

Santiago de Chile, jueves 5 de mayo de 2022.

Honorable Magistrado
Jorge Enrique Ibáñez Najjar
Corte Constitucional de Colombia

Asunto Expediente D-0014516 - *Amicus curiae*

Accionantes: **Ana Bejarano Ricaurte y otros**

Reciba un cordial saludo,

En el documento adjunto, remitimos a la Honorable Corte Constitucional nuestra intervención a manera de *amicus curiae* en relación con el expediente D-0014516 para contribuir a las valoraciones que este Alto Tribunal efectúe acerca de la inexequibilidad del numeral primero del artículo 56 (parcial) de la Ley 1450 de 2011 y enriquecer la discusión jurídica pero, sobre todo, pretendemos aportar elementos que permitan en última instancia amparar los derechos reclamados por las tutelantes, conforme las siguientes consideraciones de hecho y derecho que se presentan en el siguiente escrito.¹

Agradecemos su atención y quedamos a su disposición en caso de que sea oportuno ampliar el detalle de las razones que se expondrán a continuación.

Atentamente,

J. Carlos Lara
Co-director Ejecutivo
Derechos Digitales · América Latina
jc@derechosdigitales.org

Jamila Venturini
Co-directora Ejecutiva
Derechos Digitales · América Latina
jamila@derechosdigitales.org

¹ Esta contribución contó con el aporte de Michel Roberto de Souza, Laura Hernández y Mayra Osorio Pérez.

I. Introducción

1. Este es un caso de demanda de inconstitucionalidad propuesta contra del numeral primero del artículo 56 (parcial) de la Ley 1450 de 2011 por vulnerar los artículos 13, 15, 20, 75, 83 y 333 de la **Constitución Política**, al igual que los artículos 11 y 13 de la **Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)** y 17 y 19 del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)**.

2. El Artículo 56 (1) de la Ley 1450 de 2011 señala lo siguiente:

1. Sin perjuicio de lo establecido en la Ley 1336 de 2006 (SIC, 2009), no podrán bloquear, interferir, discriminar, ni restringir el derecho de cualquier usuario de Internet, para utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio lícito a través de Internet. En este sentido, deberán ofrecer a cada usuario un servicio de acceso a Internet o de conectividad, que no distinga arbitrariamente contenidos, aplicaciones o servicios, basados en la fuente de origen o propiedad de estos. **Los prestadores del servicio de Internet podrán hacer ofertas según las necesidades de los segmentos de mercado o de sus usuarios de acuerdo con sus perfiles de uso y consumo, lo cual no se entenderá como discriminación**".

3. En resumen, los demandantes señalan que el trecho resaltado en negrita autoriza el despliegue de ofertas de *zero rating* o tasa cero, que es inconstitucional; solicitan declarar inexecutable el trecho señalado, para lo cual aportaron los siguientes fundamentos legales:

(i) La norma demandada afecta la estructura de internet, puesto que afecta negativamente el principio de neutralidad de la red y, por consiguiente, se constituye en una afectación a la libertad de expresión contraria al artículo 20 de la Constitución Política;

(ii) al permitir que se ofrezcan beneficios en favor de ciertos contenidos, aplicaciones y servicios bajo la discrecionalidad de los proveedores de servicios de internet se violenta la libertad de competencia consagrada en el Art. 333 de la Constitución;

(iii) la norma limita el acceso de la ciudadanía a ciertos contenidos, aplicaciones y servicios lo que viola el derecho de acceso a la información y la libertad de expresión que tienen las personas en línea, consagrados en los artículos 20 y 75 de la Constitución;

(iv) la exclusión señalada en los puntos (ii) y (iii) genera censura previa para los usuarios de internet;

(v) la norma genera una discriminación en la población y constituye una práctica de

recolección de datos y perfilamiento de su navegación en línea;

(vi) la norma limita la libertad de consumo en la medida en que los usuarios no pueden determinar qué aplicación navegar sin costo.

4. Con fecha 07 de diciembre de 2021 la Corte Constitucional emite Auto por medio del cual resuelve inadmitir los cargos por violación de los derechos al habeas data, a la igualdad, a la libertad económica y buena fe; y, a la vez admitir los cargos relacionados con la vulneración de la libertad de expresión, del pluralismo informativo y del derecho a la intimidad, contenidos en la demanda. En el mismo auto se otorgaron tres días hábiles para subsanar la demanda en relación a los cargos rechazados.

5. Con fecha 15 de diciembre de 2021, los peticionarios presentaron un escrito por medio del cual pretenden subsanar las observaciones hechas por la **Corte** en el auto de 07 de diciembre.

