, escandalosas, excéntricas o simplemente contrarias a las creencias y posturas mayoritarias, ya que la libertad constitucional protege tanto el contenido de la expresión como su tono”.

<sup>231</sup> Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia T-391/07». En providencia T- 391 de 2007, se estableció una “presunción constitucional a favor de la libertad de expresión de la cual se derivaron los siguientes efectos jurídicos: (i) cobertura de cualquier expresión, salvo que se justifique la limitación; (ii) primacía de la libertad de expresión frente a otros valores, principios y derechos, salvo que el otro tenga mayor peso; (iii) sospecha de inconstitucionalidad de las limitaciones y aplicación de un control estricto de constitucionalidad, y (iv) prohibición de censura como presunción imbatible”.

Sin embargo, dicha presunción, es desvirtuable en el marco del proceso constitucional, pero para lograr el levantamiento del manto o velo de constitucionalidad, se requiere en primer lugar superar los presupuestos de legitimación, subsidiariedad e inmediatez establecidos para la admisión de la acción de tutela, por medio del cual se superarían los requisitos de procedibilidad establecidos en el decreto ley 2591 de 1991, y tal como se expondrá en líneas posteriores, el discurso ofensivo tendría además que superar no solo el *test de relevancia constitucional* sino que además la medida que busca la censura del discurso ofensivo, deberá superar un *test de proporcionalidad en sentido estricto sui-géneris de libertad de expresión*.

Así las cosas, como puede inferirse, la *presunción de constitucionalidad del discurso ofensivo* entre particulares es a todas luces una regla jurisprudencial bastante sólida. No obstante, toda regla general admite excepciones. En materia de *presunción de constitucionalidad*, la excepción radicaría en la declaratoria de inconstitucionalidad del discurso ofensivo del emisor violento por parte de la Corte Constitucional. Además, y sin dejar de lado el régimen de carga de la prueba que indica que el receptor agredido es quien debe demostrar los hechos, es opinión de este trabajo que, justamente, tal excepción es la prueba fehaciente del complejo panorama al que se debe afrontar quien pretenda recurrir en acción constitucional, dado el poco peso que tiene el derecho fundamental a la dignidad humana por cuenta de la primacía de la libertad de expresión contemplada en el artículo 20<sup>232</sup> de la Constitución Política Colombiana.

### *3.6.3. El contenido y los efectos del test de relevancia constitucional.*

En tercer lugar, se revisará el contenido del *test de relevancia constitucional*<sup>233</sup> utilizado por la Corte Constitucional, así como también se analizarán los efectos derivados de la aplicación de este test sobre un discurso ofensivo *genérico* indeterminado entre particulares en redes digitales.

Así las cosas, respecto al contenido del *test de relevancia constitucional* utilizado por la Corte Constitucional, sea de mencionar que se compone por los siguientes elementos:

---

<sup>232</sup> República de Colombia, *Constitución Política de Colombia*, art. 20.

<sup>233</sup> Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia SU-420/19». Que en síntesis se compone por los siguientes elementos: “(i) Quién comunica: esto es, el emisor del contenido, (ii) Respecto de quién se comunica, es decir, la calidad del sujeto afectado, (iii) Cómo se comunica a partir de la carga difamatoria de las expresiones.

(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, esto es, 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*, donde se debe valorar: a) El contenido del mensaje: 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; 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)<sup>234</sup>.

Frente a la metodología, únicamente se puede mencionar, que el resultado de cada uno de los criterios establecidos por dicho *test* dependerá de los supuestos fácticos de cada caso en concreto (de conformidad con las pruebas acreditadas en el expediente). Por lo pronto, se observa, como regla general, que el tercer criterio, esto es (iii) *Cómo se comunica a partir de la carga difamatoria de las expresiones*, es el criterio determinante para definir la relevancia o el impacto de dicho discurso ofensivo *genérico*<sup>235</sup>.

Ahora bien, frente al resultado o los efectos de la aplicación del *test de relevancia constitucional*, sea lo primero mencionar que se observan dos posibles escenarios. No obstante, para entender estas consecuencias, se requiere comprender de primera mano, la teleología del mencionado *test*. El test de relevancia constitucional busca determinar si, *prima facie*, la expresión ofensiva es constitucionalmente relevante, y si dicha opinión tiene potencial de afectar derechos fundamentales de esos terceros particulares. La Corte acude a este test para analizar el requisito de subsidiaridad como requisito de procedencia de la acción de tutela. Pero así mismo, con el uso de esta herramienta el alto tribunal tiene la posibilidad de verificar quienes son las partes inmersas en la discusión constitucional, bajo cual medio

---

<sup>234</sup> Corte Constitucional de Colombia.

<sup>235</sup> Corte Constitucional de Colombia.

tecnológico se efectuó la violencia comunicativa, cuantas veces fue compartida o replicada, el contenido de la expresión para determinar si es o no preliminarmente desproporcionado, entre otros.

Por su parte, el objeto de aplicar el *test de proporcionalidad sui generis de libertad de expresión* por parte de la Corte Constitucional encuentra por objeto determinar si, en un caso en concreto, ha existido un uso desproporcionado de la libertad de expresión por parte del particular emisor del discurso ofensivo *genérico*. De esta manera y siguiendo los contenidos del primer *test (relevancia constitucional)*, el primer escenario consistiría en que en caso de comprobarse que existe una desproporción preliminar en cuanto al contenido del mensaje, las partes involucradas, las redes digitales utilizadas, el número de reproducciones, la cantidad de cuantos usuarios la han visto, o que en esta han interactuado, determinaría que dicho lenguaje ofensivo genérico entre particulares es constitucionalmente relevante como requisito de procedibilidad, pero para también para fallar el fondo del asunto. Así, podría llegar a desvirtuarse la mencionada *presunción de constitucionalidad* de dicho discurso ofensivo. Lo que equivaldría suponer, que, en las *resultas* del proceso, operaría la censura de la libertad de expresión del emisor violento por parte del alto tribunal. Dicho lo anterior, en caso de que dicha *presunción de constitucionalidad* resultase desvirtuable por entenderse dicho discurso ofensivo como desproporcionado, y por lo mismo constitucionalmente relevante, la Corte Constitucional deberá con posterioridad, utilizar un *test de proporcionalidad en sentido estricto sui generis de libertad de expresión* –el cual explicaré en el subtítulo siguiente–, para definir si finalmente prima el derecho a la libertad de expresión del emisor o los derechos a la honra, intimidad y dignidad humana del particular afectado.

En sentido contrario, el segundo escenario surge bajo el supuesto en que el discurso ofensivo no llegase a concebirse como constitucionalmente relevante para la Corte Constitucional. bajo las consideraciones recientemente expuestas, Así las cosas, bajo este planteamiento, y teniendo en cuenta que esto influye como requisito de procedibilidad de la acción de tutela, el discurso ofensivo entre particulares en redes digitales no lograría superar dicho *test de relevancia constitucional*. Lo anterior, en síntesis, permitiría afirmar, que la *presunción de constitucionalidad* no podría haber sido desvirtuada por la automática inadmisión de la tutela, o aún así, en dado caso de que llegase a ser admitida, no podría la

Corte llegar hasta el segundo paso de utilizar un *test de proporcionalidad en sentido estricto sui generis de libertad de expresión*, pues se entiende que el discurso ofensivo entre particulares no tiene la capacidad de interferir en el goce de los derechos fundamentales del afectado en su honra, intimidad y buen nombre, lo cual sería de objeto de estudio del test de proporcionalidad en sentido estricto.

Sin embargo, sea de mencionar que la sentencia establece que los parámetros del *test de relevancia Constitucional* deben analizarse en conjunto y no separadamente, por lo que en criterio de la Corte, no son taxativos, sino que son meramente enunciativos:

Los anteriores parámetros constitucionales deben analizarse en conjunto en cada caso y no de manera inconexa, ya que todos ellos están relacionados directa o indirectamente, por lo que sólo su valoración agregada permitirá resolver de forma adecuada la tensión entre derechos. Así mismo, es importante señalar que dichos parámetros no constituyen una lista taxativa de todos los aspectos que se deben tener en cuenta al momento de resolver un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y los derechos de terceras personas, pues las particularidades de cada caso pueden ser infinitas, por lo que tales parámetros, lejos de constituirse en unos criterios cerrados y definitivos, sólo son una guía, extraída de la propia jurisprudencia constitucional, para orientar la labor del juez al resolver cada caso, quien siempre debe partir de la especial protección que tiene el derecho a la libertad de expresión en nuestro ordenamiento y, por tanto, encontrar el remedio judicial más adecuado para no sacrificar innecesariamente tal derecho y garantizar el máximo margen posible de expresión libre de cualquier interferencia<sup>236</sup>.

#### *3.6.4. El test de proporcionalidad fuerte o estricto sui generis de libertad de expresión*

En cuarto lugar, pretendo referirme al *test de proporcionalidad fuerte o estricto sui generis de libertad de expresión*. Recientemente mencionaba que en caso de que por la aplicación del *test de relevancia constitucional*, se llegase a determinar si la expresión ofensiva es constitucionalmente relevante, y que dicha opinión tiene potencial de afectar derechos fundamentales de esos terceros particulares la Corte Constitucional deberá con posterioridad, utilizar un *test de proporcionalidad en sentido estricto sui generis de libertad de expresión* para lograr determinar si resultaría desvirtuable la *presunción de*

---

<sup>236</sup> Corte Constitucional de Colombia.

*constitucionalidad* del discurso ofensivo *genérico* por entenderse dicho discurso como desproporcionado, lo que en consecuencia, determinará el sentido del fallo, por un lado, si finalmente prima el derecho fundamental a la libertad de expresión del emisor violento o si, por el contrario, se tutelarían los derechos fundamentales a la honra, intimidad y dignidad humana del particular afectado.

Pues bien, se podrá preguntar el lector: ¿Que es el test de proporcionalidad? Al respecto, para arribar a esta respuesta, lo primero que debe mencionarse es que la justificación de utilizar un *test proporcionalidad* consiste en dirimir una *colisión de derechos fundamentales*, los cuales, por encontrarse contenidos en el mismo rango de jerarquía (fundamentales), requieren que el cuerpo colegiado utilice un recurso técnico para que la Corte se incline a favor de alguno de ellos. La Corte Constitucional ha adoptado de otros sistemas jurídicos *el test de proporcionalidad* y asimismo ha construido en sus providencias los niveles que le componen (*leve, medio o estricto*) para lograr su aplicabilidad en las resoluciones judiciales, las cuales impactan en la interpretación y custodia de la constitución colombiana y en el ordenamiento jurídico nacional.

Resulta imperioso mencionar, que también es del interés de esta investigación, estudiar y referirse al *test de proporcionalidad fuerte o en sentido estricto*. De este modo, aquí surge un segundo interrogante, ¿Cuándo se utiliza un *test fuerte o estricto de proporcionalidad*? Así, de conformidad con la *obiter dictum* de esta providencia, el test debe ser estricto de conformidad con el siguiente razonamiento:

110. Ante el escenario que se ha venido desarrollando conviene reiterar las siguientes subreglas que deben irradiar cualquier ejercicio de armonización cuando se encuentra en juego la libertad de expresión: (i) toda expresión está amparada *prima facie* por el derecho a la libertad de expresión; (ii) en los eventos de colisión del derecho a la libertad de expresión con otros derechos fundamentales, en principio, aquél prevalece sobre los demás; (iii) cualquier limitación de una autoridad pública al derecho a la libertad de expresión se presume inconstitucional, y por tanto debe ser sometida a un control constitucional estricto; (iv) cualquier acto de censura previa, por parte de las autoridades es una violación del derecho a la libertad de expresión, sin que ello admita prueba en contrario<sup>237</sup>.

---

<sup>237</sup> Corte Constitucional de Colombia.

Así las cosas, y descendiendo a la justificación del uso del test estricto en el caso concreto de la SU-420 de 2019, destaca que la Corte menciona que:

Esta modalidad de escrutinio se aplica a hipótesis en las que la misma Constitución señala mandatos específicos de igualdad, lo que se traduce en una menor libertad de configuración del Legislador y, por consiguiente, en un juicio de constitucionalidad más riguroso. De esta forma, la Corte Constitucional ha aplicado el escrutinio estricto o fuerte cuando la medida (i) contiene una clasificación sospechosa como las enumeradas no taxativamente en el inciso 1° del artículo 13 de la Constitución; (ii) afecta a personas en condiciones de debilidad manifiesta o grupos discriminados o marginados; (iii) en principio, impacta gravemente un derecho fundamental; o (iv) crea un privilegio<sup>238</sup>.

De igual modo, surge un tercer interrogante y este es ¿Qué debe evaluar un *test de proporcionalidad en sentido estricto*? En resumidas cuentas, valga decir que este último debe evaluar: “(i) si el fin perseguido por la norma es imperioso; (ii) si el medio escogido, además de ser efectivamente conducente, es necesario, esto es, si no puede ser reemplazado por otros menos lesivos para los derechos de los sujetos pasivos de la norma; y, por último, (iii) si los beneficios de adoptar la medida exceden o no las restricciones impuestas sobre otros valores o principios constitucionales; es decir, si la medida es proporcional en sentido estricto”<sup>239</sup>.

Ahora bien, aclarado esto, el cuarto interrogante que surge es: ¿Qué convierte en *sui géneris* al *test de proporcionalidad en sentido estricto* para el caso que nos ocupa? Planteado este último interrogante, empezaré por la definición de *sui géneris*. Para la Real Academia Española “Dicho de una cosa: De un género o especie muy singular y excepcional”<sup>240</sup>.

De esta forma, el carácter singular y excepcional *del test de proporcionalidad en sentido estricto* surgiría por tratarse de una ponderación de derechos en detrimento de la libertad de expresión que busca censurar al emisor violento en redes sociales. Así, al reconocerse “un papel preponderante en el estado democrático”<sup>241</sup>, y por tener que realizarse por parte de la Corte una ponderación para concluir una prevalencia entre los derechos fundamentales a la honra, intimidad y buen nombre del particular afectado en redes sociales, por una parte, y por

---

<sup>238</sup> Corte Constitucional de Colombia.

<sup>239</sup> Corte Constitucional de Colombia.

<sup>240</sup> RAE, «sui géneris | Diccionario de la lengua española», «Diccionario de la lengua española» - Edición del Tricentenario, accedido 15 de octubre de 2023, [https://dle.rae.es/sui géneris](https://dle.rae.es/sui_g%C3%A9neris).

<sup>241</sup> Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia SU-420/19».

la otra, la libertad de expresión del emisor violento en internet es que *el test de proporcionalidad* reviste la calidad de *sui generis*, tal como se procede a explicar a continuación.

De regreso al estudio del expediente T-6.683.135 perteneciente a la SU-420 de 2019 la Corte Constitucional considera que: “113. En el asunto bajo examen es procedente la aplicación de un juicio estricto, teniendo en cuenta que las restricciones al ejercicio de la libertad de expresión impactan el goce efectivo de ese derecho fundamental”<sup>242</sup>. Ahora bien, aquí es donde se puede constatar la singularidad, en cuanto a que es lo que define a este *test de proporcionalidad estricto* como *sui generis*. Comoquiera, de conformidad con las pruebas que obren en los respectivos expedientes, son cuatro los criterios adicionales que deben ser tenidos en cuenta por el funcionario judicial en desarrollo del test de proporcionalidad estricto<sup>243</sup> (cuyos presupuestos principales se recuerdan a pie de página). Estos cuatro criterios adicionales que hacen de este test “singular”, pueden evidenciarse en la providencia en mención de la siguiente manera:

114. 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,

---

<sup>242</sup> Corte Constitucional de Colombia.

<sup>243</sup> “(i) si el fin perseguido por la norma es imperioso; (ii) si el medio escogido, además de ser efectivamente conducente, es necesario, esto es, si no puede ser reemplazado por otros menos lesivos para los derechos de los sujetos pasivos de la norma; y, por último, (iii) si los beneficios de adoptar la medida exceden o no las restricciones impuestas sobre otros valores o principios constitucionales; es decir, si la medida es proporcional en sentido estricto”<sup>243</sup>.

menor es el peso de la libertad de expresión e incrementa la afectación en el buen nombre y la honra<sup>244</sup>.

### *3.6.5. Resultado de la Aplicación del Test de Relevancia Constitucional en el expediente T-6.683.135.*

En quinto lugar, procederé a enunciar el resultado del *Test de Relevancia Constitucional* en el expediente T-6.683.135 de la SU-420/2019. Así las cosas, para este caso puntual, el discurso ofensivo superó el mencionado *test*, de esta forma la Sala Plena manifiesta lo siguiente:

“Cuarto. La Corte encuentra que en este caso puede la importancia de realización del derecho al buen nombre “Las publicaciones (i) se extendieron a lo largo del tiempo, (ii) tuvieron lugar con significativa frecuencia, (iii) se referían a una asociación privada, (iv) contenían expresiones injuriosas y calumniosas como se evidenció en las transcripciones antes hechas, pues todos los mensajes publicados por el señor RGRB cuentan con una carga difamatoria en relación con la honestidad y desempeño del accionante, (v) suscitaron reproducciones y comentarios significativos y, sin un objetivo claro (vi) tuvieron un impacto grave en la reputación del accionante. Estima la Corte destacar que la periodicidad de las publicaciones del accionado permite afirmar que el peso específico de la libertad de expresión en este caso particular se ha visto reducido en tanto a las manifestaciones ya no se vincula un propósito novedoso o de interés actual, incrementándose la afectación del buen nombre y la honra en atención a los contenidos evidentemente agraviantes<sup>245</sup>.”

### *3.6.6 Resultado del test estricto de proporcionalidad sui generis de libertad de expresión en el expediente T-6.683.135*

Ahora bien, en sexto lugar, me referiré al resultado del *test de proporcionalidad en sentido stricto sui generis de libertad de expresión en el expediente 6.683.135*. Como mencioné, este *test* es *sui generis* en el sentido que incluye el contenido tradicional del *test de proporcionalidad en sentido estricto*, pero a su vez, se diferencia por contener cuatro elementos típicos de ponderación de libertad de expresión en redes digitales, esta “singularidad” tiene un enfoque proteccionista del régimen de *libre mercado de ideas*, a la luz del siguiente razonamiento del cuerpo colegiado “Así las cosas, esta Corporación

---

<sup>244</sup> Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia SU-420/19».

<sup>245</sup> Corte Constitucional de Colombia.

consideró que el fallador de instancia debe realizar un “un delicado y complejo balance” entre la protección extensa que se confiere a la libertad de expresión y la garantía de los derechos al buen nombre, honra o intimidad, “apuntando siempre a buscar la medida menos lesiva para libertad de expresión”, de manera que se garantice que ello no funja como un mecanismo de difamación y desinformación “en tiempos en donde las ‘noticias falsas’ se apoderan de la opinión pública y se propagan rápidamente a través de los distintos escenarios digitales”<sup>246</sup>.

Es así como “150. Bajo tales premisas y revisados los presupuestos de un *test estricto de proporcionalidad*, procede la Corte a evaluar la situación planteada en esta oportunidad”<sup>247</sup>.

De esta forma, siguiendo el razonamiento de la Corte Constitucional en el expediente T-6.683.135 se sintetiza la aplicación del *test de proporcionalidad fuerte o en sentido estricto* bajo el siguiente entendimiento: Primero. El accionante pretende, con el retiro de las publicaciones la protección de los derechos al buen nombre y a la honra, en tanto a su juicio tienen un contenido difamatorio y calumnioso y lleva sometido a tales vejaciones por más de 7 años. Este fin resulta de alto valor constitucional considerando el estrecho vínculo que existe entre tales derechos, de naturaleza fundamental, y la protección de la dignidad humana.

Es una medida efectivamente conducente para alcanzar tal propósito (protección de honra y buen nombre) en tanto impide -con un muy alto grado de probabilidad- que terceros conozcan los contenidos que se juzgan difamatorios, imposibilitando que se hagan una idea errada de su nombre. Tercero. Teniendo el contexto actual, el tipo de contenidos que han sido publicados, así como su persistencia, el retiro de las publicaciones parece constituir la única medida que permitiría alcanzar de manera eficaz dicho objetivo. Sin perjuicio de la existencia de otros instrumentos jurídicos que podrían ser relevantes para debatir la pretensión, para la Corte es claro que solo el retiro de la publicación hace posible alcanzar esa finalidad. En esos términos, si bien existen otros medios jurídicos para discutir este tipo de asuntos, sus objetivos no se dirigen principalmente a obtener el retiro de la publicación, así la acción civil persigue la reparación de perjuicios surtidos, mientras que el proceso penal pretende la imposición de una pena ante la activación de un comportamiento legalmente prohibido dado su algo grado de reproche social. Puede la importancia de

---

<sup>246</sup> Corte Constitucional de Colombia.

<sup>247</sup> Corte Constitucional de Colombia.

realización del derecho al buen nombre y a la honra es mayor que el grado de restricción que el retiro de la publicación produciría en la libertad de expresión.

Las publicaciones (i) se extendieron a lo largo del tiempo, (ii) tuvieron lugar con significativa frecuencia, (iii) se referían a una asociación privada, (iv) contenían expresiones injuriosas y calumniosas como se evidenció en las transcripciones antes hechas, pues todos los mensajes publicados por el señor RGRB cuentan con una carga difamatoria en relación con la honestidad y desempeño del accionante, (v) suscitaron reproducciones y comentarios significativos y, sin un objetivo claro (v) tuvieron un impacto grave en la reputación del accionante. Estima la Corte destacar que la periodicidad de las publicaciones del accionado permite afirmar que el peso específico de la libertad de expresión en este caso particular se ha visto reducido en tanto a las manifestaciones ya no se vincula un propósito novedoso o de interés actual, incrementándose la afectación del buen nombre y la honra en atención a los contenidos evidentemente agraviantes<sup>248</sup>.

Así las cosas, a modo de conclusión, podría decirse que el resultado *del test de proporcionalidad en sentido fuerte o estricto sui generis de libertad de expresión* le permite a la Corte suponer que “En este espectro, para la Sala las afirmaciones publicadas de manera reiterada e insistente por un sujeto en relación con otro, donde se percibe un uso desproporcionado de la libertad de expresión dada la repetitividad, sistematicidad y perduración de las publicaciones vejatorias, constituyen una situación de persecución o acoso que afrentan concretamente el derecho a vivir sin humillaciones reconocido por la jurisprudencia como parte integral de la dignidad humana”<sup>249</sup>.

### *3.6.7. Ratio Decidendi y Resuelve de la providencia SU-420/19 (Expediente) T-6.683.135*

En séptimo lugar, a través de un análisis estático de la providencia SU-420 de 2019, procederé a traer a colación: i) la *Ratio Decidendi* y ii) el *Resuelve* de la sentencia SU-420 de 2019. Considero que resulta valioso su análisis, pues quedará de esta forma en evidencia, el penoso camino que deberá recorrer el discurso ofensivo para que en la práctica se logre -de forma excepcional- declarar como inconstitucional dicho discurso entre particulares en redes digitales en específico. Recuérdese por demás, -como dato curioso- que en el presente

---

<sup>248</sup> Corte Constitucional de Colombia.

<sup>249</sup> Corte Constitucional de Colombia.

caso el discurso ofensivo tuvo una duración en el tiempo de más de siete (7) años (situación que fue debidamente probada ante la alta corporación).

Así las cosas, únicamente y bajo la satisfacción de estas metodologías (*test de relevancia constitucional*, y *test de proporcional sui generis en sentido estricto de libertad de expresión*), es como finalmente el juez constitucional podrá arribar a la declaratoria de tutela de los derechos fundamentales del sujeto particular afectado en su honra, intimidad y buen nombre.

#### *3.6.7.1. Ratio Decidendi SU-420/19 (Expediente T-6.683.135)*

En líneas inmediatamente anteriores, se estudiaron los tests de *relevancia constitucional* y de *proporcionalidad en sentido estricto sui generis de libertad de expresión*, para advertirle al lector, las herramientas técnicas utilizadas por la Honorable Corte Constitucional para determinar, en el marco de una acción constitucional, sí en razón de los hechos (*factum*) y en virtud de la ponderación de derechos fundamentales, censuraría, o no, --a modo de conclusión preliminar-- el discurso ofensivo del emisor violento, o si por el contrario garantizaría los derechos fundamentales a la honra, intimidad y buen nombre del particular ofendido en redes digitales. Bajo este entendimiento, imperioso resulta mencionar, que dicha “conclusión preliminar” de la sentencia, alimenta al *obiter dictum* y la *ratio decidendi* de la decisión judicial.

Así las cosas, en este apartado, la intención subyacente es explicar qué comprende la definición y el alcance de la *ratio decidendi*, es decir, qué significa, para qué sirve y cómo se produce la decisión judicial. De este modo, considero que inicialmente, es necesario mencionar en qué se diferencia el *obiter dictum* de una providencia de la *ratio decidendi*. De este modo, explicaré por qué no se efectúa un análisis sobre la *obiter dictum* de la SU-420/19. Y por qué sí se estudian tanto la *ratio decidendi*, el *resuelve (decisum)* y el precedente judicial establecido como fuente formal de derecho colombiano en la sentencia de unificación SU-420 de 2019.

De este modo, para explicar la definición y el alcance de la *ratio decidendi* en la decisión judicial, considero útil traer a colación, las palabras utilizadas en la Sentencia de Unificación SU-1300/01 “En la construcción de la teoría de la obligatoriedad de los precedentes judiciales, la Corte Constitucional ha usado los conceptos de *Decisum*, *ratio decidendi*, y *obiter*

dicta, para determinar qué partes de la decisión judicial constituyen fuente formal de derecho”<sup>250</sup>.

### 3.6.7.1.1. Diferencias entre el *obiter dictum* y la *ratio decidendi*

Continuando con lo establecido en sentencia SU-1300/01, la definición jurisprudencial correspondiente de *obiter dictum* y de *ratio decidendi*, se entiende bajo la siguiente diferenciación realizada por la Honorable Corte Constitucional “Los obiter dicta o "dichos de paso", no tienen poder vinculante, sino una "fuerza persuasiva" que depende del prestigio y jerarquía del Tribunal, y constituyen criterio auxiliar de interpretación”<sup>251</sup>. Mientras que, en cambio, para el cuerpo colegiado “La *ratio decidendi*, entendida como la formulación general del principio, regla o razón general que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica, también tiene fuerza vinculante general”<sup>252</sup>. De esta forma y siguiendo a la providencia SU-1300/01 la *ratio decidendi* se refiere a “aquellas consideraciones normativas que sean realmente la razón necesaria para decidir el asunto”<sup>253</sup>. Motivo por el cual, “El juez que decide el caso no puede caprichosamente atribuir el papel de *ratio decidendi* a cualquier principio o regla sino que únicamente tienen tal carácter”<sup>254</sup>.

Asimismo, Marinoni, realiza una distinción científica entre *obiter dictum* y la *ratio decidendi* de la siguiente manera: “si la justificación recae sobre un fundamento compartido por la mayoría de los miembros de la Corte, hay *ratio decidendi*. No existirá *ratio* solo en las hipótesis de justificación de un fundamento adoptado por la mayoría de los jueces, que no sea determinante de la decisión del recurso, o mejor, que sea *obiter dictum*”<sup>255</sup>. De esta forma, concluye Marinoni “la *ratio decidendi* de una decisión refleja no apenas un enunciado sino la racionalidad de una tesis de derecho delante de determinada moldura fáctica”<sup>256</sup>.

---

<sup>250</sup> Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia SU-1300/01», M.P. Marco Gerado Monroy Cabra, 6 de diciembre de 2001, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/SU1300-01.htm>.

<sup>251</sup> Corte Constitucional de Colombia.

<sup>252</sup> Corte Constitucional de Colombia.

<sup>253</sup> Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia SU-047/99», M.P. Carlos Gaviria Díaz- Alejandro Martínez Caballero, 29 de enero de 1997, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/su047-99.htm>.

<sup>254</sup> Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia SU-1300/01».

<sup>255</sup> Luiz Guilherme Marinoni, «Ratio decidendi: Otras formas de identificación», *Discusiones* 29, n.º 2 (28 de diciembre de 2022): 83, <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2022.3442>.

<sup>256</sup> Marinoni, 80.

Procedo de este modo, a fundamentar mi ausencia de interés en cuanto a lo que corresponde al *obiter dictum* de la SU-420/19. Lo justifico en razón a que el *obiter dictum* constituye un criterio interpretativo auxiliar, que no es determinante para la motivación de la decisión judicial. Dicho esto, únicamente “la identificación de la *ratio decidendi* delante de un caso concreto es indispensable para la tutela de la seguridad jurídica y para el desarrollo del derecho”<sup>257</sup>. Dicho esto, Marinoni coincide cuando señala que “sin tener en claro el caso concreto en el que la *ratio decidendi* fue afirmada, un juez no puede racionalmente justificar la extensión de la aplicación de la *ratio* a un caso diferente, sino que exige la adopción de la misma razón jurídica”<sup>258</sup>.

Entonces, el alcance o los efectos de la *ratio decidendi* según la Corte Constitucional en sentencia de unificación SU-047/99 “es que los jueces deben fundar sus decisiones, no en criterios *ad-hoc*, caprichosos o coyunturales, sino en principios generales, o en reglas universales que han adoptado en casos anteriores, o que estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro”<sup>259</sup>. Por lo que, como se verá en la cita siguiente, dicho alcance consiste en un deber del funcionario judicial, consistente en determinar la regla jurisprudencial que fundamenta como fuente de derecho en el sentido del fallo: “El juez debe hacer justicia en el caso concreto, pero de conformidad con el derecho vigente, por lo cual tiene el “deber mínimo” de precisar la regla general o el principio que sirve de base a su decisión concreta”<sup>260</sup>. Frente a esto último, sea de mencionar que tratándose de sentencias de unificación que consolidan un precedente, el funcionario judicial, en virtud de la seguridad jurídica, debe respetar dicho precedente en aras del derecho a la igualdad de los ciudadanos o administrados.

Ahora bien, en cuanto a la forma como se elabora la *ratio decidendi*, se precisa por la Corte Constitucional que “en realidad son los jueces posteriores, o el mismo juez en casos ulteriores, quienes precisan el verdadero alcance de la *ratio decidendi* de un asunto, de suerte que la doctrina vinculante de un precedente ‘puede no ser la *ratio decidendi* que el juez que decidió el caso hubiera escogido sino aquella que es aprobada por los jueces posteriores”<sup>261</sup>. Sin embargo, valga aclarar que, si bien la *ratio decidendi* se forma por los jueces posteriores

---

<sup>257</sup> Marinoni, 80.

<sup>258</sup> Marinoni, 81.

<sup>259</sup> Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia SU-047/99».

<sup>260</sup> Corte Constitucional de Colombia.

<sup>261</sup> Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia SU-1300/01».

que van conociendo un asunto análogamente concreto, esta requiere que al tratarse de un cuerpo colegiado dicha regla se adopte por la mayoría de dicho cuerpo “Una *ratio decidendi*, mientras sea un significado que revela el entendimiento de la corte sobre la cuestión del derecho, solo puede ser formada por la mayoría del colegiado. Recuérdese que el *common law* más antigua concebía una *ratio decidendi* que no contase con la adhesión clara de la mayoría de los miembros de la corte”<sup>262</sup>.

Pues bien, una vez precisado todo lo anterior, la *ratio decidendi* del expediente T-6.683.135 contiene la siguiente motivación. Así, sobresale de primera mano, y como primera conclusión de la regla jurisprudencial (*presunción de constitucionalidad* discurso ofensivo *genérico*) destacable en la providencia SU-420 de 2019, que el derecho a la libertad de expresión únicamente será restringido en casos excepcionales, y únicamente bajo los requisitos de superar al *test de relevancia constitucional* y al *test de proporcionalidad en sentido estricto sui generis de libertad de expresión*. Lo anterior, de conformidad con el siguiente entendimiento: “este Tribunal reitera que solo será admisible la restricción del goce de la libertad de expresión, en aquellos casos en los que se pueda demostrar que dicha restricción (i) persigue un propósito constitucional imperioso, (O DE ALTO VALOR CONSTITUCIONAL) esto es, urgente o inaplazable, (ii) que la restricción examinada resulta efectivamente conducente 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”<sup>263</sup>. De esta forma, es como se reafirma la *presunción de constitucionalidad* del discurso ofensivo entre particulares en redes digitales como regla jurisprudencial y fuente formal de derecho.

Además, la segunda conclusión de la regla jurisprudencial que sobresale de esta *ratio decidendi* es que la violencia ejercida contra el particular ofendido debe ser reiterada, sistemática, permanente en el tiempo y contener una intención dañina para llegar a ser censurada:

La Sala encuentra que el accionado en sus perfiles personales de Facebook y YouTube ha expresado de manera reiterada y sistemática frases injuriosas y otras calumniosas, que a su vez materializan vejaciones, insultos, delitos, en fin, expresiones desproporcionadas y

---

<sup>262</sup> Marinoni, «Ratio decidendi», 85.

<sup>263</sup> Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia SU-420/19».

humillantes, que evidencian una intención dañina y ofensiva, no con un fin legítimo, sino por el contrario difamatorio. Publicar este tipo de mensajes evidencia una intención dañina por la parte accionada y rompe la protección constitucional propia del derecho a la libertad de expresión. Es, en últimas, un abuso del derecho a la libertad de expresión. En tal sentido, ese derecho resultar con menor peso y su protección prevalente debe flexibilizarse ante la necesidad de conjurar la trasgresión grave y sistemática de la honra y el buen nombre de RMM<sup>264</sup>.

Es así, como bajo estos supuestos, reitero, únicamente en caso de que se superen los *tests* (de relevancia constitucional y proporcionalidad estricta sui generis) y sí el contenido del mensaje no solo es dañino sino reiterado, sistemático y prolongado en el tiempo, es como lograrían dichos discursos violentos, ser comprendidos como *cyberacoso*, también conocido como *cyber bullying*. Y por lo mismo es que se lograría la censura a la libertad de expresión. Circunstancias frente a las cuales, observo una oportunidad para levantar esta voz jurídica, con el objeto de presentar una crítica personal que se viene desarrollando desde la introducción de este trabajo, y para la cual, desde la literatura científica, se plantean alternativas para retrotraer esta regla de derecho y promover así, la regulación y la censura como opción que podría cristalizarse con una nueva providencia de unificación constitucional.

Frente a esto último, valga mencionar que la Corte ya en providencia T-281A/2016 había definido por vía jurisprudencial este concepto así:

En suma, el Bullying es una agresión que se caracteriza por ser intencional, envolver un desequilibrio de poder entre un agresor y una víctima, ser repetitiva y producir efectos en el transcurso del tiempo, lo cual se puede dar a través de insultos, exclusión social, propagación de rumores, a través de la confrontación personal o con palabras escritas, como las empleadas a través de internet, también conocido como Cyber Bullying. Al respecto, la UNICEF identificó las potencialidades que ofrece internet para conectar a las personas y grupos y, de esa forma, desarrollar su libertad de expresión y opinión. Pese a ello, también encontró que se ha constituido en una herramienta para ofender y maltratar a las personas cuyo uso tiende a crecer<sup>265</sup>.

---

<sup>264</sup> Corte Constitucional de Colombia.

<sup>265</sup> Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia T-281A/16», M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, 27 de mayo de 2016, <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2016/T-281A-16.htm>.

Por demás, la tercera conclusión que proviene de la regla jurisprudencial en mención es que como resultado del *test de proporcionalidad estricto sui generis* el discurso ofensivo debe desconocer el derecho a vivir sin humillaciones, como también los derechos a la honra y al buen nombre, conclusión difícil de arribar, sin precisar la metodología utilizada por la Corte para arribar a dicho razonamiento<sup>266</sup>. por lo que, en mi opinión, esto último pareciera quedar en la absoluta discrecionalidad del juzgador o de los juzgadores constitucionales, pues considero que de la aplicación de los cuatro presupuestos<sup>267</sup> que convierten en *sui generis* a este test estricto, no es posible predicar el desconocimiento del derecho a vivir sin humillaciones.

La forma como esas expresiones han tenido lugar constituye sin duda, una forma de *cyberacoso*, máxime cuando las publicaciones de las cuales se duele el actor continuaron presentándose durante el trámite de tutela. El comportamiento del accionante desconoce el derecho a vivir sin humillaciones además de los derechos a la honra y al buen nombre de RMM. Publicar este tipo de mensajes evidencia una intención dañina por la parte accionada y rompe la protección constitucional propia del derecho a la libertad de expresión. Es, en últimas, un abuso del derecho a la libertad de expresión. En tal sentido, ese derecho resultará con menor peso y su protección prevalente debe flexibilizarse ante la necesidad de conjurar la trasgresión grave y sistemática de la honra y el buen nombre de RMM<sup>268</sup>.

Hace poco, mencionaba que la comprensión de los Magistrados de la Corte Constitucional, en cuanto a la vulneración del derecho al buen nombre, es cuestionable desde todas las perspectivas, en tanto la demostración de su afectación, se convertiría en una

---

<sup>266</sup> Así, a la luz de la *ratio decidendi* de la providencia SU-420/19 destaca lo siguiente: “En este espectro, para la Sala las afirmaciones publicadas de manera reiterada e insistente por un sujeto en relación con otro, donde se percibe un uso desproporcionado de la libertad de expresión dada la repetitividad, sistematicidad y perduración de las publicaciones vejatorias, constituyen una situación de persecución o acoso que afrontan concretamente el derecho a vivir sin humillaciones reconocido por la jurisprudencia como parte integral de la dignidad humana” Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia SU-420/19».

<sup>267</sup> 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. Corte Constitucional de Colombia..

<sup>268</sup> Corte Constitucional de Colombia.

opinión discrecional, lo que también le es propio de régimen de *libre mercado de ideas* de libertad de expresión. Siguiendo las pruebas del expediente, en el cual quedó demostrado lo reiterativo y denigrante de las expresiones ofensivas, surge el interrogante de ¿Qué sucede en otros casos de lenguaje ofensivo *genérico* cuando las pruebas no son lo suficientemente determinantes para arribar a la conclusión de que se ha desconocido el derecho a vivir libre de humillaciones? En el caso de la providencia SU-420/19 se entiende por virtud de la contundencia de las pruebas acreditadas en el proceso, como es que se llegó a la conclusión por medio de la cual acaba por reconocer la Corte que “el ejercicio desmedido de la libertad de expresión termina por desconocer el derecho al buen nombre pues a partir de las publicaciones hechas a en las distintas redes sociales se afecta directamente el concepto que se forman el conglomerado social sobre la parte accionante (RMM), a partir de la reputación creada con este tipo de mensajes, con ocasión de las expresiones ofensivas o injuriosas que conlleva a la distorsión del concepto que pueden tener sus familiares, amigos, compañeros de trabajo, socios, entre otros, es decir, todo el entramado social”<sup>269</sup>.

Empero, si de la contundencia de las pruebas acreditadas en el proceso, el receptor no logra demostrar la lesividad de dicha comunicación violenta, ¿no supondría esto un razonamiento careciente de equitatividad de cara a nuevos casos de discursos ofensivos entre particulares en redes sociales respecto de los intereses del particular agraviado, desconocen el derecho al buen nombre, que distorsionan el entorno personal y la reputación de un particular ofendido?

De igual modo, en cuanto a lo que corresponde al derecho a la honra, la Corte utiliza el mismo razonamiento, prácticamente establece que “En igual sentido ocurre con el derecho a la honra pues con las publicaciones referidas, se afectó el valor intrínseco de los individuos no solo respecto a la sociedad, sino también frente a sí mismos con lo cual se terminó por desconocer la dignidad humana”<sup>270</sup>. Frente a lo anterior, surge de nuevo el mismo interrogante ¿cuál es el rasero que permite a la Corte llegar a esta conclusión? Pues bien, sea de mencionar que, del extracto de la sentencia, no se puede responder este interrogante, pues únicamente, al parecer, es por la contundencia de las pruebas acreditadas en el expediente,

---

<sup>269</sup> Corte Constitucional de Colombia.

<sup>270</sup> Corte Constitucional de Colombia.

en cuanto demostraron lo exageradamente reiterativas que fueron las expresiones ofensivas genéricas en la red digital descrita, que la Corte arriba a esta conclusión.

Únicamente, diré que, de conformidad con los hechos de la demanda, no era necesario darle tantas vueltas al asunto, para concluir que si se vulneraban los derechos a la honra, intimidad y buen nombre del particular ofendido. Pues como se ha expuesto y se expondrá, considero que el internet y las redes digitales plantean un desafío producto de una reiterada crisis de *cyberacoso* en cuanto al discurso ofensivo refiere, y por lo mismo, no lo considero pertinente. Toda vez, que la regla jurisprudencial fijada (*presunción de constitucionalidad* del discurso ofensivo *genérico* entre particulares), incorpora barreras casi imposibles de derribar para lograr la efectividad de la acción constitucional.

Finalmente, el último apartado de la *ratio decidendi* de la SU-420 de 2019 establece lo que será expuesto en el resuelve de la providencia para el Expediente T-6.683.135: “Conforme a lo evidenciado en el presente asunto, se concederá el amparo invocado y se ordenará al accionado retirar, en caso de que no lo hubiere hecho, de su cuenta personal de Facebook y de YouTube los mensajes publicados en esas redes sociales alusivos al señor RMM. Asimismo, se le advertirá al accionado que a futuro se abstenga de incurrir en conductas similares a las expuestas en el presente asunto”<sup>271</sup>.

#### *3.6.7.1.2. Resuelve o Decisum de la SU-420/19 (Expediente T-6.683.135)*

¿Qué es *el resuelve o decisum* de una sentencia? En mis palabras, y en términos muy generales, este contiene la decisión del juez natural de la controversia, el cual, debido a la aplicación de las normas procedimentales y a los principios de jurisdicción y competencia, soluciona una disputa siguiendo el principio “dame los hechos y te daré el derecho”. Sin embargo, con el objeto de complementar esta definición, la sentencia de la Corte Constitucional SU- 1300/01 definió al *resuelve o decisum* así: “es la resolución concreta del caso, la determinación de si la norma debe salir o no del ordenamiento jurídico en materia constitucional, tiene efectos erga omnes y fuerza vinculante para todos los operadores jurídicos”<sup>272</sup>. Dicho lo anterior, procederé a exponer el resuelve de la sentencia del expediente T-6.683.135: “Cuarto. En el expediente T-6.683.135, REVOCAR la sentencia proferida por

<sup>271</sup> Corte Constitucional de Colombia.

<sup>272</sup> Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia SU-1300/01».

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”<sup>273</sup>.

### *3.6.8. Críticas al precedente judicial establecido en la su 420/19 y su impacto como fuente formal en el derecho colombiano*

Finalmente, y en octavo lugar, me referiré al precedente judicial creado por la SU-420/2019. Así, primariamente, responderé al interrogante, ¿qué es el precedente judicial? Bien, de conformidad con la Corte Constitucional, en providencia C- 621/15 “El precedente es la decisión de una controversia anterior que contiene puntos de hecho y de derecho similares y, por lo tanto, “controla” la controversia actual. Es vinculante si el juez no puede distinguir la regla jurídica (por la vía de la disanalogía *iuris*) ni los hechos (por la vía de la disanalogía *factii*) del precedente respecto del caso bajo examen. Además, solo la “*ratio decidendi* consolidada” –esto es, la parte motiva determinante- de las decisiones de una alta corte constituye precedente”<sup>274</sup>. Al respecto, Marinoni señala que no toda decisión de funcionario judicial constituye precedente. “Una decisión asume la condición de precedente cuando son reunidos determinados requisitos y, de esta forma, puede expresar el exacto pensamiento de la unanimidad o de la mayoría de los miembros de la Corte respecto de una cuestión de derecho”<sup>275</sup>. Por lo que, es loable concluir que “Solo un precedente, y no una decisión cualquiera, puede obligar a los jueces y a los tribunales”<sup>276</sup>.

Es por esto, que Marinoni señala que “Un precedente es algo más que la *ratio decidendi* o el fundamento determinante, aunque la *ratio* sea la parte que lo identifica. Al analizarse la *ratio decidendi*, también es necesario considerar los fundamentos minoritarios y concurrentes para comprenderla”<sup>277</sup>. Es de esta manera entonces, como resultaría necesario para la comunidad jurídica y la ciudadanía en general conocer “tanto la posición minoritaria

---

<sup>273</sup> Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia SU-420/19».

<sup>274</sup> Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia C-621/15», *M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*, 30 de septiembre de 2015, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-621-15.htm>.

<sup>275</sup> Marinoni, «*Ratio decidendi*», 78.

<sup>276</sup> Marinoni, 84.

<sup>277</sup> Marinoni, 84.

como la identificación de cuántos jueces le dan conformación”<sup>278</sup>, pues estos datos, como también la motivación de sus opiniones en el fallo –tratándose de un cuerpo colegiado—“son imprescindibles para esclarecer a los jueces, abogados y a la academia los motivos que no fueron admitidos por la mayoría y pueden dar oportunidad para la revocación del precedente, así como para evidenciar su mayor o menor fuerza o estabilidad”<sup>279</sup>.

Asimismo, valioso resulta traer a colación, que la misma Corte Constitucional modificó el artículo 230 Superior: el cual originariamente establecía que “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”<sup>280</sup>.

Sin embargo, en providencia C-836 de 2001 se declara a la jurisprudencia como fuente formal de derecho, dejando, pues, únicamente a la doctrina y a la costumbre como fuentes auxiliares<sup>281</sup>. ¿Qué implicaciones tiene esto? una sentencia de unificación (SU) sería más importante que una sentencia de tutela (T)? Pues bien, siguiendo a López Medina la respuesta es negativa: “Las sentencias de unificación son común pero no necesariamente sentencias hito. Es importante notar que las sentencias SU no son, a priori, estructuralmente más importantes que las sentencias normales de revisión (T-) dentro de la línea. El peso estructural de la sentencia dentro de la línea tiene que ser apreciado en concreto por el investigador”<sup>282</sup>.

No obstante, justamente, bajo la apreciación del suscrito como investigador, pretendo hacer hincapié en el siguiente sentido, es aquí donde se percibe la prominente contundencia de la sentencia hito consolidadora de línea SU-420 de 2019 precisamente, no solo por su carácter de *unificación*, sino también por tratarse de sentencia *dominante*. En palabras de López Medina una sentencia dominante “Se trata de aquella sentencia que, según el analista, contiene los criterios vigentes y dominantes, por medio de los cuales la Corte constitucional resuelve un conflicto de intereses dentro de determinado escenario constitucional. En la jurisprudencia colombiana es infrecuente que hoy en día se ha dominante una sentencia

---

<sup>278</sup> Marinoni, 84.

<sup>279</sup> Marinoni, 84.

<sup>280</sup> República de Colombia, *Constitución Política de Colombia*, art. 230.

<sup>281</sup> Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia C-836/01», *M.P. Rodrigo Escobar Gil*, 9 de agosto de 2001, <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>.

<sup>282</sup> López Medina, *El derecho de los Jueces*, 166.

fundadora de línea. En cambio, una sentencia dominante puede darse en cualquiera de las otras formas existentes de sentencia hito: puede tratarse de una sentencia consolidadora, modificadora o reconceptualizadora de línea”<sup>283</sup>.

Expuesto lo anterior, ¿Cuál es el precedente judicial establecido en la SU 420/19 por la Corte Constitucional? Sin querer hilar más allá de lo que se ha hilado hasta este acápite, el precedente judicial de la SU-420/19 se podría sintetizar así: se configura a través de esta providencia (SU-420/19) una regla formal de derecho que tiene como característica ser fuente formal de derecho, mediante la cual, en el ordenamiento jurídico colombiano, el discurso ofensivo entre particulares en redes digitales en Colombia es presuntamente constitucional. Situación, que, en la opinión del suscrito, es controversial, y criticable a todas luces. Esto es problemático, en atención a los casos futuros que deban suponer como fundamento normativo este precedente.