6. Finalmente, con fecha de 24 de enero del año 2022, la Corte Constitucional emite un auto en el que rechaza la demanda en relación con los cargos formulados por la vulneración de la libertad económica (art. 333 C.P.) y los derechos al habeas data (art. 15 C.P.), a la igualdad (art. 13 C.P.) y a la buena fe (art. 83 C.P.), a la vez que admite la demanda respecto del cargo de vulneración de los artículos 15, 20 y 75 de la Constitución Política. Asimismo ordena la apertura a pruebas.

II. Legitimación de Derechos Digitales para efectuar esta presentación

7. Derechos Digitales es una organización no gubernamental independiente y sin fines de lucro, con sede principal en Santiago de Chile y con alcance latinoamericano en su trabajo, que se dedica a la defensa y promoción de los derechos fundamentales en el entorno digital, centrando nuestra atención en el impacto sobre estos derechos del uso y la regulación de las tecnologías digitales desde hace más de quince años.

8. Fundada en 2005, Derechos Digitales cuenta con una vasta experiencia en defensa de los derechos humanos en relación al impacto sobre ellos en el uso de la tecnología. Ello nos ha llevado a participar en instancias locales, regionales y globales en que se discuten distintas políticas públicas, acuerdos y regulaciones que conciernen al despliegue de tecnologías a través de las cuales los Estados ejercitan sus funciones, impactando en el ejercicio de los

derechos fundamentales de sus ciudadanas. Más recientemente, Derechos Digitales junto con Intervozes ha monitoreado y analizado los casos, reglamentación, aplicación de la ley y perspectivas de la *Neutralidad de Red en América Latina, especialmente los casos de Chile, Colombia, Brasil y México*².

9. Nuestro interés por participar en el proceso de autos como amigos de la Corte está dado porque el principal objeto de discusión de la acción se refiere a la normativa constitucional y convencional de protección de derechos humanos vigente con relación a la neutralidad de red y del acceso a internet, con especial atención al impacto sobre aquellos derechos.

10. En virtud de lo expuesto, aceptamos muy honorablemente ser tenidos como “amigos de la Corte”, con el propósito de someter a su consideración algunos argumentos para la resolución de la acción de inconstitucionalidad presentada.

III. Características e importancia de la neutralidad de red

11. El principio de neutralidad de la red, acuñado por el profesor Tim Wu³, establece que todos los paquetes de datos que circulan por una red de comunicaciones digitales deben ser tratados de manera igualitaria en la red, sin distinción por su contenido, origen, destino, servicio, terminal o aplicación. En ese sentido, una primera característica de este principio consiste en que los operadores que transmiten, conmutan o enrutan estos paquetes de datos no pueden bloquear, retardar o privilegiar un grupo de datos en perjuicio de otros.

12. Ahora bien, así como se establece esta prohibición, la segunda característica de este principio establece las limitaciones válidas a este principio, como por ejemplo: las medidas razonables de gestión de tráfico que permitan el correcto funcionamiento de la red o el bloqueo legal de material abusivo contra menores de edad.

13. Este principio es considerado esencial para el mantenimiento de una internet libre, abierta y democrática, en la medida en que impide que los proveedores de servicios interfieran

² Neutralidade da rede na América Latina: regulamentação, aplicação da lei e perspectivas. Os casos do Chile, Colômbia, Brasil e México. Intervozes e Derechos Digitales. 1a. Ed., São Paulo/Santiago: Derechos Digitales, 2017. Disponible en: <https://intervozes.org.br/arquivos/interlivo11nral2017.pdf>

³ Tim Wu, Network Neutrality, Broadband Discrimination, *Journal of Telecommunications and High Technology La*, Vol. 2, P. 141, 2003 (2003). Available at: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1281

o controlen la forma en que las personas utilizan la red, ya sea a través de bloqueos o priorización de contenidos o aplicaciones en función de censurar, de proveer ventajas económicas o cualquier otro objetivo personal, político o aleatorio.

14. Por su posición como *gatekeepers*⁴ o controladores del acceso y la transmisión de datos en la red, los proveedores de servicios de acceso a internet (PSI) tienen la capacidad para “... (i) afectar la elección de las personas entre CAS [contenido, aplicación o servicio], moldear preferencias y, en general, intervenir en el uso efectivo de internet y (ii) afectar la competencia entre CAS, incentivar el uso de unos contenidos sobre otros, por medio de ofertas comerciales o prácticas de gestión de tráfico (PGT).⁵”

15. Por ello, desde el punto de vista del fomento de la competitividad del mercado y la protección de los consumidores, la aplicación de medidas antibloqueo y antidiscriminación basadas en el principio de neutralidad de la red permite que haya un desarrollo de contenidos, aplicaciones y servicios de internet, lo cual genera un aumento de la demanda de los usuarios por un acceso mejor y más rápido al internet, generando una mayor inversión de los PSI para ampliar y mejorar su infraestructura de redes.

16. En este sentido, este principio busca que la libertad de elección de las personas y la libre competencia entre desarrolladores de contenido, aplicaciones o servicios se encuentren con la mínima interferencia posible.

17. Ahora bien, además de fomentar la competitividad del mercado y la protección de los consumidores, la adopción de este principio está justificado desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Cuando la neutralidad de la red es violada, se ven amenazados varios derechos, incluyendo el derecho a la libertad de expresión, tal como será desarrollado en el numeral **5.B.** del presente documento.

18. Por otra parte, es necesario mencionar que una de las actuales controversias sobre la neutralidad de la red es el asunto de la práctica comercial denominada tarifa cero o *zero*

⁴ Observacom. Viejos y nuevos gatekeepers en internet: la concentración en el ecosistema digital, el nuevo papel de los intermediarios y su impacto en la libertad de expresión, el acceso, la diversidad y el pluralismo en Internet. Disponible en: <https://www.observacom.org/wp-content/uploads/2018/02/Viejos-y-nuevos-gatekeepers-Concentración-y-pluralismo-en-Internet.pdf>

⁵ Castañeda, J.; González, L (2017). Neutralidad de la Red y Ofertas Comerciales en Colombia. Análisis de la Regulación. Fundación Karisma. Bogotá, Colombia. Página 10. Disponible en: <https://karisma.org.co/wp-content/uploads/download-manager-files/Agosto%209%20-%20Informe%20neutralidad%20de%20la%20red.pdf>

rating, que ocurre cuando los proveedores de acceso a internet cobran a los usuarios por una parte del tráfico de internet pero no por otro tráfico en internet. Se trata de una especie de estrategias comerciales, un modelo de negocio o determinaciones legales en el que el operador no descuenta del volumen de datos contratado el volumen de datos que realizan determinadas aplicaciones y servicios. Así, después de que el cliente haya agotado su asignación de datos, le permite continuar utilizando un servicio en particular de forma gratuita.

19. Existen varias modalidades de tarifa cero, por ejemplo: (i) cobro cero por aplicaciones y servicios de emergencia, en los que existe un uso evidente de estos servicios por el interés público involucrado; (ii) acceso patrocinado, en el que un determinado proveedor de aplicaciones paga al operador directamente por los usuarios o mediante otro tipo de tarificación; (iii) tarifa cero elegida por el propio operador, el cual, a través de decisiones estratégicas, selecciona una o varias aplicaciones específicas para que su valor de uso no sea cargado al usuario.⁶ En todos los casos, hay contenido o aplicaciones cuyo costo final para el usuario es cero en comparación con otros servicios o aplicaciones

20. El debate se centra en si estas prácticas afectan la apertura y la neutralidad de la red en la medida en que pueden disminuir la competencia entre contenidos, aplicaciones y servicios similares o influir en la toma de decisión de los usuarios.

21. Numerosos expertos del sistema internacional de los derechos humanos y del sistema interamericano se han inclinado por referirse al zero-rating como una práctica que arriesga a la libertad de expresión y a otros intereses colectivos. Así lo estipulan diversos instrumentos jurídicos internacionales, entre los que se encuentra la **Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet** de 2011⁷, que señala:

a. El tratamiento de los datos y el tráfico de Internet no debe ser objeto de ningún tipo de discriminación en función de factores como dispositivos, contenido, autor, origen y/o destino del material, servicio o aplicación.

b. Se debe exigir a los intermediarios de Internet que sean transparentes respecto de las prácticas que emplean para la gestión del tráfico o la información, y cualquier información relevante sobre tales prácticas debe ser puesta a disposición del público en un formato que

⁶ Ramos, Pedro H.S (2015). Zero-rating: uma introdução ao debate. PoliTICS. Rio de Janeiro: Nupef. Disponible en: <https://politics.org.br/sites/default/files/downloads/poliTICS21.pdf>, p.04.

⁷ Frank LaRue, Dunja Mijatović, Catalina Botero Marino, Faith Pansy Tlakula, Declaración conjunta sobre libertad de expresión e internet. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849&lID=2>

resulte accesible para todos los interesados.