De igual modo es importante tener en cuenta, que las publicaciones en las redes digitales deben cumplir con ciertos requisitos: una intención dañina, que sean prolongadas en el tiempo, que sean sistemáticas, y que además la discrecionalidad de cada funcionario judicial considere que se vulnera la honra, la intimidad y el buen nombre del afectado, entre otros. Así, ¿podría considerarse que es casi imposible lograr la censura por parte del juez constitucional? Al respecto es un hecho cierto y notorio, que el particular ofendido en la mayoría de los casos y por tratarse el asunto de una decisión excepcional al régimen jurídico aquí implementado, recibe en su contra aquella “*presunción de constitucionalidad*”, por lo que inclusive, podría verse revictimizado al quedar inmerso en alguno de los filtros de carácter jurisprudencial que buscan la primacía de la libertad de expresión de manera casi absolutista, lo que en definitiva es un propio de un régimen de *libre mercado de ideas* de libertad de expresión. Así mismo, soy de la opinión que la regla jurisprudencial fijada en la decisión contenida en la SU- 420/19 por medio de la cual se establece como *presuntamente constitucional* al mencionado discurso ofensivo se ajustaría a la metáfora de *libre mercado de ideas* de libertad de expresión de Saba que mencioné en la introducción y que desarrollaré en un capítulo posterior. De esta manera, la Corte Constitucional se afilia a este modelo de libertad de expresión, el cual, para el día de hoy, resultaría anticuado y por lo que se requiere lanzar un alertamiento a la comunidad jurídica sobre este particular. De esta forma, la Corte

---

<sup>283</sup> López Medina, 165.

podría a través de otra sentencia de unificación, alejarse del régimen *de libre mercado de ideas*, declarando a todos los discursos ofensivos *genéricos* bien como presuntamente inconstitucionales, o automáticamente inconstitucionales), tal como se iba decantando en la línea jurisprudencial “A” expuesta. De conformidad con la técnica de análisis estático de López Medina, una de las técnicas de interpretación del precedente judicial por parte del funcionario judicial es la obligatoriedad del mismo, si bien en casos excepcionales puede motivarse el alejamiento de la regla jurisprudencial vigente, las repercusiones que tiene la reafirmación de la presunción de constitucionalidad en esta clase de discurso, implicaría como regla general, replicar *el régimen de libre mercado de ideas*, en las providencias venideras con una autonomía desbordada en cabeza del emisor de la opinión o idea. Sin embargo, López Medina, también menciona que otra técnica legítima de interpretación del precedente judicial es cambiar el precedente. Es decir, la Corte Constitucional podría modificar toda la línea jurisprudencial con una nueva sentencia modificadora de línea, lo que es la propuesta central de esta tesis de grado.

### 3.7. Conclusión

En uso de la teoría del análisis dinámico, siguiendo la teoría de López Medina, y de conformidad con las gráficas expuestas en este capítulo, se puso en evidencia como la *presunción de constitucionalidad* del discurso ofensivo ha sido controversial y poco pacífico al interior de la Corte Constitucional Colombiana. Creando así una línea jurisprudencial poco uniforme o con orillas completamente diferentes. De esta forma, ante la ausencia de uniformidad de las providencias, se expusieron dos líneas jurisprudenciales que encuentran como punto de partida a la providencia T-391/07. Estas líneas jurisprudenciales entrevieron los escenarios constitucionales (de constitucionalidad o de inconstitucionalidad) en los que se enmarca el debate para el cuerpo colegiado.

Comoquiera, la metáfora de “*libre mercado de ideas*” interpretó un sentido más estricto a lo que refiere ese amplio margen de libertad de expresión, en lo que se propuso denominar la “línea jurisprudencial (A)”, integrada por las providencias: T-243/18, T-117/18, T-695/17, T-145/16, T-050/16, T-110/15, T-713/10, T-550/12. Para estas providencias, el discurso ofensivo *genérico* entre particulares en redes digitales es comprendido bajo la presunción de inconstitucionalidad. De este modo, se asemejaría

prácticamente a un discurso *específico* de odio y los efectos de este razonamiento suponen la presunción de inconstitucionalidad (sospecha de declaratoria de inconstitucionalidad o censura del discurso). Lo que presupone la tutela a los derechos a la honra intimidad y buen nombre del particular afectado.

Por otra parte, se expuso la “línea jurisprudencial (B)”, en la cual se propusieron las providencias: SU-420/19, T-361/19, T-179/2019, T-102/19, SU-626/15, C- 422/11 y T-391/07, y que en contraposición a la “línea jurisprudencial (A)” se caracterizó por tener una interpretación más débil en términos de favorecer en mayor medida al amplio espectro de libertad de expresión. Así, dichas providencias revisten al discurso ofensivo entre particulares en redes sociales con una *presunción de constitucionalidad*, es decir, que primaría la libertad de expresión de forma casi absolutista, teniendo como consecuencia que, por regla general, para censurar dicho discurso se requiere cumplir con las herramientas técnicas de ponderación, tal como lo establece el *test de relevancia constitucional* y el *test estricto de proporcionalidad sui generis de libertad de expresión*.

De igual modo, este capítulo analizó un caso específico de discurso ofensivo entre particulares en redes digitales cuyos hechos se encuentran contenidos en el expediente T-6.683.135, que dio lugar a la providencia SU-420 de 2019 de la Corte Constitucional. De este modo, producto del análisis, tanto de los hechos, como de las pretensiones del tutelante, se estudió la regla jurisprudencial allí reafirmada por esa sentencia, la cual, siguiendo a López Medina, sería tanto una sentencia hito-consolidadora de línea jurisprudencial, como también una sentencia dominante, la cual reafirma nuevamente la “*presunción de constitucionalidad del discurso ofensivo entre particulares*”

Por otra parte, se estudió sobre la carga de la prueba en estos supuestos de hecho. Así se expresó la opinión de este trabajo en cuanto consideró que es casi una negación indefinida, así siguiendo a la Corte en un extracto de la sentencia T-179/19 que se viene indicando: “quien pretenda una limitación a la libertad de expresión, sin importar su causa, siempre tiene la carga de la prueba. En otras palabras, el agraviado – que alega la vulneración de otros derechos fundamentales por un ejercicio desbordado de la expresión–, o la autoridad pública que, en ejercicio de sus funciones, pretenda introducir una restricción, siempre deberá

desvirtuar las presunciones como condición necesaria para admitir la restricción de dicha libertad”<sup>284</sup>.

Este capítulo presentó una propuesta, a modo de sugerencia reflexiva, con la intención de que la Corte Constitucional modifique la regla jurisprudencial a través de otra “sentencia modificadora” de línea jurisprudencial que también tenga la característica de ser “sentencia dominante”, para usar la categorización de los tipos de sentencias de la Corte Constitucional de López Medina. Declarando así, como automáticamente inconstitucional, o presuntamente inconstitucional al discurso ofensivo entre particulares, lo cual sería pertinente, pues permitiría que la jurisprudencia constitucional en la materia se encamine como fuente de derecho a la construcción de una sociedad que implemente un “*modus vivendi*” democrático de libertad de expresión en la revolución web.

En suma, para lograr la implementación de una “*cultura democrática de libertad de expresión*”, es necesario que la Corte Constitucional comulgue con la *tesis populista de libertad de expresión de Balkin*. Es decir, que la regla jurisprudencial que allí se fije permee de valores al régimen jurídico de libertad de expresión, y si fuera el caso censure, o al menos reduzca, ese amplio margen de libertad que se le otorga al discurso ofensivo *genérico* entre particulares en redes sociales en Colombia. En conclusión, la apuesta es a una reinterpretación más estricta y restringida de los artículos 13 de la CIDH y el 20 superior constitucional, de cara a la *presunción de constitucionalidad* del discurso ofensivo en Colombia, con el fin de que se modere o se declare inconstitucional en favor de los derechos lesionados o en riesgo de afectación de los usuarios de las redes digitales.

## CAPÍTULO 4

### 4.1. Introducción

Este capítulo, describe la influencia del modelo de *libre mercado de ideas* de libertad de expresión, para explicar desde la literatura científica, el precedente establecido como la regla jurisprudencial fijada por la Corte Constitucional de Colombia, en la SU-420 de 2019. De este modo, se introducen los fundamentos de dicho modelo para reconstruir en detalle las ideas de Mill, Meiklejohn y Holmes Jr. Lo anterior permitirá justificar la afirmación

---

<sup>284</sup> Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia T-179/19».

planteada en el capítulo tercero, según la cual se propone que el *test* de relevancia constitucional es una demostración de la aplicabilidad de dicho modelo en Colombia por parte de la Corte Constitucional. Para esto, me referiré a las virtudes y falencias de dicho modelo de libertad de expresión con relación a los principios y valores que rigen la democracia participativa. Posteriormente, el capítulo estudia la propuesta regulatoria de libertad de expresión contenida en la teoría de la *construcción de sociedad democrática de libertad de expresión* de Balkin.

Roberto Saba rastrea entre distintos representantes de dos escuelas de libertad de expresión con convicciones opuestas, y rastrea los méritos que puede llegar a tener cada teoría reconstruyendo sus fuentes para formular las tres metáforas abordadas. La teoría tradicional de libertad de expresión, por una parte, la extrae Saba de Robert Post, haciendo énfasis en el carácter irrestricto de la autonomía individual y colectiva donde los interlocutores compiten entre sí por incidir en la mente de las personas<sup>285</sup>, rasgo que Saba quiere ilustrar mediante las metáforas del *Hyde park* y del *libre mercado de ideas*. Por otra parte, la teoría democrática de la libertad de expresión se fundamenta en la regulación estatal, tal como la han defendido Meiklejohn, Fiss y Sunstein<sup>286</sup>, resaltando como imperativa la calidad de la comunicación y el grado de justificación como criterios reguladores del sistema democrático, tal y como son presentados por Saba a través de la metáfora de la *asamblea de ciudadanos*.

Abordado así, sobresale la novedosa disputa que despierta el ideal de libertad de expresión, desde la óptica del criterio de actualidad, esto es en el ámbito digital y de las redes digitales. De esta manera, se arriba a uno de los principales objetivos que plantea la presente investigación, a saber: el exceso de autonomía otorgado a los particulares por la regla jurisprudencial fijada en la providencia SU-420 de 2019 *versus* la necesidad de regulación del discurso ofensivo de carácter estatal en el contexto digital, planteado por Balkin. En este punto se responderá al interrogante: ¿en que contribuyen las propuestas de Balkin de cara a la regla jurisprudencial fijada por la SU-420 de 2019?

En segundo lugar, este capítulo justifica la propuesta de abandonar al régimen de *libre mercado de ideas* de libertad de expresión. Esto se explica en virtud de un cambio en las

---

<sup>285</sup> Saba et al., *Libertad de expresión*.

<sup>286</sup> Saba et al.

reglas de juego en materia de libertad de expresión, en razón al surgimiento del internet y de las redes digitales. Las teorías de libertad de expresión (tradicional y democrática) demostrarán no ajustarse a la realidad de la sociedad contemporánea dado el impacto del internet y de las redes digitales, por lo que aparecerá como propuesta, la implementación de la construcción de la cultura democrática de libertad de expresión de Balkin y consigo, la implementación de un *modus vivendi*, o modo de vida, que elimine el exceso de autonomía otorgado a los particulares en materia de libertad de expresión, y que promueva la regulación estatal a través de una reforma constitucional, acto administrativo, sentencia judicial o ley, para lograr la protección de los derechos a la honra, intimidad y buen nombre de los receptores del discurso ofensivo, que encuentran lesionados sus derechos.

En tercer lugar, el *cuarto* capítulo también presenta las orillas filosóficas existentes en materia de liberalismo político para aportar a la comprensión del debate subyacente que se predicaría entre la autonomía personal y la regulación estatal. Así, por una parte, existe la escuela “liberalismo proyecto régimen universal”, y por la otra existe la escuela “liberalismo coexistencia pacífica”. De este modo, en la corriente filosófico-jurídica “*proyecto liberal o régimen universal*”, destacan como integrantes John Locke- Immanuel Kant, Jhon Rawls F.A. Hayek. Esta corriente considera que, en una sociedad liberal, el fortalecimiento del valor “tolerancia”, contribuye a la búsqueda de la verdad a través de un consenso racional entre los integrantes de una sociedad. Entendida está última, como la búsqueda de una forma de vida ideal. Situación hipotética en la cual, las instituciones liberales de un régimen democrático resolverían el problema de la diversidad, aplicando políticas de disminución de la desigualdad; contribuyendo así a la erradicación de la discriminación. De este modo, se lograría la “condición de la paz” como valor último superior a ser alcanzado por una sociedad liberal.

De otro lado, la escuela liberal “coexistencia pacífica”. Cuyos referentes principales son Thomas Hobbes- David Hume, Isaiah Berlin, y Michal Oakeshott. Para esta corriente, la preocupación principal, es lograr el propósito de reafirmar los derechos humanos universales, en el marco de los sistemas políticos liberales. De esta manera, las instituciones liberales que funcionan en un régimen democrático serían contempladas como un medio para lograr la “*coexistencia pacífica*”. Al final, se enunciará que ambas escuelas liberales encuentran sus fundamentos como proscritos por no ajustarse al principio de realidad en las sociedades

contemporáneas y aparecerá la teoría del “*Modus Vivendi*” de Gray como alternativa regulatoria para lograr el propósito de construir una “*cultura democrática de libertad de expresión*”; tal como lo expone Balkin en la “*tesis populista de libertad de expresión*”, el cual sería en definitiva, el modelo a adoptar en Colombia, para así lograr abandonar el modelo de *libre mercado de ideas* de libertad de expresión, al que se encuentra suscrito el derecho constitucional colombiano tal como se reafirmaría en la Sentencia de Unificación SU-420 de 2019. Para lograr este fin, se abordarán los conceptos de *libertad positiva* y de *libertad negativa* de Berlín. Y las características de la teoría del “*modus vivendi*” de Gray. De este modo, valioso sería destacar, que la teoría de libertad negativa de Berlin resultaría congruente tanto con la teoría de estirpe Hobbessiano de “*modus vivendi*” de Gray, como también, con la propuesta de “*cultura democrática de libertad de expresión*” de Balkin.

Así las cosas, la teoría de Gray desde la perspectiva política-filosófica de la noción del derecho a la libertad, permite a modo de fundamentación sustantiva, la necesidad de la regulación estatal para lograr alcanzar a la figura de un moderador mucho más robusto. De este modo, podría suponerse que dicho regulador o moderador, podrían apoyar la “reconversión axiológica de la sociedad colombiana” encaminada a la construcción del “*modus vivendi*” en términos de libertad de expresión, la cual permitiría entonces, encaminarse a la construcción de una sociedad democrática de libertad de expresión.

En cuarto lugar, el capítulo *cuarto* aborda la problemática derivada de la regulación estatal en materia de libertad de expresión y el impacto en el autogobierno y la democracia deliberativa. De esta forma, se plantea la siguiente pregunta: ¿cuál sería entonces el modelo democrático de libertad de expresión ideal? Así entonces, planteado el interrogante, se plantea el agudo contraste entre “*la tradicional concepción de la libertad de expresión*” y una perspectiva mucho más moderada al respecto identificada por Saba como “*teoría democrática de la libertad de expresión*”. En cuanto a la primera, al ser heredera del liberalismo socioeconómico —según el cual no se les exige a las instituciones alguna intervención—, partiría de supuestos como el de la productividad esencial de la dinámica económica o del respeto y la protección a la autonomía individual, por ejemplo, en cuanto al intercambio de ideas, que, como la misma tradición ha mostrado, pone en cuestión el derecho a la dignidad, al buen nombre y a la intimidad. Respecto a la segunda, su carácter moderado se destaca al exigirle a las instituciones una participación activa y concreta que regule la

libertad y la autonomía, con lo cual, como se acaba de mostrar, se justifican los principios básicos de una noción de sociedad democrática deliberativa o, como la denomina Saba, “democrática de libertad de expresión”, cuyo énfasis en el elemento democrático y debido al contexto que regula —el del intercambio de ideas— concordaría tanto con la “asamblea de ciudadanos” como con la democracia deliberativa. En cuanto a este último concepto, tal como ilustran las definiciones de Ramon A Feenstra, Yanina Welp que a su vez parafrasean a García Marzá, Habermas, Fishkin, y Cortina, la democracia deliberativa:

Entiende que los procesos de comunicación que se producen en el seno de la sociedad civil son el elemento clave para profundizar y mejorar el sistema político (García Marzá, 2016). Desde esta visión, la formación de opinión pública crítica y plural es indispensable para fomentar una democracia de calidad. De ahí que se considere la relevancia de reforzar los procesos de deliberación en la configuración de la agenda política, así como de influir en la toma de decisiones (Habermas, 1998; Fishkin, 1997). Aquí se entiende que la participación debe definirse en términos comunicativos de manera que la ciudadanía emprenda procesos deliberativos racionales en torno a materias de interés público (Cortina, 1993 y 2010)<sup>287</sup>.

De este modo, en palabras propias de Welp y Feenstra “las concepciones deliberativas de la democracia insisten en la relevancia de contar con una opinión pública de calidad resultado de procesos inclusivos, plurales y no coactivos. Finalmente, reclama que los resultados de la deliberación sean tenidos en cuenta por los que ejercen de representantes, dado que éstos son a fin de cuentas los que toman la decisión final”<sup>288</sup>.

Así, Welp y Feenstra consideran que para que se garantice la efectividad de la democracia deliberativa se requiere que los legítimos representantes de la democracia tengan en cuenta la voz de la sociedad civil bajo el siguiente entendimiento:

---

<sup>287</sup> Ramón A. Feenstra y Yanina Welp, «Sobre demos, cracias y gogias. Reflexiones sobre las democracias», *Araucaria*, n.º 42 (2019): 586, <https://doi.org/10.12795/araucaria.2019.i42.25>. Domingo García-Marzá, «Enfoques mesodeliberativos: sobre la articulación institucional en las democracias deliberativas», *Isegoría* 0, n.º 54 (30 de junio de 2016): 147-70, <https://doi.org/10.3989/isegoria.2016.054.06>. Jürgen Habermas, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (Madrid: Editorial Trotta, 2023). James S Fishkin, *The Voice of the People* (New Haven, CT: Yale University Press, 1995), <https://www.jstor.org/stable/j.ctt32bgmt>. Adela Cortina Orts, *Ética aplicada y democracia radical*, 3. ed, Ventana abierta (Madrid: Tecnos, 2001). Adela Cortina Orts, *Las raíces éticas de la democracia*, Edición digital (Valencia: Publicacions de la Universitat de València, 2010).

<sup>288</sup> Feenstra y Welp, «Sobre demos, cracias y gogias. Reflexiones sobre las democracias», 586.

Este modelo de democracia exige que las autoridades políticas (o el centro político, empleando la terminología de Habermas) se mantengan porosas y abiertas a una escucha activa de las voces que provienen desde la sociedad civil (periferia, por mantener la misma terminología). De no cumplirse esta condición, los efectos prácticos de la deliberación pueden ser nulos en cuanto a su influencia sobre la toma de decisiones. Un uso desvirtuado vendría dado en los casos en los que representantes políticos organizaran procesos de deliberación a los que luego ignoran o usan simbólicamente. También los procesos espontáneos producidos desde la sociedad civil requieren que este principio de apertura se produzca de manera que la deliberación no quede en saco roto y produzca un proceso racionalizador de la toma de decisiones<sup>289</sup>.

En la introducción de este proyecto de investigación, al referirme a la metodología jurídica de (método análisis- síntesis), abordé el fenómeno de la *comunicación violenta* en redes digitales entre particulares, desde la perspectiva de un escenario liberal o de *libre mercado de ideas*. Dicho escenario cobijaría la argumentación de la decisión de la Corte con relación a el fenómeno mencionado, el cual se apoyaría en el componente analítico del método. Este componente se nutre de un recurso especulativo compilado por Roberto Saba a través de tres metáforas de libertad de expresión, a saber: “*Hyde park*”, “*Asamblea de ciudadanos o democrática*” y de “*Libre mercado de ideas*”. Esta última metáfora se adecua muy bien a la instancia analítica del presente estudio ya que describe con precisión el supuesto hipotético que presuntamente permitiría la Corte Constitucional reafirmar la *presunción de constitucionalidad* en la decisión establecida en la SU-420 de 2019.

De este modo, los recursos metafóricos de Saba permiten comprender la democracia de acuerdo con dos perspectivas teóricas: la “tradicional” y la “democrática”; en la primera, “la libertad de expresión es concebida desde la máxima autonomía individual y la máxima autodeterminación colectiva; mientras en la segunda se “[...] favorece algún tipo de restricción a la expresión y a la autonomía”<sup>290</sup>. Es decir, habría un enfrentamiento entre al menos dos formas de entender el orden democrático, según intervenga o no un regulador o autoridad en el proceso deliberativo en materia del fortalecimiento de la calidad y las consecuencias del intercambio de ideas. En términos de Saba: “El debate entre la teoría

---

<sup>289</sup> Feenstra y Welp, 594.

<sup>290</sup> Saba et al., *Libertad de expresión*, 35.

tradicional de libertad de expresión –con su énfasis en la autonomía—y la teoría democrática de libertad de expresión –que la entiende como precondition de la deliberación político— ha girado fundamentalmente en torno a la crítica proveniente de los defensores de la primera a lo que entienden como la instrumentalización de la libertad de expresión defendida por la segunda”<sup>291</sup>.

Según esto, es evidente que cada representante de estos extremos teóricos supone unas consecuencias del discurso según afecten, y en qué grado, la libertad de expresión: “Así, los detractores del modelo de la asamblea de ciudadanos entienden que este conduce a la afectación de la autonomía como consecuencia de esa instrumentalización que desplaza del centro de la protección del individuo y su libertad individual en beneficio del colectivo”<sup>292</sup>.

Así planteado el debate, Saba rastrea entre distintos representantes de dichas convicciones los méritos que puede llegar a tener cada teoría reconstruyendo sus fuentes para formular las tres metáforas abordadas. La teoría tradicional de libertad de expresión, por una parte, la extrae Saba de Robert Post, haciendo énfasis en el carácter irrestricto de la autonomía individual y colectiva donde los interlocutores compiten entre sí por incidir en la mente de las personas,<sup>293</sup> rasgo que Saba quiere ilustrar mediante las metáforas del *Hyde Park* y del *libre mercado de ideas*. Por otra parte, la teoría democrática de la libertad de expresión se fundamenta en la figura del regulador o moderador del debate, tal como la han defendido Meiklejohn, Fiss y Sunstein,<sup>294</sup> resaltando como imperativa la calidad de la comunicación y el grado de justificación como criterios reguladores del sistema democrático, tal y como son presentados por Saba a través de la metáfora de la *asamblea de ciudadanos*.

El recurso a la imagen de una democracia que opera con los abstractos criterios del libre mercado o *Hyde Park* enfatiza cómo los interlocutores compiten entre sí por invadir la mente de las personas a la manera de la publicidad como medio privilegiado de un mercado, en este caso de ideas. En este sentido, las metáforas que ofrece Saba son así un recurso explicativo de la lógica que impera en materia de dinámicas democráticas y ejercicio de libertad de expresión del siglo XX que comporta sutiles pero significativas diferencias con relación al presente en curso de este siglo XXI a causa de la fuerte influencia de la internet.

---

<sup>291</sup> Saba et al., 39.

<sup>292</sup> Saba et al., 39.

<sup>293</sup> Saba et al., *Libertad de expresión*.

<sup>294</sup> Saba et al., 40.

Es el caso de las consideraciones de la Corte Constitucional colombiana, todo parece indicar que de forma tradicional y reiterada se ha circunscrito al modelo de *libre mercado de ideas* de libertad de expresión cuyo rasgo más evidente es la permisibilidad de las opiniones de los ciudadanos, lo cual se apoya en el principio de la libertad de expresión. Así las cosas, en estricto sentido puede afirmarse que “el *libre mercado de ideas*” es un modelo paradigmático que defiende la autonomía de los particulares, aparentemente sin ninguna restricción en virtud de aquellas reglas que proscriben la censura de libertad de expresión. Así tiene lugar el tránsito de un contexto jurídico y social cuyo fundamento coincide con la lógica económica del libre mercado, como lo ha sabido mostrar Saba, a un contexto determinado por ágiles circuitos de comunicación, el internet, que reviste a dicha lógica de un carácter populista, rasgo que Saba extrae de Balkin.