22. En la misma línea, el Informe Anual de la **Comisión Interamericana de Derechos Humanos** correspondiente al año 2013⁸, señala respecto a la neutralidad de la red: “27. *La neutralidad de la red se desprende del diseño original de Internet, el cual facilita el acceso y la difusión de contenidos, aplicaciones y servicios de manera libre y sin distinción alguna.*”

23. Con respecto a la segunda característica, el mismo instrumento de la CIDH apunta:

30. No debe haber discriminación, restricción, bloqueo o interferencia en la transmisión del tráfico de Internet, a menos que sea estrictamente necesario y proporcional para preservar la integridad y seguridad de la red; para prevenir la transmisión de contenidos no deseados por expresa solicitud –libre y no incentivada– del usuario; y para gestionar temporal y excepcionalmente la congestión de la red.

24. Sobre esta práctica el Informe del **Relator Especial de la ONU sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**, del año 2017⁹ señala dos aspectos esenciales: En primer lugar, que “...los usuarios que tienen dificultades para pagar datos medidos podrían terminar por recurrir exclusivamente a servicios con tarifa cero, lo que daría lugar a un acceso limitado a la información a comunidades que ya podrían estar marginadas en su acceso a la información y la participación pública.”

25. En segundo lugar, que “Los arreglos de tarifa cero pueden proporcionar a los usuarios acceso limitado a Internet en zonas que, de otro modo, carecerían totalmente de acceso. Sin embargo, los usuarios podrían seguir careciendo de acceso más amplio a Internet y quedar atrapados en entornos cerrados en línea.”

26. Otro aspecto relevante sobre este tema es abordado en los **Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente** del año 2017¹⁰, en los que se establece que “Sin perjuicio de la política que cada Estado adopte en torno a este tema, cabe adelantar que en

⁸ Informe anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2013: Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, vol.2 / Catalina Botero Marino, Relatora Especial para la Libertad de Expresión. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/2014_04_22_ia_2013_esp_final_w eb.pdf

⁹ A/HRC/35/22. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. Disponible en: <https://undocs.org/en/A/HRC/35/22>

¹⁰ RELE CIDH. Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente. CIDH/RELE/INF.17/17. http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/internet_2016_esp.pdf

ningún caso los Estados podrán reemplazar sus políticas de acceso universal a Internet por políticas o planes de zero-rating.”

27. La neutralidad de la red juega un papel instrumental muy importante en la salvaguardia de los derechos humanos de los usuarios de internet, especial aunque no exclusivamente de su libertad de expresión, por lo que las limitaciones a este principio sólo deben permitirse por necesidad, proporcionalidad y un fin legítimo. El impacto de esta estrategia comercial en derechos como el de acceso a internet y libertad de expresión serán abordados en el numeral correspondiente.

IV. Derechos fundamentales afectados en el caso

28. A continuación se examinan en forma más detallada los distintos derechos fundamentales identificados como gravemente afectados en su ejercicio por el violación a la neutralidad de red.

A. Deber de promover acceso universal a internet

29. El acceso a internet ha sido reconocido por el **Sistema de Naciones Unidas** y por el **Sistema Interamericano de Derechos Humanos** como un potencial habilitador para el ejercicio de distintos derechos humanos. Especialmente, el derecho de acceso a internet se ha vinculado con el ejercicio de la libertad de expresión, aunque se ha extendido su reconocimiento para el pleno disfrute de otros derechos como la privacidad, la salud, la educación, entre otros.

30. En 2011, los mandatos internacionales y regionales sobre la libertad de opinión y expresión¹¹ promovieron la **Declaración Conjunta sobre la Libertad de Expresión e Internet**,¹² en la que establecieron que los Estados tienen la obligación de promover el acceso universal a la red, no solo para garantizar la libertad de expresión, sino también para el ejercicio de otros derechos como el acceso a la educación, el derecho de reunión y asociación y el derecho a elecciones libres.

¹¹ La Relatoría Especial de la ONU para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante sobre la Libertad de los Medios de la OSCE, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA y la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información de la CADHP

¹² Mecanismos internacionales para la promoción de la libertad de expresión. Declaración conjunta sobre libertad de expresión e internet, 2011. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849&IID=2>

31. Del mismo modo, la **Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH**¹³, en su Informe Anual de 2013, fortaleció el argumento de que, como parte del artículo 13 de la **Convención Americana sobre Derechos Humanos**, sobre el derecho a la libertad de expresión, internet tiene un potencial en el ejercicio del derecho a buscar, recibir y difundir informaciones, esto “*debido a su naturaleza multidireccional e interactiva, su velocidad y alcance global a un relativo bajo costo y sus principios de diseño descentralizado y abierto*”.

32. A razón de ello, en el mismo informe de 2013, la entonces **Relatora Especial** estableció que para asegurar el disfrute de la libertad de expresión en internet de manera progresiva se deben adoptar al menos tres tipos de medidas: a) medidas positivas de inclusión para el cierre de la brecha digital, b) medidas de infraestructura y servicios, y c) medidas para prohibir el bloqueo o la limitación al acceso a internet.

33. Por otra parte, en 2014, los mandatos internacionales y regionales de la libertad de opinión y de expresión reafirmaron que “[...] *los Estados deberían promover activamente el acceso universal a Internet sin distinción política, social, económica o cultural, entre otras cosas, respetando los principios de neutralidad de la red y el carácter central de los derechos humanos para el desarrollo de Internet*”, ello en la “Declaración Conjunta sobre Universalidad y el Derecho a la Libertad de Expresión”.

34. En este orden de ideas, en el 2019, con la **Declaración Conjunta del Vigésimo Aniversario: Desafíos Para la Libertad de Expresión en la Próxima Década**,¹⁴ los mandatarios en la materia llamaron a los Estados a “*reconocer el derecho al acceso y el uso de internet como un derecho humano y una condición esencial para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión*”. Ello representó intrínsecamente responsabilidades para los Estados con motivo de garantizar, promover y proteger este derecho humano.

35. En la misma línea, el **Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas**

¹³ Relatora Especial para la Libertad de Expresión. Informe de la relatoría especial para la libertad de expresión. Volumen II, 2013. Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_22_IA_2013_ESP_FINAL_WEB.pdf

¹⁴ Declaración conjunta del vigésimo aniversario: desafíos para la libertad de expresión en la próxima década, 2019. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1146&IID=2>

en su resolución “*Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet*”¹⁵ anunció que todos los derechos que se asisten fuera de internet también deben protegerse en línea. Asimismo, afirmó que es necesario fomentar la confianza en internet, especialmente, referente a la libertad de opinión y de expresión, la privacidad y otros derechos humanos, para potenciar el desarrollo de los países.

36. Mientras tanto, en el ámbito nacional, en el año 2021, entró en vigor la Ley 2108 de 2021 en Colombia, también conocida como “*Ley de Internet como Servicio Público Esencial y Universal*”, la cual tiene como objeto:

[...] establecer dentro de los servicios públicos de telecomunicaciones, el acceso a Internet como uno de carácter esencial, con el fin de propender por la universalidad para garantizar y asegurar la prestación del servicio de manera eficiente, continua y permanente, permitiendo la conectividad de todos los habitantes del territorio nacional, en especial de la población que, en razón a su condición social o étnica se encuentre en situación de vulnerabilidad o en zonas rurales y apartadas¹⁶

37. La Ley 2108 reformó la Ley 1341 de 2009, en la cual se definen los principios y los conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) en Colombia. En la mencionada ley se establece en su artículo 2, la responsabilidad del Estado de promover el uso su acceso eficiente de las TIC y en igualdad de oportunidades para todas las personas habitantes del país. Además, en el artículo citado, numeral 7 se consolida el derecho al acceso a las tecnologías de la información y las comunicaciones básicas.

38. En suma, tanto en el ámbito internacional, como en el regional y nacional, el acceso a internet ha sido reconocido en su capacidad para posibilitar el ejercicio de diferentes derechos humanos y más específicamente, en Colombia también se ha estipulado como un servicio público.

¹⁵ A/HRC/RES/47/16. Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet. Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 13 de julio de 2021. Disponible en: <https://undocs.org/A/HRC/RES/47/16>

¹⁶ Ley 2108 de 2021 “Ley de Internet como Servicio Público Esencial y Universal”. Disponible en: https://funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=167946

B. Derecho Libertad de expresión: Características y principios para internet libre y abierta

39. La libertad de expresión se encuentra consagrada en el artículo 13 de la **Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)**, protección que incluye el que dicha libertad no sea restringida por vías o medios indirectos. En el mismo sentido, el artículo 19 del **Pacto de Derechos Civiles y Políticos**, y en el artículo 20 de la **Constitución Política**.

40. El **Sistema Interamericano de Derechos Humanos** a través de la **Relatoría Especial para la Libertad de Expresión** ha creado estándares y principios para fomentar una internet libre y abierta, que permita el ejercicio de la libertad de pensamiento y expresión, el acceso a la información pública, el derecho a la privacidad y a la protección de datos personales.