Así las cosas, el modelo “populista de libertad de expresión” -el cual influye mucho menos en las decisiones jurídicas en Colombia- coincidiría con la óptica de lo que venimos llamando desde Saba “asamblea de ciudadanos” en el carácter deliberativo y su preocupación por la calidad de la información. Como se puede ver, este modelo se distingue considerablemente del de libre mercado y el Hyde Park por el compromiso de estos últimos con la visión que rehúye a cualquier tipo de regulación estatal determinada. Es decir, la “asamblea de ciudadanos”, en relación con la “libertad de expresión populista”, comparte la concepción de orientar los esfuerzos sociales, jurídicos y políticos para alcanzar una sociedad democrática de la libertad de expresión en que un *moderador* calificado funja de garante de la calidad de la comunicación como principal criterio que garantice de paso la libre circulación de ideas con un filtro de calidad. Entonces, la imagen o metáfora de la *sociedad populista de libertad de expresión*, que ofrece Saba acompañada de la figura del moderador, expresa la convicción de un sistema democrático deliberativo cuyo referente, en términos de la calidad de la circulación de información, sería una autoridad reguladora. Con esto último se pasaría del extremo liberal —acaso libertario— del *libre mercado* a un sistema social controlado y cohesionado por autoridades institucionales como las que echamos de menos en la decisión de la Corte que venimos discutiendo.

El desarrollo paulatino y en detalle de dicho tránsito de una concepción del estado democrático de corte liberal a otra caracterizada por la intervención del regulador será lo que se desarrolle en detalle en los apartados que siguen. Por lo pronto, recuérdese que la iniciativa

reguladora halla en la reinterpretación de estirpe hobbesiana hecha por Jhon Gray, una nueva forma de apreciar el orden social que denomina “*modus vivendi*”. La coincidencia entre la concepción de un entorno social regulado y el *modus vivendi* se nutre del componente intencionado de Balkin que orienta hacia la “construcción de una sociedad democrática de libertad de expresión”, lo cual se desarrollará en detalle más adelante. Justamente estos dos modelos teóricos de libertad de expresión (sociedad populista y *modus vivendi*) configuran el debate actual en materia de libertad de expresión; lo que querría decir que, al parecer, no existe una instancia conciliadora entre autonomía de los particulares y regulación estatal.

Al interior del debate entre posturas aparentemente irreconciliables sobre la libertad radical y la regulada es que este trabajo proyecta un modelo para el ordenamiento jurídico colombiano que respete el ejercicio de la comunicación mediante recursos tecnológico bajo una legítima regulación estatal, sin que ello desacredite el principio de libertad. Es decir, que la tesis que defiende la presente investigación concuerda con el modelo populista/progresista de libertad de expresión<sup>295</sup>.

Para tal fin, primero se analizará el modelo de *libre mercado de ideas* de libertad de expresión, con el objeto de comprender el alcance de esta regla jurisprudencial y sus efectos jurídicos.

#### **4.2. El modelo de *libre mercado de ideas* de libertad de expresión como principal influencia de la SU-420 de 2019**

El modelo de *libre mercado de ideas* de libertad de expresión encuentra su fundamento doctrinal en el pensamiento de varios teóricos: John Milton, John Stuart Mill, y en el siglo XX los jueces Oliver Wendell Holmes Jr. (quien salvó su voto en el caso *Abraham v. United States of America*)<sup>296</sup> y William O. Douglas, esto últimos recordados por el caso *Unites States of America Vs. Rumely*<sup>297</sup>.

“Así, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha perfilado el significado y alcance de dicha cláusula a través de lo que el juez Holmes dio en llamar el “*libre mercado de ideas*”

---

<sup>295</sup> Saba et al., *Libertad de expresión*.

<sup>296</sup> U.S. Supreme Court, «Abrams et al. v. United States. 250 U.S. 616», 10 de noviembre de 1919, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/250/616>.

<sup>297</sup> U.S. Supreme Court, «United States v. Rumely, 345 U.S. 41 (1953)», 9 de marzo de 1953, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/345/41/>.

que apareció por primera vez en su voto discrepante en caso *Abrams Vs. United States*, de 10 de noviembre de 1919. Según el cual, no es papel del estado prohibir ideas, aunque estas resulten desagradables, incómodas o equivocadas, ni la expresión de las mismas ya que “el mejor criterio de verdad es el poder que el pensamiento pueda tener de ser aceptado en la competencia del mercado”<sup>298</sup>. La visión que subyace a dicha afirmación es que, por perniciosa que una idea pueda parecer, su corrección depende no de la conciencia de los jueces y jurados, sino de la competición de una idea con otras ideas, justamente, dentro del mercado de ideas<sup>299</sup>.

Básicamente, podría suponerse que la premisa principal de este modelo radica en que cuando las personas “difunden o publican sus ideas en verdad están compitiendo entre sí por ganarse un lugar en las mentes de las personas”. Así las cosas, en palabras de Roberto Saba, el fundamento histórico-doctrinal del modelo de *libre mercado de ideas* implica lo siguiente<sup>300</sup>: “[La] exteriorización de perspectivas y de información conforman un mercado de ideas. Lo que subyace a las tesis de Milton y Mill es la aspiración a identificar la verdad o la mejor respuesta a un problema público –o privado- por medio de la discusión. La atención de estos filósofos estaba puesta en la necesidad de crear las condiciones para que la comunidad *autogobernada* tomara las mejores decisiones posibles”<sup>301</sup>.

En mis términos, la metáfora de *libre mercado de ideas* podría considerarse como una transacción de ideas u opiniones con fines de acumulación y que consiste en la monetización y mercantilización de las ideas desde el punto de vista de la autonomía del ciudadano bajo una órbita estrictamente capitalista. Dicha mercantilización de las ideas consiste, en otras palabras, en la facultad o prerrogativa de los emisores y receptores del acto comunicativo de poder escoger o desechar ideas u opiniones para crear y consumir la idea que más guste, más convenga o mejor parezca de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad.

---

<sup>298</sup> Valero Heredia, «Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial», 314.

<sup>299</sup> Valero Heredia, 314.

<sup>300</sup> Roberto Saba al explicar el origen de la metáfora de *libre mercado de ideas* menciona lo siguiente: “Si bien, la metáfora se asocia con las teorías sobre la libertad de expresión presentes en la obra de John Milton titulada *Areopagítica*<sup>300</sup>, escrita en 1644, y luego la de John Stuart Mill y su defensa de la libertad de expresión en *on liberty*<sup>300</sup> de 1859, la referencia al *free trade of ideas* o *libre intercambio de ideas* surge del salvamento de voto de Oliver Wendell Holmes Jr. En el caso *Abraham v. Unites States*<sup>300</sup>, decidido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1919. Más precisamente, es en la sentencia de William O. Douglas, juez de ese tribunal, en el caso *United States v Rumly*<sup>300</sup> de 1953, donde se afirma que quienes difunden o publican sus ideas en verdad están compitiendo entre sí por ganarse un lugar en las mentes de las personas”. Saba et al., *Libertad de expresión*, 20.

<sup>301</sup> Saba et al., 20.

No obstante, dicha mercantilización también incide en la no escogencia de ideas u opiniones, su negación o falta de elección; es decir, tal y como lo planteara Smith con su ideal del “dejar hacer y dejar pasar”, el modelo liberal parte de la existencia de múltiples criterios de selección --como, por ejemplo, el de escoger, o no la calidad y la veracidad de la información--, lo cual da lugar a una comunicación sin ningún tipo de garantía pese a su evidente y prolífica circulación. Siguiendo nuevamente a Saba, el modelo metafórico de *libre mercado de ideas* de libertad de expresión se distingue por su carácter mercantilista, así como también supone un modelo en el que se busca conseguir “la verdad”<sup>302</sup>

Así, la tesis de Holmes privilegia la libertad del que se expresa y la soberanía del consumidor, tanto como su autonomía, y soslaya la relación que existe entre esas dos libertades individuales y la posibilidad de llegar a una mejor solución a un problema público, como parecen defender Milton y Mill en su proyecto de búsqueda de la verdad. Sin embargo, la metáfora de Holmes no parece estar dirigida hacia la misma aspiración, sino que coloca en situación de prevalencia aquello que Cass Sunstein asocia con la denominada “soberanía del consumidor, tanto como su autonomía, y soslaya la relación que existe entre esas dos libertades individuales y la posibilidad de llegar a una mejor solución a un problema público”<sup>303</sup>.

A pesar de la problemática que prima entre el interés general y el interés particular, tal como se expone a continuación: “[...] asocia a la libertad de expresión con una mercancía a disposición de los consumidores. Esta metáfora relaciona la exteriorización de información o perspectivas con el mercado de ideas. La tesis detrás de la imagen busca fundamentar la protección de la libertad de expresión sobre la base de la analogía con el libre mercado de bienes y servicios”<sup>304</sup>. Esta tesis [...] quizá también suponga una entronización implícita del principio de autonomía, central en el proyecto liberal clásico, pues además de la libertad de los consumidores para elegir la idea que prefieran, se asume la centralidad de la autonomía del que se expresa para ofrecer su idea en el mercado<sup>305</sup>.

Una entronización equivalente es la que venimos denunciando en el ámbito jurídico local, tal y como se manifiesta en los preceptos de la SU-420 de 2019. De allí mi interés en

---

<sup>302</sup> Saba et al., 23.

<sup>303</sup> Saba et al., 23.

<sup>304</sup> Saba et al., 19.

<sup>305</sup> Saba et al., 22.

lo que sigue de mostrar cómo en gran medida parece conveniente matizar la óptica liberal de dicha sentencia mediante el aporte doctrinal que está en la base del *modelo populista de libertad de expresión*, para usar una vez más los términos Balkin reconstruidos por Saba.

### **4.3. El surgimiento del internet y las redes digitales: Un cambio en las reglas de juego o el modelo populista de libertad de expresión.**

Tal como se mencionó, desde el surgimiento del internet y las redes digitales se observa la necesidad de una reinterpretación del amplio espectro de la libertad de expresión con el objeto de propender por una regulación que tenga en cuenta los derechos fundamentales de los sujetos eventualmente afectados por el discurso ofensivo entre particulares en redes digitales. Dicha necesidad fue abordada por la doctrina desde el surgimiento de la imprenta, de la radio, del cine, la televisión y ahora en nuestros tiempos presentes con el surgimiento del internet y las redes digitales. Justamente, la masificación del internet y la facilidad en cuanto a la producción de opiniones es el factor clave que cambia las reglas de juego de libertad de expresión. Bajo este argumento, considero que en el pasado quedaron las ideas de Jhon Stuart Mill y de los jueces Holmes Jr, y W. Douglas en cuanto sus doctrinas fueron contemporáneas a la invención del cine y de la televisión a mitades del siglo XX, sin imaginarse la revolución web que venía en camino.

En igual sentido, se expresó el doctor en lingüística aplicada y lenguajes de la comunicación Carlos Scolari, señalando en una analogía bastante similar que “en la segunda mitad del siglo XX los avances tecnológicos en el campo de los microprocesadores, la difusión capilar de las redes de intercambio de datos y el desarrollo de nuevas interfaces generaron un cambio radical en la vida humana similar al que, dos siglos antes, había producido la máquina de vapor. Si la máquina inventada por James Watts dio lugar a la Revolución industrial, las interfaces de Steve Jobs y las redes de Tim Berners-Lee abrieron el camino de la Revolución Digital”<sup>306</sup>.

Por lo mismo, en cuanto a estas nuevas interfaces de comunicación, es que Scolari plantea una teoría novedosa conocida como las “narrativas transmedia”, dicho concepto implica entonces la expansión de un relato en muchos medios y plataformas con la participación de los prosumidores, quienes aportan al storytelling sus propios contenidos, y

---

<sup>306</sup> Scolari, «Comunicación digital. Recuerdos del futuro», 337.

si trasladamos esa lógica al mundo de la comunicación organizacional, la filosofía se mantiene: comunicar a través de muchos medios –algo que, en mayor o menor medida, se hizo toda la vida– sumando a los prosumidores –esto es lo nuevo, nunca los receptores habían generado ni compartido tantos contenidos”<sup>307</sup>. Asimismo, en otra entrevista realizada a Scolari, cuando se le preguntó en síntesis por el concepto simplificado de “narrativa transmedia”, éste último respondió que consistía en “una fórmula narrativa: “industria de los medios” + “cultura participativa”. O más simple: “canon” + “fandom”<sup>308</sup>.

Ahora bien, en cuanto a al significado de las “narrativas transmedia” Scolari comenta que estas implican “la posibilidad de desarrollar una estrategia de comunicación que hace frente a la creciente atomización de las audiencias. Antes teníamos millones de personas leyendo un diario o mirando un programa de televisión. Ahora ese consumo se ha diversificado en decenas de pantallas y dispositivos, y el consumo se ha vuelto asincrónico. Las narrativas transmedia son una de las estrategias posibles para unir esas situaciones de consumo fragmentadas. Antes las audiencias eran “media-centred”; las narrativas transmedia proponen audiencias “narrative-centred”<sup>309</sup>.

Visto así el notorio cambio implementado por el internet, las redes digitales y la *narrativa transmedia* en términos de libertad de expresión. En síntesis, la pregunta que surge es ¿por qué se da la necesidad de implementar un nuevo modelo de libertad de expresión? Es decir, ¿cuáles son las razones que motivan superar el modelo de *libre mercado de ideas*? Y, finalmente ¿cuál sería el aporte concreto del nuevo modelo progresista de libertad de expresión para la presente reinterpretación de la regla jurisprudencial contenida en la SU420/2019?

Estas cuestiones son abordadas por Saba desde la lógica imperante en los nuevos modelos de comunicación y concepciones de democracia según la influencia de las nuevas tecnologías y el desarrollo del Estado Social de Derecho. Desde esta perspectiva, para el autor argentino no debería desconocerse el significativo hecho de que lo que hasta hace poco representaba la figura emblemática del ciudadano, haya sido remplazado en la actualidad por

---

<sup>307</sup> Paul Capriotti y Virginia Silva Pintos, «Entrevista a Carlos A. Scolari: “Desde hace un siglo la comunicación trata infructuosamente de construir algo coherente”», *InMediaciones de la Comunicación* 15, n.º 1 (11 de junio de 2020): 207, <https://doi.org/10.18861/ic.2020.15.1.2964>.

<sup>308</sup> Cristiane Lindemann, «Entrevista – Carlos Alberto Scolari», *Rizoma* 2, n.º 2 (1 de enero de 2015): 114, <https://doi.org/10.17058/rzm.v2i2.5431>.

<sup>309</sup> Cristiane Lindemann, 115.

categorías como “consumidor” o “usuario”. En términos de la comunicación, esto último supone que “Gracias a la revolución digital todos pueden ser al mismo tiempo emisores y receptores de expresiones. Esta realidad, pensada desde la metáfora de *libre mercado de ideas*, altera el supuesto de que unos pocos exhiben sus productos en las góndolas y otros, la mayoría, los consumen. Este mercado es mucho más horizontal se parece más a una gran feria donde todos compran y todos venden”<sup>310</sup>. Lo cual autoriza ver este contexto socio-tecnológico mediante la metáfora del “*libre mercado de ideas*” que enfatiza a la vez el carácter de consumidor del ciudadano. Así lo formula el autor desde Balkin:

Este mercado es mucho más horizontal y se parece a una gran feria donde todos compran y todos venden. Por otra parte, la posibilidad de que todos se expresen por vías más o menos efectivas disponibles en la web podría ser equivalente a una multiplicación casi al infinito de las esquinas de Hyde Park. Así el autor afirma que si antes el bien escaso era el canal de comunicación, hoy el bien escaso equivalente es la atención de los receptores de las expresiones y de la información. Todos compiten ahora con muchos, si no con todos, por atraer la atención de los receptores<sup>311</sup>.

Esto explica por qué Balkin es pionero al observar la problemática actual de libertad de expresión, lo que exige abordar el problema de la discreción de la participación en el debate público de los distintos interlocutores a partir de una función activa de un moderador (autoridad regulativa) que garantice la calidad y eficacia del intercambio de ideas. En consecuencia, Saba se sirve de una nueva imagen didáctica, el micrófono, como recurso teórico que ilustra el relevo de la participación en un contexto comunicativo como el que supone la democracia en su acepción deliberativa<sup>312</sup>. Así las cosas, resulta indispensable precisar el análisis del tipo de concepción de democracia en el que se inscribe el actual intercambio de ideas mediante los medios digitales y cómo esto determina la libertad de expresión. Todo lo cual será materia de estudio en los apartados que siguen.

#### **4.4. El modelo Populista o progresista de libertad de expresión de Balkin**

La metáfora populista de libertad de expresión que propone Jack Balkin se fundamenta en que las tecnologías digitales alteran las condiciones sociales de expresión y,

---

<sup>310</sup> Saba et al., *Libertad de expresión*, 32.

<sup>311</sup> Saba et al., 32.

<sup>312</sup> Saba et al., *Libertad de expresión*.

por lo tanto, debe cambiar el enfoque de la teoría de la libertad de expresión, de una preocupación Meiklejohniana por proteger el proceso democrático y la deliberación democrática, a una preocupación más amplia por proteger y promover una cultura democrática<sup>313</sup>.

El modelo populista, o también conocido como progresista, de libertad de expresión observa el fenómeno de la internet advirtiendo que “el aumento exponencial de voces podría conspirar contra la posibilidad de deliberación, y por ende, del autogobierno”<sup>314</sup>. Como Saba aclara, con esto Balkin percibe el internet como un escenario en que algunos pocos se expresan y otros muchos reciben esas expresiones como meros consumidores. Gracias a la revolución digital todos pueden ser al mismo tiempo emisores y receptores de expresiones<sup>315</sup>.

Así las cosas, siguiendo a Saba, Balkin plantea una nueva metáfora que se refiere a una característica que distinguiría al internet de los medios masivos de comunicación tradicionales, su carácter apropiativo, en el sentido que permite potenciar la habilidad de los individuos de expresarse transformando las expresiones de los demás y creando a partir de las creaciones de otros<sup>316</sup>.

De este modo, y bajo la problemática previamente mencionada, el modelo populista o progresista de libertad de expresión propone la construcción de una cultura democrática de libertad de expresión a través de la intervención estatal a modo de regulación. Esto con la finalidad superior de lograr la construcción de una cultura democrática. Pues bien, a estas alturas de la exposición es momento de destacar cuál sería el modelo social más idóneo en beneficio del debate social y que el Estado en representación de las instituciones constitucionales debería considerar por encima de cualquier otro. Se trata, pues, del concepto de regulación estatal, tal y como lo plantea Balkin: “(...) Así, los defensores de la tesis populista/ progresista de la libertad de expresión, proponen regular la actividad de los medios masivos de comunicación mediante la imposición de restricciones al ejercicio del derecho de propiedad y del derecho de contratar, con el fin de evitar la concentración; imponer obligaciones basadas en el interés público que compelan a la cobertura de ciertos temas y a

---

<sup>313</sup> Balkin, «Digital Speech and Democratic Culture».

<sup>314</sup> Saba et al., *Libertad de expresión*, 33.

<sup>315</sup> Saba et al., *Libertad de expresión*.

<sup>316</sup> Saba et al.

un tratamiento equilibrado de diferentes enfoques sobre ellos; y exigir la incorporación de una amplia diversidad de voces con el fin de extender y robustecer el debate público”<sup>317</sup>.

Esta perspectiva democrática alude a una cultura en la que los individuos tienen potencialmente la misma oportunidad de participar en las formas de creación de significado que las constituyen como individuos: La cultura democrática tiene que ver con la libertad individual, así como con el autogobierno colectivo; se refiere a la capacidad de cada individuo para participar en la producción y distribución de la cultura.<sup>318</sup>

Así las cosas, Saba realiza una comparación entre el modelo de *libre mercado de ideas* de libertad de expresión y el populista/progresista de libertad de expresión. La conclusión de su ejercicio comparativo entre los modelos mencionados se resume de la siguiente manera: (...) “desde la perspectiva del mercado de ideas y desde la tesis populista que defiende Balkin, esta oportunidad de que haya más emisores lejos de ser un peligro se convierte en una ventaja. Más opciones implican más libertad, un valor que parece ser central para ambas teorías”<sup>319</sup>.

De este modo, las garantías sociales que supone el modelo del *libre mercado de ideas*, al aceptar la tesis populista, promueve la calidad de la comunicación y mayor participación ciudadana en el contexto propio de la comunicación en medios digitales. Además, una visión liberal de las condiciones del intercambio de ideas requiere de la participación de algún tipo de moderador del debate o, lo que es equivalente según se ha dicho, la regulación mediante figuras de autoridad participantes en el círculo de la comunicación. Es decir, para el ámbito propio del internet no deberían reñir entre sí las condiciones que garantizan la eficiente comunicación, la libertad de expresión y la inclusión de reguladores que garanticen las condiciones ideales de justicia y desincentiven fenómenos como la *comunicación violenta* y el uso del lenguaje ofensivo *genérico*.

---

<sup>317</sup> Saba et al., 31.

<sup>318</sup> Balkin, «Digital Speech and Democratic Culture».

<sup>319</sup> Saba et al., *Libertad de expresión*, 33.

## 4.5. El paradigma de la “autonomía regulada” o de la “libertad moderada”

### 4.5.1. *Autonomía del individuo versus regulación estatal*

El enfrentamiento que se presenta entre el modelo de *libre mercado de ideas* y el *populista de libertad de expresión* (regulatorio y comprometido con la construcción cultural del debate) demanda una decisión político-jurídica en materia de discurso ofensivo entre particulares en redes digitales que no abandone a los ciudadanos a su suerte y riesgo. Entre los defensores de seguirse protegiendo la autonomía del individuo a expresar sus opiniones sin censura alguna —a pesar de su contenido lesivo que afecta al receptor del mensaje ofensivo—, y quienes en beneficio de la protección individual a través de la regulación estatal (mediante una reforma constitucional, una ley estatutaria, acto administrativo, sentencia judicial, etc.), es necesario contemplar la posible existencia de una ruta conciliadora o un criterio de razón que invalida alguna de las dos perspectivas.

Así las cosas, la libertad de expresión puede contemplarse desde dos orillas opuestas. De un lado, la orilla a favor de una concepción filosófica de una *sociedad libertaria* —o cuyo principal ideal sea la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América, que considera que la libertad de expresión debe ser absoluta—, esto es, que el ciudadano debería tener toda la posibilidad de expresar sus opiniones sin que exista un límite, en el estricto sentido de la palabra; y, de otro, la orilla *regulatoria*, que considera que debe existir una autoridad, estatal o no, que regule el discurso ofensivo limitando el contenido de las opiniones de los particulares.

Como muestra en detalle Roberto Saba, así planteado el contraste de opiniones sobre la libertad de expresión es necesario volver la mirada hacia las tradicionales doctrinas del colectivismo y la autonomía personal. En palabras del autor: “Robert Post ha defendido lo que denomina una teoría tradicional de la primera enmienda que gira alrededor de una noción de *autodeterminación colectiva*, que según él sólo se puede realizar por medio de una protección radical de la autonomía personal aplicada al ejercicio de la libertad de expresión. Ahora sí desde esta perspectiva este autor articula una dura crítica a lo que han llamar teorías colectivistas de la primera enmienda identificando como sus defensores a Meiklejohn, Kalen,

Fiss y Sunstein, fijándoles una postura que pondría en serio riesgo la noción de la libertad de expresión como ejercicio de la autonomía<sup>320</sup>.

En este punto cabría realizar dos interrogantes: primero: ¿Qué es admitido en el ejercicio legítimo de la libertad de expresión?; y segundo: ¿cualquier regulación estatal en materia de libertad de expresión sería incompatible con paradigmas legislativos como la primera enmienda?

Planteados estos interrogantes, Saba examina el debate así: Owen Fiss efectúa una réplica a Post en el sentido de mencionar que, “para que haya una legítima libertad de expresión, no cualquier interferencia estatal con la autonomía resulta incompatible con ella”<sup>321</sup>, lo cual, podría suponer la necesidad de instancias regulatorias o autoridades estatales que intervengan la comunicación. Esto implica, además, todo un trabajo de interpretación constitucional, efectivamente llevado a cabo por Fiss, que de acuerdo con Saba concluye a favor de la objetividad preponderante del rol moderador del estado en el debate, “pues si existe un modo objetivo de determinar lo que puede o no ser admitido como un ejercicio legítimo de libertad de expresión”<sup>322</sup>.