41. En el año 2013, la **Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos** incluyó en su informe anual el “Capítulo IV. Libertad de Expresión e Internet”,¹⁷ en el que estableció una serie de principios orientadores para la labor del Estado, la construcción de políticas públicas y las actuaciones de particulares con la finalidad de que el ambiente en internet se mantenga descentralizado, abierto y neutral como lo determinan los principios propios de la arquitectura de la red.

42. En este sentido, el primer principio que reconoce la **Relatoría Especial** es el de **acceso**, el cual se definió como:

El principio de acceso universal se refiere a la necesidad de garantizar la conectividad y el acceso universal, ubicuo, equitativo, verdaderamente asequible y de calidad adecuada, a la infraestructura de Internet y a los servicios de las TIC, en todo el territorio del Estado, tal como ha sido reconocido por los jefes de Estado en las Cumbres de las Américas.

43. La Relatoría enfatizó que es responsabilidad del Estado conducir los medios adecuados para asegurar el principio de acceso universal, no obstante, recomendó dar particular importancia a medidas que aseguren que: las estructuras de precios sean inclusivas, que la conectividad incluya a todo el territorio, que las comunidades cuenten con centros de TIC

¹⁷ Relatora Especial para la Libertad de Expresión. Informe de la relatoría especial para la libertad de expresión. Volumen II, 2013. Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_22_IA_2013_ESP_FINAL_WEB.pdf

comunitarios, y que se refuercen las iniciativas de capacitación y educación en la materia.

44. A partir de este principio, la Relatoría pretende que se disminuya la brecha digital, mientras que el Estado procura que “*los actores privados no impongan barreras desproporcionadas o arbitrarias para acceder a Internet o usar sus servicios principales*”.

45. El segundo principio es el **de pluralismo**, que se entiende como:

Maximizar el número y la diversidad de voces que puedan participar de la deliberación pública es al mismo tiempo condición y finalidad esencial del proceso democrático. En este sentido, las garantías robustas para el ejercicio de la libertad de expresión a través de Internet son, en la actualidad, una condición de posibilidad para esa apertura de la esfera pública.

46. En este sentido, la Relatoría reconoció que le corresponde al Estado mantener las condiciones “inmejorables” de internet para que se preserve y se promueva el pluralismo. Además, estableció que no se deben generar cambios en internet que tengan como resultado la reducción de voces, así como que se debe proteger la naturaleza multidireccional de la red para garantizar la búsqueda y obtención de la información.

47. El tercer principio reconocido por la Relatoría es el de **no discriminación**, comprendido de la siguiente manera:

[...] En el entorno digital, la obligación de no discriminación implica, además de los deberes de acceso y pluralismo ya referidos, la adopción de medidas, a través de todos los medios apropiados, para garantizar que todas las personas – especialmente aquellas que pertenecen a grupos vulnerables o que expresan visiones críticas sobre asuntos de interés público – puedan difundir contenidos y opiniones en igualdad de condiciones.

48. Al mismo tiempo, la **Relatoría** estableció que es necesario que no exista un “*trato discriminatorio a favor de ciertos contenidos en Internet*”, lo que implica que el principio de no discriminación es inherente al principio de la neutralidad de la red.

49. El cuarto principio es el de **privacidad**, respecto a él se entiende que:

[...] Los Estados tienen la obligación de respetar y proteger el derecho a la privacidad de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, incluyendo en el contexto de las comunicaciones digitales. En efecto, [...], las autoridades deben, de una parte, abstenerse de hacer intromisiones arbitrarias en la órbita del individuo, su información personal y sus

comunicaciones y, de otra parte, deben garantizar que otros actores se abstengan de realizar tales conductas abusivas.

50. Para la Relatoría, la defensa de la privacidad debe atender “criterios razonables y proporcionados”, lo que implica que dichos criterios no deben restringir de forma arbitraria la libertad de expresión en internet.

51. Finalmente, el último principio que se enmarca en el informe es el de **neutralidad de la red**, el cual se reconoce como condición necesaria para el ejercicio de la libertad de expresión en internet y como elemento para garantizar otros principios como la no discriminación, la pluralidad y el acceso universal.

52. Aunado al informe de 2013, la **Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA** construyó los “*Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente*” en 2017,¹⁸ con el objetivo de complementar el panorama de desafíos a los que se enfrentan el ejercicio de derechos humanos en la red. En los estándares se identificó que adicional a los principios orientadores previamente citados en este documento, se debe incluir el principio de una internet libre y abierta.

53. El principio de una **internet libre y abierta** se deriva del concepto de apertura de la red orientado a los estándares técnicos de la misma como “la interoperabilidad, las interfaces de aplicación abierta, los documentos, texto y data abiertos, así como en la ausencia de limitaciones o trabas que favorezcan artificialmente monopolios o plataformas arcaicas”. Esto significa que, en la construcción de soluciones técnicas frente a los problemas de la red, se debe garantizar que no se pierda su característica libre y abierta.