En atención al segundo interrogante, valioso resulta el análisis de Nino, en cuanto a la presunta compatibilidad de regulación en materia de libertad de expresión y la libertad de opinión como paradigma propio de la democracia deliberativa. Entonces, cabe destacar que para Carlos S. Nino, la respuesta a la segunda pregunta es negativa; es decir, sí sería posible, y tal vez necesaria, una regulación estatal, o acaso particular, que favorezca tanto las libertades individuales como el contexto socio-democrático. Incluso, sería así bajo entornos propios del libre mercado que, como se ha dicho, describen con precisión concepciones políticas como la que está en la base de la protección a la autonomía individual y social que inspiran la primera enmienda norteamericana. Respecto a las diversas teorías enfrentadas sobre la interpretación de la libertad en contextos liberales, Nino manifiesta una visión moderada y conciliadora así: “Si bien post tiene razón acerca de que las teorías herederas de la tesis de Meiklejohn favorecen algún tipo de restricción a la expresión y a la autonomía, no cualquier interferencia estatal con autonomía resulta incompatible con ella. En este sentido existen prohibiciones u obligaciones impuestas por el estado que tienen por objeto proteger

---

<sup>320</sup> Saba et al., 34.

<sup>321</sup> Saba et al., 35.

<sup>322</sup> Saba et al., 35.

la autonomía de la persona incluso de acciones o decisiones de la propia persona de cuya autonomía se requiere proteger”<sup>323</sup>.

En una dirección semejante, habría convergencia con la reflexión de Saba. En síntesis, el aporte de este último afirma que “si la protección de la autonomía constituye el centro de la fundamentación del trazado de límites radicales a la acción estatal, esa misma preocupación debería admitir interferencias estatales que impidan problemas de coordinación o autolesión”<sup>324</sup>.

Justamente, este es el presupuesto de autolesión que incluye Saba es el supuesto del discurso ofensivo entre particulares en redes sociales. Recordemos el carácter lesivo a los derechos fundamentales a la honra, intimidad y buen nombre que pueden sufrir los ciudadanos usuarios de los medios digitales, toda vez que se pueden ver afectados por mensajes ofensivos. Por lo tanto, Saba y Nino representan la posición más moderada en el debate sobre la inclusión de instancias regulativas en los ámbitos deliberativos, tales como los que supone cualquier tipo de comunicación, particularmente en el internet como la expresión actual del contexto democrático. Pese a que Saba se esté refiriendo en términos generales a la libertad de expresión, lo que afirma a continuación es la base de su propuesta de la manera en qué dicha libertad tiene lugar en contextos puntuales: “Así, este debate alrededor de las interferencias estatales con la autonomía que estarían permitidas provee de justificación a aquellas tesis que ofrecen razones para imponer límites a la libertad de expresión sobre la base de la misma protección de esa libertad incluso entendía como manifestación de la autonomía personal”<sup>325</sup>.

Finalmente, el contraste entre el modelo de *libre mercado de ideas*, como se mencionó, protege la autonomía personal en materia de libertad de expresión, y como se desarrolló en el tercer capítulo, es el supuesto del que parte la Sentencia de Unificación 420 de 2019 en Colombia. Mientras la perspectiva de regulación es presentada por Saba con las siguientes palabras: “sí el objetivo del mercado de ideas es hacer posible que las personas maximicen su autonomía pudiendo elegir entre diversas opciones, la intervención de un actor

---

<sup>323</sup> Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación* (Ariel, 1989), 434.

<sup>324</sup> Saba et al., *Libertad de expresión*, 37.

<sup>325</sup> Saba et al., 34.

externo como el Estado podría expandir el menú de opciones o evitar que algunos ejerzan su autonomía interfiriendo con la autonomía de otros por medio de su silenciamiento”<sup>326</sup>.

Pues bien, como puede observarse, el estado del arte en materia de regulación estatal y libertad de expresión ha variado desde la absoluta prevalencia de la autonomía personal, al punto de reunir las perspectivas de los teóricos de libertad de expresión que abogan por la necesidad de una regulación de dicha autonomía, la cual sería aplicable por ejemplo en los supuestos fácticos de discurso ofensivo entre particulares en redes sociales. Por lo mismo es que “autores como Sunstein o Fiss llamarán la atención sobre la inevitable omnipresencia de la interferencia estatal, dado que la omisión de regular es una forma de acción estatal muchas veces tan efectiva como la regulación. La cuestión no debería presentarse como una contradicción entre regulación y autonomía, sino que tipo de regulación favorece la autonomía y el autogobierno y que tipo de regulación los impide”<sup>327</sup>.

Así las cosas, la sentencia SU-420 de 2019, de la Corte Constitucional de Colombia, es una providencia que se ajustaría a la orilla de la autonomía personal. El modelo de *libre mercado de ideas* de libertad de expresión aplica para la susodicha sentencia de unificación. Tal como se mencionó en el capítulo III de este trabajo, si fuera el caso de un litigio proveniente de una acción de tutela —por ejemplo, en el que una persona se siente lesionada en sus derechos a la honra, intimidad y buen nombre como receptora del discurso ofensivo, se verá enfrentada a la *presunción de constitucionalidad* del discurso ofensivo entre particulares en redes digitales. Motivo por el cual, el receptor del mensaje, o quien acciona mediante el recurso de amparo, deberá superar tanto el *test de relevancia constitucional* como el *test estricto de proporcionalidad* (cuyos elementos son en conjunto y dado a la dualidad de tests, resultan por demás complejo de satisfacer). Esto también puede argumentarse desde la carga de la prueba en cabeza del receptor agraviado y de que, al final de cuentas, todo depende de la contundencia de la violencia y reiteración que logre ser demostrada como prueba en el proceso. En consecuencia, solo así cabría la censura para el emisor. En definitiva, esto evidenciaría en Colombia un régimen de libertad de expresión casi absolutista en materia de autonomía personal.

---

<sup>326</sup> Saba et al., 38.

<sup>327</sup> Saba et al., 45.

Sin embargo, las tesis que abogan por la regulación, como el constructo teórico de Balkin, que se viene identificando como “populista de libertad de expresión”, plantean fundamentos valiosos en procura de un orden social. Lo que implicaría, además, la implementación de la figura robusta de un regulador en materia de libertad de expresión, quien controlaría los tiempos y los temas sujetos a debate, lo que sería más útil para una sociedad democrática. Con lo cual se beneficiaría la sociedad en términos de la calidad del debate y la protección de sus miembros mediante el ejercicio legítimo del poder, materializado en una *censura objetiva* basada en causales justificadas y reconocidas por otros ámbitos no jurídicos del *corpus social*.

#### 4.5.2. Regulación

John Gray, mediante su teoría del “modus vivendi” establece el fundamento de una propuesta regulativa de carácter estatal, lo que repercutiría *paradójicamente* en un mayor compromiso administrativo del estado mientras se coarta la autonomía individual. Entonces, podría decirse que la teoría del “*modus vivendi*” de Gray sería una reinterpretación contemporánea de la teoría del “Leviatan” de Hobbes, tal como él mismo lo reconoce: “La anarquía arroja luz sobre el hecho de que la justicia es un artificio de imposición. donde hay anarquía no hay derechos. En palabras de Hobbes: “donde no hay un poder común no hay ley; donde no hay ley no hay injusticia. Las dos virtudes cardinales en la guerra son la fuerza y el engaño”. La justicia y los derechos son convenciones que en última instancia se apoyan en la fuerza. Se trata de una verdad que la última filosofía liberal ha considerado conveniente olvidar”<sup>328</sup>.

Para el presente caso, la tensión que en materia de libertad de expresión se presenta entre la autonomía del individuo y la regulación estatal ha sido un tema polémico en los distintos modelos de administración de justicia y concepción (liberal o conservadora) del Estado. La pregunta que surge entonces consistiría en determinar si en Estado Social de Derecho, con división de poderes y régimen democrático, debería regular fenómenos como el discurso ofensivo entre particulares, problema que enfrenta actualmente la sentencia en

---

<sup>328</sup> John Gray, *Las Dos Caras Del Liberalismo* (Página Indómita, 2021), 261, [https://www.todostuslibros.com/libros/las-dos-caras-del-liberalismo\\_978-84-123847-0-3](https://www.todostuslibros.com/libros/las-dos-caras-del-liberalismo_978-84-123847-0-3).

materia de análisis aquí. Pues bien, tal como fue expuesto en líneas anteriores, siguiendo las voces del artículo 1502 del Código Civil, el discurso ofensivo es un acto jurídico unipersonal y unilateral, que es *genérico*, en cuanto tiene cargas medias o leves de violencia, y que comparte características similares con el discurso de odio *específico* (como se precisó en los primeros dos capítulos). En este orden de ideas, un discurso con determinada carga de violencia debería ser declarado inconstitucional de manera automática, o bien debería al menos mantenerse la presunción de inconstitucionalidad que venía construyendo la Corte en la línea jurisprudencial “A” expuesta a lo largo del capítulo 3. Esto significaría que, en un asunto litigioso de acción de tutela, cualquier discurso ofensivo *genérico* que lesione a un receptor en su honra, intimidad y buen nombre no debería ser protegido por la presunción de constitucionalidad propia del régimen de libre mercado de ideas, pues debería ser censurado de oficio por el juez constitucional en la búsqueda de la construcción de una cultura de regulación, semejante a la que defiende John Gray a partir de su *modus vivendi*.

El desarrollo de las implicaciones prácticas de la intervención estatal en modelos sociales liberales y democráticos es desarrollado por Gray en “*Las dos caras del liberalismo*”. Lo que allí se destaca es el enfrentamiento ideológico por la noción de autoridad que suponen determinados modelos sociales y prácticas específicas en el ejercicio administrativo institucional. Para fortalecer la noción de *modus vivendi*, el autor británico introduce este debate así: “El liberalismo siempre ha tenido dos caras: de un lado, la tolerancia es la búsqueda de una forma de vida ideal; del otro, es la búsqueda de un acuerdo de paz entre diferentes modos de vida. Desde el primer punto de vista las instituciones liberales son contempladas como aplicaciones de principios universales. Desde el segundo son un medio para la coexistencia pacífica. Para el primero el liberalismo es la receta de un régimen universal. Para el segundo es un proyecto de coexistencia que puede emprenderse en muchos regímenes diferentes”<sup>329</sup>.

En los siguientes dos apartados se abordará en detalle cada extremo de esta discusión doctrinal que transcurre al interior del liberalismo. Esto con el fin de comprender cómo actualmente, en virtud de las exigencias de ámbitos específicos, como el que es propio de la

---

<sup>329</sup> Gray, 13.

comunicación en redes digitales, impera la necesidad de una noción de sociedad liberal que reconozca el valor del Estado como ente regulador.

#### 4.5.2.1. El “*proyecto liberal*” de régimen universal

Así, para Gray existe la corriente filosófico-jurídica del “*proyecto liberal*” de régimen universal, en la que destacan como influencias Locke, Kant y Hayek. Esta corriente considera que, en una sociedad liberal, el fortalecimiento del valor de “tolerancia” contribuye a la búsqueda de la verdad a través de un consenso racional entre los integrantes de una sociedad, entendida esta como la búsqueda de *una forma de vida ideal*. Situación hipotética en la cual las instituciones liberales, de un régimen democrático, orientan sus esfuerzos hacia políticas de disminución del conflicto de opiniones; contribuyendo así a la *tolerancia* respecto a las diversas instancias de la comunicación y el debate.

De este modo, se lograría la “condición de la paz” como valor último superior al ser alcanzado por una sociedad liberal. “Los filósofos con una visión optimista de la naturaleza humana, como Locke o Adam Smith, creían que la armonía social y el progreso eran compatibles con la preservación de un área bastante amplia de libertad individual”<sup>330</sup>.

Respecto a los presupuestos más sólidos del “*proyecto liberal*” de régimen universal es importante reconocer que se nutre del pensamiento de la escuela utilitarista, así como de los aportes de Rawls. Ángel Puyol señala que entiende a la corriente filosófica utilitarista de Rawls consiste en que:

Para el profesor de Harvard, el utilitarismo concibe a la persona como un mero recipiente de experiencias. No importa quién posee las experiencias, ni cuál es su distribución secuencial entre las personas. Estas consideraciones son solo cuestiones de espacio y de tiempo y como tales, irrelevantes. Lo que es realmente valioso para el utilitarismo son las experiencias mismas. Y la tarea de la justicia utilitarista consiste en la optimización de esas experiencias tomadas en su conjunto, sin importar quiénes las viven. Como consecuencia, el utilitarismo pasa por alto uno de los requisitos morales indispensables que, según Rawls, debería poseer una teoría de la justicia: la individualidad<sup>331</sup>.

---

<sup>330</sup> Berlin, *Sobre la libertad y la igualdad*, 25.

<sup>331</sup> Ángel Puyol González, *Rawls: el filósofo de la justicia*, Descubrir la Filosofía (Buenos Aires: EMSE EDAPP, 2016), 23.

Bajo esta caracterización de Puyol es como Rawls arribará al problema ético del utilitarismo: “En el utilitarismo, la satisfacción de cualquier deseo tiene algún valor en sí, valor que deberá tomarse en cuenta al decidir lo que es justo [...]. Así, si los hombres obtienen cierto placer al discriminarse unos a otros, al someter a otros a menor libertad [...]”<sup>332</sup>.

Por lo mismo, es decir, por la problemática que aquí se observa, es que Rawls plantea su teoría del “*velo de la ignorancia*”<sup>333</sup>, según la cual, en palabras de Puyol, “El velo de ignorancia es la venda en los ojos de la moderna dama de la Justicia”. El velo de la ignorancia de Rawls se fundamenta en un supuesto fáctico denominado “*la posición original*”, la cual, en resumidas cuentas, no es más que suponer que todos los integrantes de una sociedad nacen con las mismas oportunidades económicas, sociológicas, políticas, y de desarrollo personal.

Frente a lo cual, cabría resaltar desde un punto de vista pragmático cómo este supuesto de igualdad social poco o nada contribuye a la realización de la justicia rawlsioniana porque partería de la utópica situación de que todos y cada uno de los asociados al Estado tienen plenos derechos, pero no exactamente los mismos derechos, lo que dejaría sin fundamento al aparato de justicia. El cual, claramente en términos teleológicos encuentra como pretensión principal arribar a un sistema más justo en términos de mayores oportunidades en sentido abstracto y lograr así una propuesta de redefinición de la justicia. Dicho esto, la teoría del “velo de la ignorancia” de Rawls, y el concepto de la “*posición original*” siguiendo a Puyol es el siguiente: “La intención de la posición original es establecer un procedimiento equitativo según el cual, cualesquiera que sean los principios elegidos, estos serán justos. El objetivo es utilizar la noción de la justicia puramente procedimental como base de la teoría. De alguna manera tenemos que anular los efectos de las contingencias específicas que ponen a los hombres en situaciones desiguales y en tentación de explotar las circunstancias naturales y sociales en su propio provecho. Ahora bien, para lograr esto supongo que las partes están

---

<sup>332</sup> Puyol González, 24.

<sup>333</sup> Ante todo, nadie conoce su lugar en la sociedad, su posición o clase social; tampoco sabe cuál será su suerte en la distribución de talentos y capacidades naturales, su inteligencia y su fuerza, etc. Igualmente, nadie conoce su propia concepción del bien, ni los detalles de su plan racional de vida, ni siquiera los rasgos particulares de su propia psicología, tales como la aversión al riesgo, o su tendencia al pesimismo o al optimismo. Más todavía, supongo que las partes no conocen las circunstancias particulares de su propia sociedad. Esto es, no conocen su situación política o económica, ni el nivel de cultura y civilización que han sido capaces de alcanzar. Las personas en la posición original no tienen ninguna información respecto a qué generación pertenecen [...] Tendrán que escoger aquellos principios con cuyas consecuencias estén dispuestos a vivir, sea cual sea la generación a la que pertenecen. Puyol González, 37.

situadas bajo un velo de ignorancia. No saben cómo las diversas alternativas afectarán sus propios casos particulares, viéndose así obligadas a evaluar los principios únicamente sobre la base de consideraciones generales”<sup>334</sup>

Como aquí se hace patente, la pretensión de una sociedad justa desde el punto de vista liberal debe transitar de la “posición original”, que lleva a los ciudadanos a mantenerse en la ignorancia sobre las consecuencias que su interacción supone respecto a la realización de la justicia, a un *régimen universal* que haga plausible la preservación del orden social. Como se decía, un régimen semejante encuentra en la tolerancia un valor social que se ajusta muy bien a la concepción liberal de justicia social, ya que presupone la coexistencia de diversas actitudes ciudadanas cuyo reconocimiento institucional es urgente en cuanto a la realización del ideal de justicia. Sin embargo, como plantea Elizabeth Anderson, los fundamentos del liberalismo de Rawls en buena parte descuidan las implicaciones de la multidiversidad social que es propia de esquemas como el del libre mercado<sup>335</sup>.

Para Anderson otros actores diversos con multipluralidad de intereses no encontrarían en la tolerancia la herramienta más útil para reafirmar dicha diversidad, pues, la autonomía personal y la ausencia de regulación, a pesar de abarcar tan amplio grado de generalidad propio del “régimen universal”, desatiende la imperante necesidad de reconocimiento de las dinámicas específicas del desarrollo social e individual<sup>336</sup>.

En otras palabras, lo que Gray presenta como el “proyecto liberal”, cuyo referente histórico más conocido es el “*dejar hacer, dejar pasar*” de Smith, ha evidenciado su desmedida generalidad y acaso un optimismo ingenuo según el cual parecería innecesaria la intervención estatal en asuntos tan delicados como el mercado de bienes y servicios y, en un significativo lugar para nuestro presente inmediato, el fluir de la comunicación interpersonal. Como a continuación se abordará, en términos de justicia, otra limitante de la concepción liberal extrema es que sobrevalora el consenso universal mientras descuida la coexistencia propia de una sociedad diversa y, por tanto, problemática.

---

<sup>334</sup> Puyol González, *Rawls*, 37.

<sup>335</sup> Elizabeth S. Anderson, «What Is the Point of Equality?», *Ethics* 109, n.º 2 (enero de 1999): 109, <https://doi.org/10.1086/233897>.

<sup>336</sup> Anderson, 109.

#### 4.5.2.2. Corriente “liberalismo de la coexistencia pacífica”

Por la otra parte, para Gray existe la corriente “*liberalismo de la coexistencia pacífica*”, cuyos referentes principales son Hobbes, Hume, I. Berlin, y M. Oakeshott. La preocupación principal de esta corriente es reafirmar los derechos humanos universales, en el marco de los sistemas políticos liberales. De esta manera, las instituciones liberales que funcionan en un régimen democrático serían contempladas como un medio para lograr la “*coexistencia pacífica*”. Dicha característica la establece Gray en estos términos: “(...) desde los inicios del pensamiento liberal hubo otra manera de entender la tolerancia. En la obra de Hobbes, nada sugiere que este favoreciese la tolerancia como un camino hacia la fe verdadera. Para él la tolerancia era una estrategia de paz. El gobierno, indiferente a las creencias, debía preocuparse únicamente por la práctica. Desde esta perspectiva hobbesiana, el objetivo de la tolerancia no es el consenso sino la coexistencia”<sup>337</sup>.

Para complementar una noción semejante de coexistencia social, sobresalen las ideas de Isaiah Berlin respecto a su concepto de “libertad” y la relación que establece con la regulación. Él explica que, para esta corriente, la regulación se constituiría como una alternativa para garantizar eficientemente el orden social, tal y como lo había propuesto Hobbes. Así lo enuncia Berlin: “(...) para evitar que la vida social se convirtiera en una jungla, debían instituirse fuertes salvaguardias que mantuvieran a los hombres en sus lugares designados; por lo tanto, estos pensadores exigían un alto grado de control centralizado”<sup>338</sup>.

Entonces, Berlin es pionero en plantear al interior de la escuela el “*liberalismo de la coexistencia pacífica*”, una nueva acepción de libertad en que la igualdad prima. Se trata del concepto de libertad positiva, cuyos rasgos característicos están determinados así: “Soy libre en la medida en que nadie más interfiere en mi actividad. Este es el sentido en el que los pensadores clásicos británicos- Hobbes, Locke, Humme, Mill e incluso Burke- emplearon la palabra libertad. Si otros hombres me impiden hacer lo que quiero, carezco de libertad en esa medida. Y si contraen más allá de cierto mínimo el área dentro de la cual puedo hacer lo que quiero, entonces se dice que me hallo coaccionado, o incluso esclavizado”<sup>339</sup>.

---

<sup>337</sup> Gray, *Las Dos Caras Del Liberalismo*, 14.

<sup>338</sup> Berlin, *Sobre la libertad y la igualdad*, 25.

<sup>339</sup> Berlin, 22.

Por lo tanto, podría concluirse que el concepto de Libertad positiva, según Berlín, consiste en que uno como individuo pueda “ser amo de uno mismo”<sup>340</sup>. Es decir, “mi vida y mis decisiones dependen de mí mismo”. Esto implica un amplio grado de libertad: “Dado que por libertad entiendo, pues, una situación en la que los demás no interfieren en lo que hago, diré que cuanto más extensa es el área de no interferencia, más amplia es mi libertad”<sup>341</sup>.

Ahora bien, el contraste entre libertad positiva y negativa lo establece Berlin así: “La libertad, dicen algunos, consiste en ser amo de uno mismo. Según otros, consiste en que los demás me impidan elegir tal como lo hago”<sup>342</sup>.

Esta segunda acepción de libertad resaltada por Berlin parece incurrir en una contradicción, pues el impedimento o la coerción de la acción sugiere la idea de neutralización de la libertad absoluta. Sin embargo, como lo fundamenta el conjunto de la doctrina del Estado moderno, entendido desde Rousseau como un contrato entre la administración del poder y sus súbditos, se supera la aparente contradicción entre libertad absoluta y agente regulador, lo cual autoriza la concepción de libertad negativa.

Para hacer precisión del aporte de Berlin en materia de libertades (positiva y negativa) en materia de libertad de expresión, resulta conveniente regresar a lo expuesto por la Corte en providencia C-422/11 sobre el particular:

Se ha definido a la libertad de expresión en sentido estricto como el derecho de las personas a expresar y difundir libremente *el propio* pensamiento, opiniones, informaciones e ideas, sin limitación, a través del medio y la forma escogidos por quien se expresa. Desde esa perspectiva puede ser entendida como una *libertad negativa* pues implica el derecho de su titular a no ser molestado por expresar su pensamiento, opiniones, informaciones o ideas personales, y cuenta con una dimensión individual y una colectiva, pero también como una *libertad positiva* pues implica una capacidad de actuar por parte del titular del derecho y un ejercicio de autodeterminación<sup>343</sup>.

Adicionalmente, haber superado el enfrentamiento entre libertad y regulación es la condición necesaria para comprender el rol que desempeña el Estado en cuanto institución social que controla la acción de sus administrados. De donde se deriva, no la pérdida de la

---

<sup>340</sup> Berlin, 30.

<sup>341</sup> Berlin, 24.

<sup>342</sup> Berlin, 30.

<sup>343</sup> Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia C-442/11».

libertad sino la garantía de que las libertades de unos no se sobrepongan a las de otros. Es decir, la libertad negativa define al Estado como garante de los derechos y libertades sociales e individuales.

Con respecto a esta concepción del Estado como mayor responsable del derecho en general y de la igualdad en particular, Berlin menciona que “(...) hacer cumplir una regla es promover la igualdad de conducta o de trato”<sup>344</sup>. Esto significaría que el ideal de igualdad de Berlin se fundamenta en un marco normativo que tenga coercitividad e influencia con el objeto de garantizar los derechos de todos los integrantes del conglomerado social, de igual modo significaría que en el ideal de libertad de Berlin, “Todas las reglas por definición entrañan cierto grado de igualdad. En la medida en que son instrucciones generales impartidas a personas de una clase especificada para actuar o abstenerse de actuar de determinada manera, en circunstancias también especificadas, imponen una conducta uniforme en casos idénticos. Estar sometido a una regla es, hasta cierto punto, ser asimilado a un patrón único”<sup>345</sup>.