54. De acuerdo con la **Relatoría Especial**, el principio de internet libre y abierta está garantizado, en buena medida, por el principio de neutralidad de la red, pues al ser una condición que impide la discriminación de paquetes de datos al tratarlos de forma igualitaria a todos ellos, permite la libertad de acceso y elección para “enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio legal por medio de Internet” de las personas usuarias, lo que genera que la información no sea condicionada, interferida o restringida por cualquier actor. Por tanto, este principio permite el acceso a la información y garantiza la libertad de expresión.

¹⁸ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente*. 2017. Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/INTERNET_2016_ESP.pdf

55. Por su parte, en el ámbito nacional, la Ley 1341 de 2009¹⁹ —recientemente reformada por la Ley 2108 de 2021— en su artículo 2 establece los principios orientadores de las TIC, mismas que incluyen internet. A continuación, se describen aquéllos vinculados en la materia de acceso a internet.

56. La Ley 1341 de 2009 establece en el artículo 2, numeral 1 el principio de **prioridad al acceso y uso de las TIC**, el cual estipula que el Estado y los agentes del sector de TIC deben priorizar el acceso y uso de las mismas. Además, se enfatiza que debe ser en condiciones “no discriminatorias en la conectividad, la educación, los contenidos y la competitividad”. Asimismo, este numeral otorga la responsabilidad al Estado de promover el acceso a las TIC de la población “pobre y vulnerable” del país.

57. Por otra parte, el artículo 2, numeral 4 de la ley previamente citada reconoce el principio de **protección de los derechos de los usuarios**, encomendando al Estado a velar por dicha protección y por el cumplimiento de los “de los derechos y deberes derivados del Hábeas Data, asociados a la prestación del servicio”. Por su parte, el numeral 6 establece el principio de **neutralidad tecnológica**, en el que compromete al Estado a garantizar la libre adopción de tecnologías, basado en recomendaciones de organismos internacionales competentes, para fomentar la prestación de servicios, contenidos y aplicaciones de las TIC.

58. En el mismo artículo 2, numeral 7, se define el principio del **derecho a la comunicación, la información y la educación y los servicios básicos de las TIC**, en el que se reconoce el acceso a las TIC como un derecho que permite el ejercicio de otros derechos humanos como “la libertad de expresión y de difundir su pensamiento y opiniones, el libre desarrollo de la personalidad, la de informar y recibir información veraz e imparcial, la educación y el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura”.

59. Finalmente, en el artículo 2, numeral 11, se incluye el principio de la **universalidad**, el cual se define como “*El fin último de intervención del Estado en el Sector TIC es propender por el servicio universal a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones*”.

¹⁹ Ley 1341 de 2009 “Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones”. Disponible en: https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=36913

60. Luego de esclarecer que los estándares internacionales y nacionales determinan al acceso a internet como un derecho humano, además de explicitar los principios orientadores para fomentar una internet libre, abierta e incluyente, se afirma que la Ley en cuestión, es decir, la Ley 1450 de 2011 en su artículo 56. “*Neutralidad en internet. Los prestadores del servicio de Internet*” vulnera los derechos de acceso a internet y libertad de expresión.

61. En razón de lo anterior, se considera que el artículo referido, específicamente el trecho: “*Los prestadores del servicio de Internet podrán hacer ofertas según las necesidades de los segmentos de mercado o de sus usuarios de acuerdo con sus perfiles de uso y consumo, lo cual no se entenderá como discriminación*”, genera una vulneración al derecho de acceso a internet universal, libre y abierta. Los motivos son los siguientes:

62. Al momento de permitir que los prestadores de servicio de internet (PSI) hagan ofertas según las necesidades de los segmentos del mercado o de sus usuarios, están favoreciendo que los PSI implementen acciones de *zero rating*, que benefician a un cúmulo de aplicaciones y el tráfico de paquetes de datos que circulan a través de las mismas, lo que estaría mermando el principio de no discriminación de los contenidos de internet establecido por la Relatoría Especial de la Libertad de Expresión. Además, de vulnerar el principio de pluralismo, al restringir la libre circulación de paquetes de datos, que pueden incluir una diversidad de voces en la deliberación pública.