Aquí se ve con toda claridad la postura liberal de “*coexistencia pacífica*”, en la cual el predominio de la regulación, como articuladora de los derechos fundamentales del conglomerado, aseguraría la “coexistencia pacífica” de la sociedad y sus miembros a través de las instituciones pertenecientes al régimen político y deliberativo del Estado. Así se consigue alcanzar el fin superior de la institución, según el cual la búsqueda de la paz, entendida como orden social es la obligación más apremiante para el Estado, tal como, por ejemplo, lo establece el artículo 22 de la Constitución: “La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”<sup>346</sup>.

En definitiva, como la mayoría de los ordenamientos jurídicos, de inspiración romano-germánica, que establecieron lo que hoy conocemos como Estados sociales de derecho, incorporan al marco normativo lo que para Berlin es la característica esencial de la igualdad social: la libertad regulada, concreta y plausible para todos los asociados –o libertad negativa–, lo que resulta contrario a la tendencia idealista que ve la libertad de manera abstracta y, en consecuencia, como libertad positiva. Como se verá a continuación, en el contexto finisecular contemporáneo, la consecuencia socio jurídica del principio de libertad

---

<sup>344</sup> Berlin, 91.

<sup>345</sup> Berlin, 91.

<sup>346</sup> República de Colombia, *Constitución Política de Colombia*, art. 22.

negativa no solo perfila en detalle la responsabilidad y rol regulador del Estado, y su jerarquía institucional interna, sino también y principalmente una visión del orden social que depende del monopolio del poder en manos de dichas instituciones. De los rasgos específicos de este ideal de sociedad se ocupa el concepto de “*modus vivendi*” construido y desarrollado por John Gray.

#### **4.6. El “*modus vivendi*” como tránsito a la democracia deliberativa: ¿Cómo ejercer regulación estatal en los conflictos sociales en contextos digitales?**

El amplio recuento histórico-filosófico recién hecho, dio como resultado el contraste entre el fundamento liberal en la justificación del monopolio del poder estatal. Cabe ahora volver sobre el presente inmediato, es decir sobre el desarrollo y las implicaciones más recientes del imperante modelo político liberal del Estado en el contexto propio de la sociedad de la información y la comunicación, donde la proliferación de opiniones, suscitada por los medios digitales, obliga a preguntar: ¿Cómo se reconoce o no la autoridad reguladora del estado en el caso de que alguno de sus integrantes sienta limitados o violados sus derechos? En otras palabras, o en los términos con que arrancó la presente reflexión, la decisión judicial plasmada en la providencia SU-420 de 2019, en la cual se establece una primacía de la libertad de expresión en materia de discurso ofensivo en el ámbito de particulares en redes digitales, ¿acaso evidencia un exceso de autonomía otorgada a un sujeto particular, la cual en mayor medida le restaría méritos a la capacidad regulativa institucional? Según lo visto hasta aquí, el aporte de Gray con su concepto de “*modus vivendi*” permitiría responder esta pregunta con el fin de valorar qué tan afortunada resulta la decisión de la Corte Constitucional respecto a dicha sentencia y qué tan adecuado es el procedimiento de verificación que esta corporación propone para autorizar acciones de censura sobre algunos mensajes ofensivos entre particulares y que habrían circulado en redes digitales.

Según Gray, las dos corrientes del liberalismo comparten un objetivo en común, en procura de mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos, halla en las instituciones un elemento secundario del “proyecto liberal de régimen universal” (dejar hacer dejar pasar), lo cual hace de la tolerancia el valor capital; mientras que desde la perspectiva del “*proyecto liberal de la coexistencia pacífica*” la armonía social depende del reconocimiento del poder soberano de las instituciones que buscan “asegurar la paz”. Así, con esto último se

fortalecería y legitimaría el deber del Estado con relación al ejercicio de la soberanía de la nación, tal y como lo estipula el artículo 3° superior de la Constitución Política de Colombia: “La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece”<sup>347</sup>. o de modelos normativos regulatorios coercitivos entre los ciudadanos que pretenda la protección y la realización de todos los derechos fundamentales.

De modo que entre el “proyecto liberal régimen universal” y el de “coexistencia pacífica” hay una decidida preocupación por el cumplimiento de la ley, con lo cual se hace evidente el deber soberano del Estado, pero, en este caso, enfocado hacia el ejercicio de la libertad particular de los ciudadanos sobre la base de la tolerancia. Tal como Berlin mencionaba, la coincidencia entre los proyectos liberales “*régimen universal*” y “*liberalismo de la coexistencia pacífica*” consiste en que alguna porción de la vida humana debe permanecer libre de interferencias de cualquier tipo. De allí que Berlin lo ilustre metafóricamente así: “[...] invadir ese territorio, por muy pequeño que sea, sería despotismo”<sup>348</sup>.

El aspecto más polémico de ambas escuelas liberales sería el grado de incidencia del agente regulador, lo cual, para las circunstancias propias de la sociedad democrática del Siglo XXI, en que el medio privilegiado en que acontece el debate público, o sea donde circulan las opiniones, son los medios digitales de información, requieren establecerse con toda claridad. Justamente, por esto último, es que Gray considera que puede aportar una nueva teoría que permita reinterpretar el liberalismo. Dicha teoría se concentra en el concepto de “*modus vivendi*”, o modo de vida, el cual sería compatible con la propuesta de Balkin en cuanto a la “construcción de una sociedad democrática de libertad de expresión”, mediante la necesidad de la regulación estatal, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y la imperiosa necesidad de actualizar la noción de libertad en razón de la preponderancia del internet como medio indispensable para el intercambio de ideas.

De esta manera, para Gray, la diversidad en una sociedad equivale a suponer que existen “modos de vida divergentes” entre los integrantes de una comunidad y, en consecuencia, la implementación del principio de la tolerancia, el cual se impondría como

---

<sup>347</sup> República de Colombia, art. 3.

<sup>348</sup> Berlin, *Sobre la libertad y la igualdad*, 25.

inevitable. Así las cosas, podría suponerse que dicha pluralidad de ideas, opiniones y formas de ver la vida para las personas, en el contexto del internet y las redes digitales, pero en ausencia de regulación estatal, implicaría que el liberalismo extremo debería repensarse desde derechos individuales, principalmente el de libertad de expresión.

De este modo, para el caso que nos ocupa, y como se ilustró en el capítulo 3 mediante el análisis jurisprudencial del ejercicio del derecho a la libre expresión y la regla jurisprudencial fijada por la SU-420 de 2019 de *presunción de constitucionalidad* del discurso ofensivo entre particulares, se ve la importancia de reflexionar sobre qué tan acertada es la regla de derecho que dicha providencia plantea. Ahora, cabe volver sobre dicho análisis aplicando la propuesta interpretativa de Gray, cuyo elemento central es su concepción de lo social como un conjunto de modos de vida diversos pero convergentes en lo que denomina “*modus vivendi*”.

Por lo tanto y en perspectiva, con Gray se establece la necesidad de repensar los derechos humanos en general dado que allí reside la justificación última de la libertad y tolerancia como valores. Para tal fin, debería implementarse un “*modus vivendi*” que tenga por objeto la reinterpretación del liberalismo moderno proponiendo algo poco usual dentro del libre ámbito del ejercicio de la autonomía de la voluntad, esto es la regulación estatal que contribuya al fortalecimiento de un modo de vida más garantista y que proteja -desde la perspectiva más estricta- tanto la diversidad de los ciudadanos como su armónica convivencia. De esta manera, en la concepción de Gray, los derechos humanos no son verdades inmutables, sino principios cambiantes con relación al desarrollo de cada sociedad en específico. De este modo, el propósito de los derechos humanos no se agota en reasegurar el *modus vivendi* de los ciudadanos, sino que depende de factores tan específicos como los desarrollos de la técnica y la tecnología que exigen cierta actualización del soberano. De allí que Gray haga esta inusitada lectura de la historia de la filosofía del derecho: “El primer requisito para la protección de los derechos humanos es un estado moderno eficaz. Sin el poder de hacer cumplir la ley, no hay derechos, y cualquier tipo de vida confortable resulta imposible. Para la mayoría de la humanidad la peor amenaza a la libertad no proviene de un estado excesivamente poderoso, sino de la anarquía. En consecuencia de quien más tenemos que aprender no es de Rawls, ni de Hayek, ni siquiera de John Stuart Mil, sino de Hobbes”<sup>349</sup>.

---

<sup>349</sup> Gray, *Las Dos Caras Del Liberalismo*, 261.

Para Gray, los derechos humanos podrían ser comprendidos, en mi opinión, como una especie de encarnación de estándares mínimos de legitimidad política, por lo que considera que los derechos humanos no son armoniosos entre sí, lo cual es un hecho notorio para la doctrina, si se repara en la existencia de los *test de ponderación* entre derechos fundamentales de carácter jurisprudencial. De allí que dichos *tests* establezcan la metodología que debe utilizar un tribunal constitucional para resuelva disputas y tensión entre el derecho fundamentales, como libertad e igualdad, o más concretamente el de la libertad de expresión y el derecho a la dignidad humana.

Entonces, la principal forma de alcanzar armonía entre los derechos fundamentales, según Gray, la ofrece Hobbes con su sentencia: “donde no hay un poder común, no hay ley; donde no hay ley, no hay injusticia Las dos virtudes cardinales en la guerra son la fuerza y el engaño”<sup>350</sup>. Es decir, como afirma Manuel Atienza, el monopolio de la fuerza que representa el Estado se expresa jurídicamente mediante la ley, cuyo poder de coerción compromete la paz y autonomía del ciudadano. En palabras de Atienza: “El Derecho no es sólo razón, o argumentación: es también burocracia y, sobre todo, violencia institucionalizada, en dosis variables pero nunca despreciables; como decía Ihering, el Derecho sin fuerza es como el fuego que no quema, como una luz que no alumbra”<sup>351</sup>.

Del análisis efectuado por Gray a la reciente cita de Hobbes, destaca que “la justicia y los derechos son convenciones que, en última instancia, se apoyan en la fuerza. Se trata de una verdad que la última filosofía liberal ha considerado conveniente olvidar”<sup>352</sup>. Frente a esto, lo que resultaría valioso mencionar es que es el “*modus vivendi*” de Gray es una teoría nueva que plantea una reinterpretación del conservadurismo hobbesiano y se ofrece como una tercera alternativa entre el “proyecto liberal de régimen universal” y el de “coexistencia pacífica”, abordados en el apartado precedente. Esta teoría consiste en destacar el papel protagónico de la regulación estatal para lograr, a través del cumplimiento estricto de la ley, una garantía efectiva de derechos que tenga en cuenta la diversidad y multiculturalidad de todos los ciudadanos suscritos al contrato social.

---

<sup>350</sup> Gray, 261.

<sup>351</sup> Manuel Atienza, *Derecho y argumentación*, 1. ed, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, no. 6 (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997), 16.

<sup>352</sup> Gray, *Las Dos Caras Del Liberalismo*, 261.

En síntesis, el “*modus vivendi*” de Gray consiste en la propuesta regulatoria que conduciría a defender la intervención del estado en materia de discurso ofensivo entre particulares en redes digitales. Lo que sería absolutamente compatible con *la tesis populista de libertad de expresión* de Balkin, debido a que implicaría incluir valores y contenido axiológico de carácter sustantivo en el ejercicio de la libertad de expresión en Colombia. Lo cual le corresponde al regulador estatal que puede intervenir, en definitiva, ya fuera por la vía administrativa o la judicial, en disputas entre particulares en que haya algún grado de violencia de los discursos ofensivos en redes digitales en Colombia. De igual modo, esta teoría del *modus vivendi*, también sería conciliable con el concepto de democracia deliberativa en cuanto el aumento de la regulación que propone el *modus vivendi* mejoraría la calidad del debate deliberativo, comoquiera que se incrementaría la legitimidad de la opinión de la sociedad civil en materia de libertad de expresión, lo que no sería contradictorio –en lo absoluto– con la teoría populista de libertad de expresión de Balkin explicada recientemente en líneas anteriores.

Es por esta afirmación, que observo como fundamental referirme a que la implementación del *modus vivendi* contribuiría a transitar hacia una democracia más deliberativa, toda vez que bajo el hipotético escenario de implementación de controles más coercitivos y más repetitivos por parte de un Estado fuerte en las redes digitales, podría ayudar a reafirmar aquellos valores, derechos y principios que en la actualidad poco o nada se respetan en estos tiempos de repugnancia y prejuicio en redes digitales. Así las cosas, podría entonces desarrollarse en condiciones más apropiadas, la deliberación, lo cual le interesa también a la teoría de Balkin (populista de libertad de expresión). Por lo pronto solo sea de mencionar, que el concepto de democracia deliberativa se expondrá en el apartado siguiente a mayor profundidad.

#### **4.7. La regulación estatal en materia de libertad de expresión y el impacto en el autogobierno y la democracia deliberativa.**

Como se ha podido ver, las condiciones sociales propias del presente están determinadas por una tensión entre las amplias libertades en materia de opinión a que da lugar los medios digitales e informáticas y la naturaleza restrictiva de la ley cono

representante máxima de institución. En este contexto cabe ahora la pregunta: ¿Qué relación existe entre la libertad de expresión y el ejercicio real y concreto de la democracia?

Gracias a la aproximación teórica que ha guiado buena parte de esta reflexión, para enfrentar dicha pregunta contamos con los que Roberto Saba propone como metáfora de la sociedad intervenida por el agente regulador, a saber, una “asamblea de ciudadanos” caracterizada por la figura del moderador del debate que es encarnada por la autoridad en aras de mejorar la calidad de un debate indeterminado<sup>353</sup>. La principal ventaja que ofrece esta concepción de la sociedad es que actualiza el emblemático ideal democrático, ya no como abstracción de la participación ciudadana, sino como el escenario real de enfrentamiento de opiniones. Esta visión de la democracia es la que autores como Carlos Nino y Jürgen Habermas han sabido identificar como “democracia deliberativa”, contexto en el que el compromiso que implícita o explícitamente adquieren las personas con la opinión propia y ajena reconoce la necesidad del moderador para el beneficio general del debate. Contrario a lo que se podría suponer respecto a esta noción de sociedad, el moderador no obstaculiza el desarrollo del debate sino que lo optimiza e incrementa su calidad, con lo que la democracia se ejerce directamente: “La democracia directa debe ser obligatoria siempre que sea posible. Esta última incrementa la calidad epistémica de la democracia y colabora en lograr que la construcción histórica se aproxime a un ideal”<sup>354</sup>.

Con ello Saba y Nino convergen en las virtudes que expresa la autoridad moderadora para la satisfacción del ideal democrático de un grupo social como el de la “asamblea de ciudadanos”. Ahora bien, frente a la libertad de expresión entender el eventual conflicto ha que pueda dar lugar la opinión desde la perspectiva de una sociedad equivalente a la asamblea de ciudadanos obliga a comparar lo que Saba ilustra como “Hyde Park” –no hay control del contenido del debate, en términos del todo, el significado, ni el valor del mensaje<sup>355</sup> y el “*libre mercado de ideas*” –donde a pesar de que ya aparece un regulador, este carece de una investidura de poder que le permita encarnar al moderador del debate<sup>356</sup>. Esta última

---

<sup>353</sup> Saba et al., *Libertad de expresión*, 24.

<sup>354</sup> Carlos Santiago Nino, *La constitución de la democracia deliberativa* Carlos Santiago Nino., Gedisa (Barcelona, 1997), 235,

<https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat05358a&AN=crai.23399&site=eds-live>.

<sup>355</sup> Saba et al., *Libertad de expresión*, 23.

<sup>356</sup> Saba et al., 24.

alternativa describe con precisión el estado del arte actual de la jurisprudencia que entraña la sentencia que venimos analizando.

Como se mostró, la SU-420/2019 desarrolla su *test de relevancia constitucional* con el propósito de proteger la autonomía individual que podría estar en riesgo toda vez que un mensaje ofensivo entre particulares pone en consideración los derechos fundamentales involucrados. Además, cuando la Corte Constitucional siente la necesidad de someter el conflicto a otro recurso técnico, como lo es el *test de proporcionalidad en sentido estricto*, está reconociendo la complejidad jurídica que le es propia a la intervención estatal en la comunicación de los ciudadanos. Por ello es que Saba precisa que “la valoración de la autonomía como un elemento irrenunciable de su teoría política y la valoración de la democracia como el sistema de autodeterminación colectiva que preserva y supone esa autonomía. La tesis tradicional de la libertad de expresión no debería conspirar contra la posibilidad de que el individuo se desarrolle autónomamente en términos individuales y colectivos como consecuencia de una supuesta protección de la autonomía que resulte auto frustrante”<sup>357</sup>.

Desde la doctrina, la complejidad propia del ejercicio del derecho, en el ámbito de la comunicación, se evidencia una vez más la pugna ideológica entre una concepción de la sociedad orientada hacia la absoluta autonomía y máxima libertad (*Hyde Park*) y la moderada visión de la democracia en que su realización requiere necesariamente de la intervención de un moderador (*Asamblea de ciudadanos*). Así las cosas, lo que se viene criticando del desarrollo jurisprudencial en la SU-420/2019 es su tendencia hacia el metafórico escenario de *Hyde park*, pues no parece incorporar el poder interventor de la autoridad, incluso a pesar de los *test* que sensatamente implementa. Gracias al aporte teórico que trae implícita la noción de democracia deliberativa es que se propone identificar en dicha jurisprudencia una tímida intervención de las instituciones, lo cual, como hemos intentado mostrar con Saba y su metáfora de la “asamblea de ciudadanos”, podría dar lugar a un escenario de debate propio de las redes digitales, donde no esté contemplada la figura del moderador, que en este caso debería encarnar el Estado y sus instituciones. Es decir, en el actual contexto democrático, afín en forma y contenido a la democracia deliberativa, es una necesidad urgente el

---

<sup>357</sup> Saba et al., 40.

reconocimiento del Estado como garante de la calidad de la comunicación (es decir, como moderador), además de ser quien proteja los derechos de los asociados.

Así, la visión de la democrática propia de la “asamblea de ciudadanos”, tiene como presupuesto medular el ejercicio de un moderador que determine, por ejemplo, la duración de las intervenciones de los participantes del debate, sus temas, el uso adecuado de las palabras, todo lo cual se orienta hacia una comprometida búsqueda de la calidad del intercambio de ideas, como una finalidad imprescindible para la última instancia de administración social que es el Estado. Por lo tanto, lo que Saba propone con su modelo de la “asamblea de ciudadanos” sirve de apoyo a la crítica a la SU-420 de 2019.

Entonces, la exigencia de la presencia protagónica del Estado que se le hace a la providencia en cuestión pone de manifiesto, una vez más, el agudo contraste entre “*la tradicional concepción de la libertad de expresión*” y una perspectiva mucho más moderada al respecto identificada por Saba como “*teoría democrática de la libertad de expresión*”. En cuanto a la primera, al ser heredera del liberalismo socioeconómico —según el cual no se les exige a las instituciones alguna intervención—, partiría de supuestos como el de la productividad esencial de la dinámica económica o del respeto y la protección a la autonomía individual, por ejemplo, en cuanto al intercambio de ideas, que, como la misma tradición ha mostrado, pone en cuestión el derecho a la dignidad, al buen nombre y a la intimidad. Respecto a la segunda, su carácter moderado se destaca al exigirle a las instituciones una participación activa y concreta que regule la libertad y la autonomía, con lo cual, como se acaba de mostrar, se justifican los principios básicos de una noción de sociedad democrática deliberativa o, como la denomina Saba, “democrática de libertad de expresión”, cuyo énfasis en el elemento democrático y debido al contexto que regula —el del intercambio de ideas— concordaría tanto con la “asamblea de ciudadanos” como con la democracia deliberativa. Las divergencias entre ambas concepciones podrían resumirse en las siguientes palabras de Saba: “Mientras que la teoría tradicional de la libertad de expresión valora la autonomía de los participantes en el debate público democrático, pero no parece defender una posición robusta o demandante sobre la calidad del intercambio de ideas, la teoría democrática de la libertad de expresión concibe el proceso deliberativo previo a la decisión democrática como un proceso exigente en cuanto a las características de ese intercambio”<sup>358</sup>.

---

<sup>358</sup> Saba et al., 39.

Desde esta perspectiva, en que se sobrepone la teoría democrática de libertad de expresión a la visión liberal tradicional, la SU-420 de 2019 resulta problemática en cuanto a la intervención estatal. Por lo tanto, la crítica que se le viene haciendo a dicha providencia implica recordarle a la Corte la inoperancia de su decisión si se atiende a la determinante influencia que ejerce el internet en las dinámicas sociales, principalmente porque sobresale la necesidad de un agente regulador que medie en el intercambio de ideas en los medios electrónicos donde derechos fundamentales con mayor frecuencia se ponen en riesgo y amenaza. Así, pues, la ideología que motivaría el fallo contenido en dicha sentencia recibe su principal inspiración en la visión tradicional de la libertad de expresión, por lo cual se ha querido mostrar como esa decisión reconoce implícitamente la metáfora de *libre mercado de ideas* de Saba al reafirmar la *presunción de constitucionalidad* del discurso ofensivo *genérico*, así como también desconoce la responsabilidad del alto tribunal como moderador no sólo de los casos particulares que llegare a conocer, por ejemplo, a través de la acción de tutela, sino también en su obligación de fijar una jurisprudencia como regla formal de derecho nacional, pues recuérdese que la misma Corte Constitucional modificó el artículo 230 Superior: el cual originariamente establecía que “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”<sup>359</sup>. Sin embargo, en providencia C-836 de 2001 se declara a la jurisprudencia como fuente formal de derecho, dejando, pues, únicamente a la doctrina y a la costumbre como fuentes auxiliares<sup>360</sup>. Es aquí donde se percibe la reducida contundencia de la SU-420 de 2019 precisamente por su carácter de *unificación*, toda vez que integra una serie de fallos relativos a la libertad de expresión sin que deje determinado el rol coercitivo de las instituciones que desarrollan el Estado mediante su obligación, derecho y principio de soberanía.

De esta manera, es como resultaría valioso entender tanto el propósito, como también la consecuencia, de que la Corte Constitucional Colombiana fije una regla jurisprudencial a través de una Sentencia de Unificación (SU). Así las cosas, como propósito “La unificación busca garantizar el derecho de igualdad, en el sentido de que un fallo de tutela crea un

---

<sup>359</sup> República de Colombia, *Constitución Política de Colombia*, art. 230.

<sup>360</sup> Corte Constitucional de Colombia, «Sentencia C-836/01».

precedente y cobija a quienes no presentaron una acción, pero pasa por una situación similar”<sup>361</sup>.

De igual modo, como consecuencia, sobresale que “la Corte puede extender los efectos de sus decisiones a toda la comunidad que pueda verse igualmente afectada e interesada en la determinación, generando los denominados efectos *inter comunis* (*INTER PARES*) de los fallos de tutela, como excepción al efecto *inter partes*. Lo anterior en aras de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución y, particularmente, para garantizar el derecho a la igualdad de quienes no presentaron una acción de tutela, pero tienen similares condiciones a las de aquellos que sí lo hicieron y lograron una decisión en su favor. Tratándose de sentencias de unificación en materia de acciones de tutela, el precedente sentado por el alto tribunal constitucional constituye obligatoria observancia por los ciudadanos, servidores públicos y operadores judiciales, al punto que su desconocimiento da lugar a incurrir en desacato y en las demás sanciones previstas en el Decreto 2591 de 1992, en contra del agente o particular que obre en contravía del mandato constitucional”<sup>362</sup>.

Ahora bien, como se ha resaltado desde Saba, el alcance de la libertad de expresión se enmarca en el contexto de una visión de lo social propia de la democracia deliberativa en que la calidad de la participación de los asociados se destaca como valor fundamental. De esto ha dado buena cuenta la obra de Carlos Nino en cuanto sostiene que “algún grado de representación es necesario en la comunidad política dada la imposibilidad de la discusión cara a cara a nivel nacional, la complejidad de los asuntos políticos actuales y la necesidad de respetar la autonomía personal”<sup>363</sup>.

La autonomía personal que se sigue del ideal de libertad que comprende la sociedad democrática, para Nino presupone considerar que: “el respeto de la autonomía personal implica que una porción considerable del tiempo de las personas debe permanecer libre para que los ciudadanos puedan perseguir sus intereses individuales”<sup>364</sup>. *Prima facie*, esto podría

---

<sup>361</sup> Asuntos: Legales, «Las sentencias de unificación de tutela de la Corte Constitucional desde 1993», accedido 14 de octubre de 2023, <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/conozca-las-sentencias-de-unificacion-de-tutela-de-la-corte-constitucional-desde-1993-3011716>.

<sup>362</sup> Ámbito Jurídico, «Todas las sentencias de unificación de tutela de la Corte Constitucional (1993 - 2019)», Ámbito Jurídico, accedido 14 de octubre de 2023, <https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/constitucional-y-derechos-humanos/todas-las-sentencias-de-unificacion-de-tutela-de>.

<sup>363</sup> Nino, *La constitución de la democracia deliberativa* Carlos Santiago Nino., 205.

<sup>364</sup> Nino, 205.

suponer que Nino se ajusta a la tesis tradicional de libertad de expresión. No obstante, el jurista argentino se refiere principalmente a la deliberación en el marco del intercambio de ideas, considerando que “si la democracia es un sucedáneo de la discusión moral, la representación se constituiría en una delegación producida a fin de hacer posible la continuación de la discusión que los ciudadanos han comenzado”<sup>365</sup>. Así las cosas, Nino plantea las condiciones que debe darse en relación con la teoría democrática de libertad de expresión, pues una discusión de talante democrático entre los ciudadanos es el rasgo más característico de la sociedad entendida como democracia deliberativa en que la regulación estatal urge ser establecida desde su papel como moderador del conflicto social.

Justamente, la democracia deliberativa en estricto sentido trae implícitas unas reglas de juego de carácter constitucional que ofrecen a los ciudadanos derechos, deberes y obligaciones que requieren, desde cualquier punto de vista, regulación estatal. Como ilustra el contraste entre sociedad democrática de libertad de expresión y la visión tradicional de la libertad de expresión, el núcleo problemático que supone el intervencionismo estatal afecta necesariamente la restricción de las libertades individuales. De allí que no sea menos cierto que es gracias a esta regulación que debe subsistir al régimen democrático; por lo tanto, el hecho de que las libertades individuales sean controladas institucionalmente no desacredita el carácter democrático de la sociedad y el derecho a la libertad de expresión.

Ahora bien, Según Feenstra y Welp “la definición de modelos o tipos es un procedimiento clásico en la reflexión política”<sup>366</sup>. Teniendo en cuenta la anterior definición, desde el punto de vista de la concepción deliberativa de la democracia epistémica, la representación es vista como un mal. Este mal es, sin embargo, necesario dados el tamaño de las comunidades políticas modernas, la escasez del tiempo con que cuentan los ciudadanos para dedicarse a los asuntos públicos, y la complejidad de muchas decisiones. El modo más generoso de concebir a la representación bajo la visión epistémica de la democracia consistiría en entenderla como una delegación para poder continuar la deliberación que ha tenido lugar entre los ciudadanos antes de que los representantes hayan sido electos. La discusión debería continuarse sobre la base de las plataformas más aprobadas por los electores cuando eligieron a sus representantes<sup>367</sup>.

---

<sup>365</sup> Nino, 205.

<sup>366</sup> Feenstra y Welp, «Sobre demos, cracias y gogias. Reflexiones sobre las democracias», 588.

<sup>367</sup> Nino, *La constitución de la democracia deliberativa* Carlos Santiago Nino., 236.

Ahora bien, sobre esta valoración del modelo democrático, Saba se pregunta “¿es inevitable que la teoría de la libertad de expresión está condicionada y controlada por la teoría de la democracia? ¿Podrían separarse los dos objetivos: el de que seamos libres de expresarnos y el de que nuestra deliberación democrática sea robusta?”<sup>368</sup>.

Desde mi perspectiva, el punto relevante para enfrentar esos interrogantes es concebir a la democracia como un presupuesto de la deliberación, pero no solo como un supuesto del sistema de autogobierno, sino sustancialmente bajo la concepción de que para su ejercicio se requiere que el intercambio de ideas, argumentos e información sea genuino, tengan lugar la mayor cantidad de ideas, datos y perspectivas posibles. En los términos de Saba: “Desde esta visión normativa de democracia como deliberación, la libertad de expresión no solo es un presupuesto del sistema de autogobierno, sino que su ejercicio está caracterizado por la necesidad de que tenga lugar un genuino intercambio de razones y de información y de que, además, surja en el proceso deliberativo la mayor cantidad de ideas, datos y perspectivas posibles. Las consecuencias de adoptar una versión débil o fuerte, o más o menos exigente, de la relación entre democracia y libertad de expresión, son enormes en cuanto a las políticas concretas que se derivan de ellas”<sup>369</sup>.

Así, pues, al poner todo el interés en las condiciones del debate y la participación de los ciudadanos la democracia deliberativa muestra mayores ventajas respecto a la participativa, pues, como se acaba de destacar, concibe al Estado como una proyección real de la sociedad en cuanto relación comunicativa. Con ello la institucionalidad que integra el Estado adquiere mayor funcionalidad social y se muestra idónea para su eventual intervención en circunstancias donde el intercambio de ideas ponga en riesgo las libertades individuales y el paradigmático derecho de la libertad de expresión.

#### 4.8. Conclusión

En concordancia con la democracia deliberativa, el fenómeno de la *comunicación violenta*, tan recurrente en los medios digitales, evidenciaría la necesidad, valga aclarar, no de una modulación de la libertad de expresión, la cual podría ser en doble vía, es decir más o menos restrictiva o más o menos permisiva. La idea es limitar tajantemente a la libertad de

---

<sup>368</sup> Saba et al., *Libertad de expresión*, 41.

<sup>369</sup> Saba et al., 44.

expresión en estos casos de *comunicación violenta* en redes digitales bajo el entendido que la Corte debe eliminar la *presunción de constitucionalidad* del discurso ofensivo como regla formal de derecho y de precedente judicial obligatorio de la Corte Constitucional. De lo contrario, el Estado implícita o explícitamente, se haría a un lado –como es propio que ocurra bajo el ideal del liberalismo radical– por comulgar con un utópico ideal de libertad que la abundante jurisprudencia al respecto se ha mostrado como inoperante y, por lo tanto, prácticamente proscrita, tal como se expuso en la “línea jurisprudencial A”, del capítulo 3 de esta tesis de grado. Entonces, bajo la influencia del internet y las redes digitales, la concepción ilustrada por Saba con la metáfora del *Hyde park*, según la cual la libertad de expresión protege la no censura de la *comunicación violenta* en internet, se ofrece como objetivo privilegiado de crítica para la presente investigación que se ha venido decantando hacia el modelo regulativo de las libertades. En dicho modelo la autoridad máxima no puede ser otra que el Estado y sus instituciones, como lo justifica la teoría de la democracia deliberativa y el escenario propuesto por Saba con la metáfora “asamblea de ciudadanos” que a continuación se aborda.

Las dudas que ha despertado la *presunción de constitucionalidad* del discurso ofensivo entre particulares como supuesto de la sentencia SU-420/19 –y de las providencias T-403/1992, T-437/2004, SU-615/2016–, que por cierto reconocen expresamente la influencia de la metáfora del *libre mercado de ideas* de Saba como fuente doctrinal –como se explicó páginas atrás, en el capítulo 3–, revelarían la necesidad de replantear un nuevo contexto jurídico en el cual debería ser mucho más protagónico el papel regulador del Estado.

Aquí es donde resulta conveniente otro aporte de Jack Balkin gracias a que con su modelo “*populista de libertad de expresión*”, y a la luz de la teoría de John Gray que percibe la sociedad como un “*modus vivendi*” o una forma de vida en bienestar, sobresale una participación mucho más activa y robusta del Estado que garantice las condiciones de bienestar que deben permear incluso los términos en que se desarrolla el intercambio de ideas, en ámbitos tan puntuales como el internet y que no desatienden supuestos del modelo democrático que protege la libertad de expresión. Precisamente, con el propósito de que las instituciones estatales desarrollen sus deberes de salvaguarda de los derechos fundamentales, termina por completar la tesis de una sociedad regulada la metáfora de Saba “*asamblea de ciudadanos*”, pues con esto se concibe al Estado como un regulador de dicha *asamblea* toda

vez que su rasgo más significativo sería el permanente debate, como viene ocurriendo a partir del creciente posicionamiento del internet, las redes digitales y el inevitable conflicto ciudadano que esto supone.

Lo que en síntesis significaría, que para el caso del estado colombiano la posibilidad de crear fuentes formales de derecho vinculantes a la *comunicación violenta* en internet podría realizarse mediante sentencias judiciales, actos administrativos o leyes, que implemente la censura y conduzca a calificar como inconstitucional del discurso ofensivo entre particulares en redes digitales. El precedente de la SU-420/19 (cuya mayor inspiración en el *libre mercado de ideas*) hace de la autonomía individual una condición abstracta y, en consecuencia, la libertad de expresión aparece ilimitada, casi anárquica, y sin posibilidades de ser debatida desde las distintas ramas del poder.

Entonces, desde la perspectiva que se viene defendiendo, es evidente la imperiosa necesidad de modificar la incertidumbre en que dicha providencia deja al Estado y sus instituciones. Así, el problema de la ilimitada autonomía no parecería viable de enfrentar de manera autocompositiva, --tal como aquel principio consagrado en el Estatuto de Conciliación--<sup>370</sup> para los litigantes mediante los mecanismos alternativos de solución de conflictos (arreglo directo, transacción, conciliación, mediación, etc.). De modo que la solución podría ingresar al derecho local, bien sea mediante algún tratado internacional a ser suscrito por Colombia, o por el poder legislativo, ejecutivo o judicial. De allí que la modificación de la regla de derecho formal vigente (SU-420/19), en cuanto a su alcance normativo, repercutiría de forma novedosa sobre la incertidumbre jurídica que dicha norma suscita en términos de libertad y autonomía. En contraposición, el intervencionismo estatal se hace patente y legítimo --en instancias prejudiciales, judiciales o extrajudiciales-- porque, según Saba: “La mayor o menor demanda de lo que se espera del ejercicio de la libertad de expresión es fundamental sobre todo en un aspecto de crucial relevancia: el nivel de

---

<sup>370</sup> Artículo 4. *Principios*. La conciliación se guiará, entre otros, por los siguientes principios: 1. Autocomposición. Son las propias partes confrontadas las que resuelven su conflicto, desavenencias o diferencias en ejercicio de la autonomía de la voluntad, asistidos por un tercero neutral e imparcial que promueve y facilita el diálogo y la búsqueda de soluciones al conflicto y negociación entre ellas y que puede proponer fórmulas de solución que las partes pueden o no aceptar según su voluntad. Los interesados gozan de la facultad de definir el centro de conciliación donde se llevará a cabo la conciliación, elegir el conciliador. Congreso de la República de Colombia, «Ley 2220 de 2022», *Diario Oficial No. 52.081 de 30 de junio de 2022*, 30 de junio de 2022, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=188766>.

interferencia estatal con la autonomía para lograr la libertad individual y el autogobierno. Esta interferencia estatal respecto de las acciones y decisiones de los individuos involucrados en el debate público podrá adquirir la forma de una regulación administrativa o legislativa, o también de una sentencia judicial”<sup>371</sup>.

Ahora bien, en mi opinión, para comprender el impacto real que tienen el internet y las redes digitales en el ejercicio legítimo del derecho fundamental a la libertad de expresión y en el contexto de la democracia, vale considerar el presente trabajo como una crítica al concepto de libertad de expresión. En consecuencia, como se viene desarrollando aquí, esta crítica reconceptualiza tanto el ideal de libertad que defiende la providencia SU-420/19, como la noción que supone de democracia. Por lo tanto, no parece suficiente una definición de sociedad democrática como la de tendencia liberal, ni siquiera la deliberativa de Nino, sino que se presenta como necesaria una actualización del concepto de cultura como la que propone Balkin mediante lo que denomina “cultura democrática de libertad de expresión”. Esto se refiere a la primacía axiológica en el desarrollo normativo referente a la vulneración o violación de derechos fundamentales como los que están en la base de los conflictos que suceden entre particulares en redes digitales. Con lo cual también sobresale la relevancia de una noción de sociedad de bienestar que supone el *modus vivendi* de Gray, en la cual los valores deberían abarcar el conjunto de la cotidianidad precisamente porque su ideal máximo es un valor: el bienestar. Así las cosas, Saba al referirse a Balkin comenta que este último: “(...) propone una nueva centralidad para un concepto alternativo de cultura democrática que permean nuestra vida cotidiana y según el cual la participación en esa democracia no se circunscribe a la relación con sus representantes, sino su contribución e incorporación a la cultura”<sup>372</sup>.

Aquí el concepto de cultura bebe de la amplia tradición germano-europea, como lo muestra la asociación que Saba plantea del desarrollo social continua y directamente influenciado y determinado institucionalmente. Como precisa Gadamer respecto al valor sociológico del buen gusto, la “formación cultural” o *Bildung* es la meta social que consagran las instituciones (no solo estatales) al promover entre sus dependientes valores que permitan el “discernimiento espiritual”, o la selección voluntaria, en la toma de decisiones, con lo cual

---

<sup>371</sup> Saba et al., *Libertad de expresión*, 44.

<sup>372</sup> Saba et al., 47.

aparece definido de una vez y para siempre el “hombre culto (el discreto)”<sup>373</sup>. De modo que el aporte de Balkin para la crítica que se viene planteando a la desmedida libertad de expresión consiste en identificar el trasfondo valorativo o axiológico que supone la ley o su modificación institucional, lo cual, además, influye en el conjunto de la noción de democracia. En suma, estos elementos constituyen “la construcción de una sociedad democrática de libertad de expresión” con la que esta investigación encuentra profunda identidad al momento de considerar la sentencia SU-420/19.

Finalmente, y en términos de lo abordado en este capítulo, considero se debe plantear la reflexión a la comunidad jurídica nacional, en cuanto a la importancia de abandonar el modelo de *libre mercado de ideas*, fijado como regla jurisprudencial por la SU-420 de 2019. De modo que, para enfrentar el fenómeno de la *comunicación violenta* en internet resulta fundamental observar al conjunto de lo social, tal y como aparece caracterizado en el preámbulo de la Constitución de 1991. Entonces, es evidente la pertinencia de una revisión del análisis constitucional (*ratio decidendi*) del discurso ofensivo entre particulares, hecho en la providencia en cuestión, sin desconocer la determinante influencia de los valores morales y sociales, tanto de los ciudadanos como de los legisladores, que es el punto que se ha destacado aquí desde Saba y Balkin.

## 5. CONCLUSIÓN

Como conclusión de esta investigación, sobreviene la sugerencia que la Corte Constitucional modifique la regla jurisprudencial a través de otra sentencia consolidadora de línea jurisprudencial, que también contenga la característica de ser una sentencia dominante. Pues la regla fijada que rige en la actualidad, fruto de las providencias SU-420/19, T-361/19, T-179/2019, T-102/19, SU-626/15, C- 422/11 y T-391/07 establece la primacía del discurso ofensivo sobre otros derechos constitucionales (o *presunción de constitucionalidad*), tales como honra, intimidad y el buen nombre del particular agraviado. Los cuales, en definitiva, son verdaderamente amenazados o vulnerados mediante mensajes contentivos de discursos ofensivos de media o leve intensidad en redes digitales.

---

<sup>373</sup> Hans-Georg Gadamer et al., *Verdad y método*, 13. Aufl, Hermeneia 7 (Salamanca: Ediciones Sígueme, 2012), 67.

Para tal fin, cabe recordar la tesis de la que se partió en la introducción de este trabajo: demostrar que existen deficiencias, tanto de forma como de fondo, en la regla jurisprudencial reafirmada por la SU-420/2019 que terminaría por ratificar la interpretación constitucional más laxa posible, en cuanto al régimen de *libre mercado de ideas*, con la correspondiente *presunción de constitucionalidad* del discurso ofensivo entre particulares en redes sociales.

Para justificar esta tesis, el método análisis-síntesis permitió significativos hallazgos. En cuanto al recurso sintético, las particularidades de la regla jurisprudencial en cuestión se hacen evidentes, toda vez que integran la fuente de derecho vigente e imperante en la materia, la cual no solo impacta la noción amplia de democracia y del modo de vida de los ciudadanos (*modus vivendi*), sino que también demuestra la existente dicotomía a la que se enfrenta la Corte Constitucional de cara a: i) quien (*emisor*) ejerce el derecho fundamental de libertad de expresión en materia de discurso (ofensivo o no); y ii) quien (*receptor*) fuera eventualmente afectado por el uso del discurso que haga el emisor en el escenario de las redes digitales.

De allí que, en cuanto al aporte que suministró el método analítico, al momento de definir en sede jurisdiccional la relevancia constitucional de un discurso ofensivo en específico, se observa un exagerado margen de libertad de expresión, lo que supone para los magistrados enfrentar el problema en términos de ponderación respecto a otras libertades individuales y sus correspondientes derechos fundamentales, lo que, ulteriormente, impactaría en el precedente que, en consecuencia, se modificaría, al tenor del artículo 230 superior y su reinterpretación en C-836/01, y que es en definitiva, la regla de derecho que opera como fuente formal en materia de discurso ofensivo entre particulares en redes digitales.

En síntesis, en el primer capítulo se presentaron conjuntamente las diferencias y semejanzas entre el discurso *ofensivo genérico* y el discurso de *odio específico*. De esta forma fueron evidentes las semejanzas entre dichos discursos porque derivan efectos contra la dignidad humana, toda vez que emociones como el asco y la repugnancia operan como móviles determinantes para que un particular cualquiera, en ejercicio de su libertad de expresión, emita un discurso ofensivo o de odio que hiera la dignidad de su receptor.

Entonces, esto constituye un argumento según el cual no solo el discurso de odio *específico* sino también el discurso ofensivo *genérico* debería considerarse abiertamente

inconstitucional, siempre y cuando se acepte la concepción social que desde la filosofía del derecho de Gray supone el *modus vivendi*, en cuanto a la necesidad de rescatar algún nivel de intervención institucional, o de censura, respecto al fenómeno de la comunicación violenta. Sin embargo, otro es el tratamiento que le viene dando la Corte al discurso ofensivo, tal y como queda unificado en la providencia SU-420 de 2019. Es decir, como se argumentó en el Capítulo 1, he señalado cómo el discurso de odio sí es automáticamente calificado por la alta corporación como inconstitucional, pero, a su vez, la Corte ha tenido discusiones y sentencias encontradas de cara a la interpretación constitucional del artículo 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y en tanto a la aplicabilidad del artículo 20 de la Constitución Política Colombiana; en cuanto a lo que respecta a la censura o inconstitucionalidad del discurso ofensivo, estableciendo como presuntamente constitucional al discurso ofensivo entre particulares en redes digitales.

De igual modo, a través del aporte que brindan Ospina F. y Ospina A., en el segundo capítulo de este trabajo el fenómeno de la *comunicación violenta* en internet se ha presentado como una suerte de teoría del acto jurídico unilateral del discurso ofensivo *genérico*, o discurso de odio *específico*, que permite ampliar el espectro de análisis de los efectos jurídicos en materia constitucional. Además, esto permitió definir al discurso ofensivo entre particulares en redes digitales como el producto de un mismo acto jurídico, unilateral y unipersonal, que puede ser *genérico* (ofensivo) o *específico* (de odio) y que, por lo tanto, obliga a considerar críticamente el ideal social, jurídico y político —del que parece partir la providencia en cuestión— de que cualquier opinión se encuentra amparada por el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión por parte de cualquier ciudadano. Asimismo, se han presentado conjuntamente la definición, y el alcance del fenómeno de la *comunicación violenta* en internet. Esto ha permitido analizar la naturaleza jurídica del fenómeno en mención como un hecho jurídico a la luz de la doctrina civilista. Así, se propone que dicha *comunicación violenta* se encuentra integrada por dos clases de discursos (i) el discurso ofensivo *genérico* como un *acto jurídico unilateral* porque cumpliría con los criterios taxativos del artículo 1502 del Código Civil. (ii) El discurso de odio *específico* como un *delito* al tenor del artículo 1494 del mencionado estatuto. Los efectos de estos discursos es el mismo, a pesar de que podrían contener diferentes cargas o grados de violencia. Dichos efectos podrían configurarse en lo contemplado por el legislador en el artículo 2341 del

Código civil, esto es la teoría del daño antijurídico y su correspondiente deber de reparación patrimonial. Todo lo anterior, obliga a considerar críticamente el ideal social, jurídico y político de que cualquier opinión se encuentra amparada por el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión por parte de cualquier ciudadano. Es decir que la teoría del acto jurídico del discurso ofensivo genérico y la teoría delictual de discurso de odio *específico* entre particulares resultó útil, relevante y conducente para criticar el criterio interpretativo empleado por la Corte en la sentencia materia de análisis. Con lo cual la presente propuesta reafirma y destaca los derechos fundamentales a la honra, intimidad, buen nombre y al concepto de la dignidad humana en cuanto a las vulneraciones a los que se ven expuestos estos últimos por el discurso ofensivo entre particulares en redes digitales.

Así, la metáfora que privilegió esta etapa del análisis fue el *libre mercado de ideas*. En este análisis se demostró que es el fundamento ideológico de la decisión de la Corte en la SU-420 de 2019. Tal como se mencionó, la *presunción de constitucionalidad* del discurso ofensivo entre particulares en redes digitales es una presunción que para ser desvirtuada debe superar taxativamente cada uno de los presupuestos metodológicos del *test de relevancia constitucional* y del *test estricto de proporcionalidad*, lo anterior, para lograr que un discurso ofensivo entre particulares logre ser censurado, lo que configuraría desde un punto de vista casi absolutista, la primacía de la libertad de expresión en materia de discurso ofensivo para el emisor de un discurso. En detrimento del receptor lesionado en su honra, intimidad y buen nombre.

De esta forma, la reafirmación de la regla jurisprudencial de la *presunción de constitucionalidad* del discurso ofensivo entre particulares por parte de la Corte Constitucional, implica en términos casuísticos la creación de una regla de derecho formal de carácter jurisprudencial, lo que implica según la providencia C-836 de 2001 una fuente principal de derecho por tratarse de una sentencia de unificación. Así las cosas, resulta lógico concluir que la Corte en la providencia SU-420 de 2019 se circunscribe al modelo de *libre mercado de ideas* de libertad de expresión, y esta es justamente, la crítica que plantea este trabajo de investigación. Toda vez que el modelo de *libre mercado de ideas* es un modelo que no tiene en cuenta el impacto del internet y las redes digitales en la libertad de expresión. Por eso es que presento a modo de sugerencia, que la Corte Cambie su jurisprudencia y actúe no solo como moderador del debate *casuístico* sino también como regulador. Lo anterior,

teniendo en cuenta que la regulación también podría implementarse a través de las sentencias judiciales.

De igual modo, en este capítulo, en uso de la teoría del análisis dinámico, siguiendo la teoría de López Medina, y de conformidad con las gráficas expuestas, se puso en evidencia como la *presunción de constitucionalidad* del discurso ofensivo ha sido controversial y poco pacífico al interior de la Corte Constitucional Colombiana. Creando así una línea jurisprudencial poco uniforme o con orillas completamente diferentes. De esta forma, ante la ausencia de uniformidad de las providencias, se expusieron dos líneas jurisprudenciales que encuentran como punto de partida a la providencia T-391/07. Estas líneas jurisprudenciales entrevieron los escenarios constitucionales (de constitucionalidad o de inconstitucionalidad) en los que se enmarca el debate en la actualidad al interior del cuerpo colegiado.

Dicho esto, en el capítulo 4, se presentaron las metáforas de libertad de expresión de Roberto Saba, y las teorías de libertad de expresión que hasta el siglo XX se habían venido desarrollando. De este modo, la teoría tradicional de libertad de expresión, por una parte, la extrae Saba de Robert Post, haciendo énfasis en el carácter irrestricto de la autonomía individual y colectiva<sup>374</sup> donde los interlocutores compiten entre sí por incidir en la mente de las personas desde el punto de vista de la idea mercantilista, rasgo que Saba quiere ilustrar mediante las metáforas del *Hyde park* y del *libre mercado de ideas*. Por otra parte, la teoría democrática de la libertad de expresión se fundamenta en la regulación estatal, tal como la han defendido Meiklejohn, Fiss y Sunstein<sup>375</sup> resaltando como imperativa la calidad de la comunicación y el grado de justificación como criterios reguladores del sistema democrático, tal y como son presentados por Saba a través de la metáfora de la *asamblea de ciudadanos*.

Como quiera, el Capítulo 4 presenta el paradigma que existe detrás de los modelos de libertad de expresión. Por una parte, se presenta la autonomía personal como un presupuesto sólido que niega casi por completo la censura de cualquier discurso, incluso en discurso ofensivo entre particulares entre la que destaca la escuela tradicional de libertad de expresión. Y, por otra parte, se presenta una primera propuesta de regulación como sería la tesis democrática de libertad de expresión. Esta última, busca optimizar la calidad del intercambio de ideas, en términos de: pautas de conducta, tiempos de intervención, y un moderador.

---

<sup>374</sup> Saba et al., *Libertad de expresión*, 39.

<sup>375</sup> Saba et al., 40.

Sin embargo, el debate doctrinal que aquí se presenta, surge a mitades del Siglo XX, perdiéndose el boom del internet y dejando un vacío en materia de propuestas de libertad de expresión. No obstante, y para solventar esta problemática, se presenta la tesis populista de libertad de expresión de Jack Balkin, la cual aparece como un nuevo recurso dogmático que propondría dentro del marco de la democracia deliberativa, la construcción de una cultura democrática de libertad de expresión, en la cual, la implementación de valores y reglas de conducta permearían la cultura del conglomerado y eliminarían las expresiones indecorosas, el discurso soez e irrespetuoso, como sería el caso del discurso ofensivo entre particulares en redes digitales. Asimismo, desde la filosofía política liberal más contemporánea y siguiendo a John Gray, se aborda en este capítulo el mencionado paradigma entre autonomía *versus* regulación que se asimila entre las escuelas liberales contemporáneas y se exponen sus divergencias. De este modo, para la corriente “*proyecto liberal Régimen Universal*”, la consolidación de derechos fundamentales a través de las instituciones públicas se lograría a través del valor “tolerancia”, pero en un ambiente de “dejar hacer, y dejar pasar”, mientras que para la corriente “*liberalismo coexistencia pacífica*”, la regulación es imperativa para lograr la búsqueda de la paz a través de un consenso racional, lo que implicaría entonces la búsqueda de la “igualdad” a través de un marco normativo más robusto, que le permita a la instituciones proteger todos los derechos fundamentales de los integrantes del conglomerado social.

Pues bien, en este punto, John Gray propone una alternativa en materia de filosofía política liberal, y esto es la implementación de su teoría del “modus vivendi” o modo de vida. La cual podría perfectamente ser congruente con una propuesta regulatoria en materia de libertad de expresión. Respecto a esta última teoría de Gray, sea de mencionar que este último encuentra la iniciativa reguladora, en una reinterpretación de estirpe Hobbesiana. Coincidentemente, el componente intencionado de Balkin que orienta hacia la “*construcción de una cultura democrática de libertad de expresión*”, y el “*modus vivendi*” de Gray como propuesta regulatoria, configuran el debate actual en materia de libertad de expresión; lo que querría decir que, al parecer, no existe una instancia conciliadora entre autonomía de los particulares y regulación estatal. Por lo tanto, Gray establece la necesidad de repensar los derechos humanos. Para tal fin, debería implementarse un “*modus vivendi*” o modo de vida, el cual tiene por objeto, en síntesis, la reinterpretación del liberalismo moderno proponiendo

algo poco usual dentro del libre ámbito del ejercicio de la autonomía de la voluntad, y esto es, la regulación estatal que contribuya al fortalecimiento de un modo de vida más garantista, que proteja -desde la perspectiva más estricta- la diversidad de los ciudadanos. De esta manera, en la concepción de Gray, los derechos humanos no son verdades inmutables, sino que son cambiantes. Y de este modo, el propósito de los derechos humanos es reasegurar el *modus vivendi* o el modo de vida de los ciudadanos.

Empero, Roberto Saba plantea que la cuestión no debería presentarse como una contradicción entre regulación y autonomía, sino que tipo de regulación favorece la autonomía y el autogobierno y que tipo de regulación los impide<sup>376</sup>. Así las cosas, como se ha mencionado la sentencia SU-420 de 2019 de la Corte Constitucional de Colombia, es una providencia que se ajustaría a la orilla de la autonomía personal. El modelo de *libre mercado de ideas* de libertad de expresión es el modelo que se observa ha sido adoptado a través de susodicha sentencia de unificación. Tal como se mencionó en el capítulo III de este trabajo, la *presunción de constitucionalidad* del discurso ofensivo entre particulares en redes digitales es una presunción que para ser desvirtuada debe superar el *test de relevancia constitucional* y el *test estricto de proporcionalidad*, para que un discurso ofensivo entre particulares pueda ser censurado, lo que configuraría desde un punto de vista casi absolutista, la primacía de la libertad de expresión en materia de discurso ofensivo.

Sin embargo, las tesis que abogan por la regulación, tal como sería por ejemplo la tesis de Balkin “populista de libertad de expresión” plantean fundamentos interesantes con base en la búsqueda de un orden social, lo que implicaría la implementación de la figura robusta de un regulador en materia de libertad de expresión, quien controlaría los tiempos y los temas sujetos a debate, lo que sería más útil para una sociedad democrática. Y que en definitiva censuraría cualquier clase de discurso ofensivo entre particulares en redes sociales.

De este modo, y bajo la problemática previamente mencionada, el modelo populista o progresista de libertad de expresión sería la alternativa a implementar que más convendría al ordenamiento jurídico colombiano, y en general a los sistemas políticos constitucionales del mundo. Así es, porque propone la construcción de una cultura democrática de libertad de expresión a través de la intervención estatal a modo de regulación. Esto con la finalidad superior de lograr la construcción de una cultura democrática. Pues bien, a estas alturas de la

---

<sup>376</sup> Saba et al., 45.

exposición es momento de destacar cuál sería el modelo social más idóneo en beneficio del debate social y porque el Estado en representación de las instituciones constitucionales debería considerar por encima de cualquier otro.

Finalmente, por los motivos previamente expuestos, y en atención a la literatura científica imperante en materia de discurso ofensivo *genérico* entre particulares en redes sociales, se quiso presentar una crítica a la providencia SU-420 de 2019 de la Corte Constitucional desde la óptica contenida en las síntesis de las teorías de Balkin y Gray expuestas en los capítulos anteriores. Argumentando de este modo, que dicha regla jurisprudencial (por medio de la cual se establece la “*presunción de constitucionalidad*” del discurso ofensivo entre particulares en redes sociales) es a todas luces incompatible con dichas propuestas políticas-filosóficas.

Entre otras cosas, destaca la importancia de abandonar el modelo de *libre mercado de ideas*, para que en aplicación de los principios introducidos por el fenómeno del internet y las redes digitales de *realidad* y *notoriedad*, y en desarrollo de los valores establecidos en el preámbulo de la Constitución, la Corte se adentre en el terreno de las nuevas discusiones doctrinales, las cuales, según Roberto Saba, plantean un riesgo producto del exceso de autonomía otorgado a los particulares, y que en definitiva, llaman la atención de considerar más seriamente a la regulación estatal, como una alternativa en cuanto a la protección de los derechos de los particulares afectados por el discurso ofensivo en redes digitales, y en tanto a proteger la democracia deliberativa en Colombia.

Por lo mismo, es que considero imperativo levantar la voz, y sugerirle al cuerpo colegiado, que, en una sentencia de unificación posterior, modifique la regla jurisprudencial con el objeto de declarar como automáticamente inconstitucional, o al menos, que se siga declarando como presuntamente inconstitucional al discurso ofensivo entre particulares, en Colombia. Lo cual sería pertinente, pues permitiría que la jurisprudencia constitucional en la materia se encamine como fuente de derecho a la construcción de una sociedad que implemente un “*modus vivendi*” democrático de libertad de expresión en la revolución web. Y frente a lo cual también, desde el punto de vista axiológico, podría suponer el inicio de la implementación de valores que desde la intervención estatal e institucional (incluso, de la mano de test, cuando así lo amerite, implementando algún grado de censura) supongan una herramienta de erradicación del discurso ofensivo entre particulares en redes digitales y

contribuir así a la construcción de una “cultura democrática de libertad de expresión” tal y como lo plantea Jack Balkin.

## REFERENCIAS

- Alcácer Guirao, Rafael. «Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia. Incongruencias valorativas en la jurisprudencia del TEDH». *Revista española de derecho constitucional* 33, n.º 97 (2013): 309-41.
- Allport, Gordon W. *La naturaleza del prejuicio*. Eudeba, 1977.
- Ámbito Jurídico. «Todas las sentencias de unificación de tutela de la Corte Constitucional (1993 - 2019)». Ámbito Jurídico. Consultado 14 de octubre de 2023. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/constitucional-y-derechos-humanos/todas-las-sentencias-de-unificacion-de-tutela-de>.
- Anderson, Elizabeth S. «What Is the Point of Equality?» *Ethics* 109, n.º 2 (enero de 1999): 287-337. <https://doi.org/10.1086/233897>.
- Asuntos: Legales. «Las sentencias de unificación de tutela de la Corte Constitucional desde 1993». Consultado 14 de octubre de 2023. <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/conozca-las-sentencias-de-unificacion-de-tutela-de-la-corte-constitucional-desde-1993-3011716>.
- Atienza, Manuel. *Derecho y argumentación*. 1. ed. Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, no. 6. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.
- Balkin, Jack M. «Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society». SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY, 3 de diciembre de 2003. <https://doi.org/10.2139/ssrn.470842>.
- Berlin, Isaiah. *Sobre la libertad y la igualdad*. Barcelona, España: Página Indómita, 2022. <https://www.paginaindomita.com/sobre-la-libertad-y-la-igualdad/>.
- Bilbao Ubillos, Juan María. «La negación del holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión». *Revista de derecho político*, n.º 71 (2008): 19-56.
- Capriotti, Paul, y Virginia Silva Pintos. «Entrevista a Carlos A. Scolari: “Desde hace un siglo la comunicación trata infructuosamente de construir algo coherente”». *InMediaciones de la Comunicación* 15, n.º 1 (11 de junio de 2020): 203-15. <https://doi.org/10.18861/ic.2020.15.1.2964>.
- Congreso de la República de Colombia. «Ley 1480 de 2011». *Diario Oficial* 48220, 12 de octubre de 2011. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=44306>.
- . «Ley 2220 de 2022». *Diario Oficial No. 52.081 de 30 de junio de 2022*, 30 de junio de 2022. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=188766>.
- Córdoba Angulo, Miguel. *Lecciones de derecho penal, parte especial*. 2. ed. Delitos Contra la Integridad Moral. Bogotá: Univ. Externado de Colombia, Dep. de Derecho Penal y Criminología, 2011.
- Corte Constitucional de Colombia. «Sentencia C-621/15». *M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub*, 30 de septiembre de 2015. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-621-15.htm>.
- . «Sentencia C-836/01». *M.P. Rodrigo Escobar Gil*, 9 de agosto de 2001. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>.
- . «Sentencia SU-1300/01». *M.P. Marco Gerado Monroy Cabra*, 6 de diciembre de 2001. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/SU1300-01.htm>.

- . «Sentencia T-179/19». *M.P. Alejandro Linares Cantillo*, 7 de mayo de 2019.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-179-19.htm>.
- . «Sentencia T-281A/16». *M.P. Luis Ernesto Vargas Silva*, 27 de mayo de 2016.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2016/T-281A-16.htm>.
- . «Sentencia C-442/11». *M.P. Humberto Antonio Sierra Porto*, 25 de mayo de 2011.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-442-11.htm>.
- . «Sentencia C-521/98». *M.P. Antonio Barrera Carbonell*, 23 de septiembre de 1998.  
[https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-521-98.htm#\\_ftn1](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-521-98.htm#_ftn1).
- . «Sentencia C-836/01». *M.P. Rodrigo Escobar Gil*, 9 de agosto de 2023.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>.
- . «Sentencia SU-047/99». *M.P. Carlos Gaviria Díaz- Alejandro Martínez Caballero*, 29 de enero de 1997. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/su047-99.htm>.
- . «Sentencia SU-355/19». *M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez*, 6 de agosto de 2019.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU355-19.htm>.
- . «Sentencia SU-420/19». *M.P. Jose Fernando Reyes Cuartas*, 12 de septiembre de 2019.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU420-19.htm>.
- . «Sentencia SU-626/15». *M.P. Mauricio Gonzales Cuervo*, 1 de octubre de 2015.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU626-15.htm>.
- . «Sentencia T-050/16». *M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo*, 10 de febrero de 2016.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-050-16.htm>.
- . «Sentencia T-102/19». *M.P. Alberto Rojas Rios*. Accedido 5 de noviembre de 2023.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-102-19.htm>.
- . «Sentencia T-110/15». *M.P. Jorge Ivan Palacio Palacio*, 25 de marzo de 2015.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-110-15.htm>.
- . «Sentencia T-117/18». *M.P. Cristina Pardo Schlesinger*, 6 de abril de 2018.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-117-18.htm>.
- . «Sentencia T-145/16». *M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez*, s. f.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-145-16.htm>.
- . «Sentencia T-361/19». *M.P. Alberto Rojas Rios*, 12 de agosto de 2019.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-361-19.htm>.
- . «Sentencia T-391/07». *M.P. Manuel Jose Cepeda Espinosa*, 22 de mayo de 2007.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-391-07.htm>.
- . «Sentencia T-403/92». *M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz*, 3 de junio de 1992.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-403-92.htm>.
- . «Sentencia T-437/04». *M.P. Clara Inés Vargas Hernández*, 6 de mayo de 2004.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-437-04.htm>.
- . «Sentencia T-550/12». *M.P. Nelson Pinilla Pinilla*, 13 de julio de 2012.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-550-12.htm>.
- . «Sentencia T-695/17». *M.P. Jose Fernando Reyes Cuartas*, 24 de noviembre de 2017.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-695-17.htm>.
- . «Sentencia T-713/10». *M.P. Maria Victoria Calle Correa*, 8 de septiembre de 2010.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-713-10.htm>.
- . «SU 626-15 Corte Constitucional de Colombia». Accedido 16 de octubre de 2023.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU626-15.htm>.
- . «T-031/2020». *M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez*, s. f.  
<https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2020/T-031-20.htm>.
- Corte Suprema de Justicia - Sala de Casacion Penal. «Auto de 9 de septiembre de 1983.» *M. P. Fabio Calderón Botero*, s. f.

- . «Auto del 27 de agosto de 1936, Cfr. Casacion del 17 de marzo de 1987.», s. f. Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. «Sentencia del 26 de julio de 1983», s. f.
- Cortina Orts, Adela. «¿Cómo superar los conflictos entre el discurso del odio y la libertad de expresión en la construcción de una sociedad democrática?» *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n.º 94 (2017): 4-4.
- . *Ética aplicada y democracia radical*. 3. ed. Ventana abierta. Madrid: Tecnos, 2001.
- . *Las raíces éticas de la democracia*. Edición digital. Valencia: Publicacions de la Universitat de València, 2010.
- Courtis, Christian, y Manuel Atienza. *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Trotta, 2006.
- Cristiane Lindemann. «Entrevista – Carlos Alberto Scolari». *Rizoma 2*, n.º 2 (1 de enero de 2015): 114-114-16. <https://doi.org/10.17058/rzm.v2i2.5431>.
- Díaz Soto, José Manuel. «Una aproximación al concepto de discurso del odio». *Revista Derecho del Estado*, n.º 34 (enero de 2015): 77-101. <https://doi.org/10.18601/01229893.n34.05>.
- Esquivel Alonso, Yéssica. «El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional 1*, n.º 35 (30 de junio de 2016). <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2016.35.10491>.
- European Court of Human Rights. «Hans-Jürgen WITZSCH against Germany. Application no. 7485/03», 13 de diciembre de 2005. <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-72786&filename=001-72786.pdf&TID=ihgdqbxnfi>.
- Feenstra, Ramón A., y Yanina Welp. «Sobre demos, cracias y gogias. Reflexiones sobre las democracias». *Araucaria*, n.º 42 (2019): 585-604. <https://doi.org/10.12795/araucaria.2019.i42.25>.
- Fishkin, James S. *The Voice of the People*. New Haven, CT: Yale University Press, 1995. <https://www.jstor.org/stable/j.ctt32bgmt>.
- Flores-Márquez, Dorismilda. «Recordar el pasado, pensar el futuro: Sociología, comunicación y cultura digital». *Espacio Abierto 25*, n.º 4 (2016): 215-27.
- Gadamer, Hans-Georg, Ana Agud, de Rafael Agapito, y Hans-Georg Gadamer. *Verdad y método*. 13. Aufl. Hermeneia 7. Salamanca: Ediciones Sígueme, 2012.
- García-Marzá, Domingo. «Enfoques mesodeliberativos: sobre la articulación institucional en las democracias deliberativas». *Isegoría 0*, n.º 54 (30 de junio de 2016): 147-70. <https://doi.org/10.3989/isegoria.2016.054.06>.
- Gray, John. *Las Dos Caras Del Liberalismo*. Página Indómita, 2021. [https://www.todostuslibros.com/libros/las-dos-caras-del-liberalismo\\_978-84-123847-0-3](https://www.todostuslibros.com/libros/las-dos-caras-del-liberalismo_978-84-123847-0-3).
- Gros Espiell, Héctor. «La dignidad humana en los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos». *Anuario de derechos humanos*, n.º 4 (2003): 193-224.
- Guzmán González, María Carolina. «Repugnancia y vergüenza : dos emociones para pensar la propuesta educativa de Martha Nussbaum». Pontificia Universidad Javeriana, 2016. <http://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/19567>.
- Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Editorial Trotta, 2023.
- . «La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos». *Anales de la Cátedra Francisco Suárez 44* (11 de diciembre de 2010): 105-21. <https://doi.org/10.30827/acfs.v44i0.501>.
- Jacks, William, y Joanna R. Adler. «A Proposed Typology of Online Hate Crime». *Open Access Journal of Forensic Psychology 7* (1 de noviembre de 2015): 64-89.

- Londoño Tamayo, Santiago. «Breve descripción de algunos de los nexos teóricos existentes entre el concepto de repugnancia proyectiva de Martha Nussbaum y el concepto de prejuicio de Gordon Allport». *Kalibán. Revista de Estudiantes de Sociología*, n.º 2 (1 de julio de 2014). <https://revistas.udea.edu.co/index.php/revistakaliban/article/view/25909>.
- López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los Jueces*. 2 ed., 2006. <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat05358a&AN=crai.54050&site=eds-live>.
- López Morales, Jairo. *Antecedentes del nuevo Código penal*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Doctrina y Ley, 2000.
- Luther, Jörg. «EL antinegacionismo en la experiencia jurídica alemana y comparada.» Roma, Italia, 2008. <https://www.ugr.es/~redce/REDCE9/articulos/09JorgLuther.htm#69>.
- Marinoni, Luiz Guilherme. «Ratio decidendi: Otras formas de identificación». *Discusiones* 29, n.º 2 (28 de diciembre de 2022): 77-94. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2022.3442>.
- Miró Llinares, Fernando. «Taxonomía de la comunicación violenta y el discurso del odio en Internet». *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política* 0, n.º 22 (15 de junio de 2016). <https://doi.org/10.7238/idp.v0i22.2975>.
- Nino, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. Ariel, 1989.
- . *La constitución de la democracia deliberativa Carlos Santiago Nino*. Gedisa. Barcelona, España, 1997. <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat05358a&AN=crai.23399&site=eds-live>.
- Nockleby, John T. «Hate Speech». En *Encyclopedia of the American Constitution*, 2.ª ed., 1277-79. Macmillan, 2000.
- Nussbaum, Martha. *El ocultamiento de lo humano: repugnancia, vergüenza y ley*. 1a. ed., 1a. reimp. Madrid: Katz, 2012.
- Organización de los Estados Americanos. «Convención Americana sobre Derechos Humanos». Consultado 18 de octubre de 2023. <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>.
- Organización Sayco Acinpro. «¿Quiénes Somos?» osa-colombia, 2023. <https://www.osa.org.co/-quienes-somos->.
- Ospina Fernández, Guillermo. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Librería Temis Editorial, 2000.
- Parekh, Bhikhu. «Is There a Case for Banning Hate Speech?» En *The Content and Context of Hate Speech*, 37-56, 2012. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139042871.006>.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio. «La dignidad humana». En *Los desafíos de los derechos humanos hoy*, de Asís Roig, Rafael. Dykinson, 2007. <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/16006>.
- Puyol González, Ángel. *Rawls: el filósofo de la justicia*. Descubrir la Filosofía. Buenos Aires: EMSE EDAPP, 2016.
- RAE. «indigno, indigna». «Diccionario de la lengua española» - Edición del Tricentenario, 2022. <https://dle.rae.es/indigno>.
- . «Prejuicio», s. f. <https://dle.rae.es/prejuicio?m=form>.
- . «repugnancia». «Diccionario de la lengua española» - Edición del Tricentenario, 2022. <https://dle.rae.es/repugnancia>.
- . «sui géneris | Diccionario de la lengua española». «Diccionario de la lengua española» - Edición del Tricentenario. Consultado 15 de octubre de 2023. [https://dle.rae.es/sui\\_generis](https://dle.rae.es/sui_generis).
- . «Violencia», s. f.
- República de Colombia. *Código civil*. Editado por Jorge Ortega Torres. Undécima edición. Códigos de bolsillo Temis «Jorge Ortega Torres» 8. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S. A, 2019.

- . *Código de procedimiento penal (Ley 906 de 2004): comentado*. Editado por Eric Lorenzo Pérez Sarmiento. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S. A, 2006.
- . *Código penal colombiano: Ley 599 de 2000*. Editado por Luis Carlos Salas Toro. 1a. ed. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2001.
- . *Constitución Política de Colombia*. Legis S.A., 1991.
- . *Decreto Reglamentario 2591 de 1991*, 1991.
- Saba, Roberto Pablo, Robert C. Post, Alexander Meiklejohn, Owen Fiss, y Jack M. Balkin. *Libertad de expresión: un ideal en disputa*. Siglo del Hombre Editores, 2019.
- Sandoval Sarrias, Andrés. «La noción de dignidad humana en la Corte Constitucional Colombiana. Una mirada alternativa desde Martha Nussbaum». *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia* 2, n.º 4 (2016): 15-39. <https://doi.org/10.32870/dgedj.v0i4.1>.
- Scolari, Carlos A. «Comunicación digital. Recuerdos del futuro». *El Profesional de la Información* 21, n.º 4 (1 de julio de 2012): 337-40. <https://doi.org/10.3145/epi.2012.jul.01>.
- Sobkowicz, P., y A. Sobkowicz. «Dynamics of Hate Based Internet User Networks». *The European Physical Journal B* 73, n.º 4 (1 de febrero de 2010): 633-43. <https://doi.org/10.1140/epjb/e2010-00039-0>.
- U.S. Supreme Court. «Abrams et al. v. United States. 250 U.S. 616», 10 de noviembre de 1919. <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/250/616>.
- . «United States v. Rumely, 345 U.S. 41 (1953)», 9 de marzo de 1953. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/345/41/>.
- Valencia Zea, Arturo, y Álvaro Ortiz Monsalve. *Derecho civil. 3: De las obligaciones*. 10. ed. Bogotá: Temis, 2010.
- Valero Heredia, Ana. «Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial». *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 110 (7 de agosto de 2017): 305-33. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.110.11>.
- Valiente Martínez, Francisco. *La democracia y el discurso del odio: límites constitucionales a la libertad de expresión*. Madrid: Dykinson, 2020.
- Zingano, Marco. «Aristóteles y la prueba de que el ser no es un género (Metafísica III 3)». *Revista de filosofía DIÁNOIA* 55, n.º 65 (3 de noviembre de 2010): 41-66. <https://doi.org/10.21898/dia.v55i65.204>.