63. Como se mencionó anteriormente, el principio de no discriminación está íntimamente vinculado con el principio de neutralidad de la red, ambos son necesarios para garantizar un flujo libre de información que permita el ejercicio del derecho de acceso a la información, de la libertad de expresión, de la educación y de la cultura. Por lo tanto, **al violar el principio de neutralidad de la red, se vulnera el acceso universal a internet**, el cual tiene un efecto para potenciar el ejercicio de otros derechos. Por ende, **limitar el acceso libre a la red representa una barrera para ejercer los derechos humanos**.

64. Finalmente, la Ley 1450 de 2011 en su artículo 56. “*Neutralidad en internet. Los prestadores del servicio de Internet*”, se contrapone con la Ley 1341 de 2009 establece en el artículo 2, en sus numerales 1, 6, 7 y 11, pues **al violar el principio de neutralidad de la red, se están vulnerando los principios antedichos**, esto es, los principios de: prioridad al acceso y uso de las TIC; neutralidad tecnológica; derecho a la comunicación, la información y la educación y los servicios básicos de las TIC; y universalidad.

V. Brecha digital, pluralismo, problemas estructurales y efectos de la tarifa cero

65. La alegación de la actora consiste en que el inciso 56 de la Ley 1450 de 2011 viola los artículos 20 y 75 de la Constitución Política de Colombia, pues restringe el pluralismo. En tales artículos, la Constitución garantiza “*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*” y “*el pluralismo informativo y la competencia*”.

66. La literatura socio-jurídica identifica problemas estructurales vinculados a las prácticas de *zero rating*. En Colombia, podemos observar que la reglamentación es ambigua y permisiva, lo que podría perjudicar al usuario y atentar contra los derechos humanos descritos en la sección anterior. Aquí haremos un análisis crítico de los efectos derivados de la ambigüedad y permisividad de la legislación cuestionada en la presente demanda, con efectos en la búsqueda y recepción de información veraz e imparcial²⁰.

67. Primero, las prácticas de tarifa cero están íntimamente vinculadas a condiciones contractuales de servicio o “planes”, con políticas de uso impuestas por el respectivo proveedor de servicios de internet que incluyen límites a la capacidad de uso de los clientes de sus servicios, mediante restricciones a la cantidad de datos que pueden circular entre ese dispositivo y la internet global (*data caps*), que generan una lógica de escasez artificial en el uso de la internet móvil. La escasez perjudica al usuario, porque modifica su comportamiento²¹, llevándolo a preferir servicios que no descuentan datos de navegación, por miedo a superar el límite de datos permitido y sujetarse a las tarifas adicionales. Este escenario permite a los Proveedores de Servicio de Internet (PSI) monetizar esta escasez artificial producida por ellos mismos, llegando a acuerdos privados con compañías de contenido para eximir a los usuarios de pagar por la navegación en sus aplicaciones y sitios²².

²⁰ Para un análisis completo se hace referencia al estudio presentado por Derechos Digitales junto con la organización Intervozes, ver: Neutralidade da rede na América Latina: regulamentação, aplicação da lei e perspectivas. Os casos do Chile, Colômbia, Brasil e México. Intervozes e Derechos Digitales. 1a. Ed., São Paulo/Santiago: Derechos Digitales, 2017. Disponible en: <https://intervozes.org.br/arquivos/interlivo11nral2017.pdf>

²¹ Ananny, Mike; Askin, Jonathan; Aufderheide, P.; Baker, J.B et al. (2015). Protecting and Promoting the Open Internet. Attachment to Ex Parte letter in the Matter of Protecting and Promoting the Open Internet, Federal Communications Commission. <http://apps.fcc.gov/ecfs/document/view?id=60001025192>

²² Rossini, Carolina; More, Taylor (2015). Exploring Zero Rating Challenges: Views from Five Countries. Public knowledge. Disponible en: <https://publicknowledge.org/policy/exploring-zero-rating->

68. La tarifa cero podría ejercer una presión indebida sobre el usuario, para que use plataformas que ya cuentan con una posición de mercado dominante. Por este motivo, esta práctica no incentiva la toma de decisiones consciente por los usuarios, reduce la adopción y uso de nuevos servicios online y puede afectar desproporcionadamente las minorías o comunidades de bajo ingreso²³. Es decir:

En la visión actualmente mayoritaria de la academia, estrategias de *zero rating* han entrado directamente en conflicto con la neutralidad de red, principio de arquitectura de red que direcciona a los proveedores de acceso el deber de tratar los paquetes de datos que trafican en sus redes con isonomía, no discriminándolos en razón de su contenido u origen. Planes de zero rating, al permitir que determinadas aplicaciones trafiquen de forma gratuita y que otras sean bloqueadas al final de la franquicia, hirieron esa isonomía, fortaleciendo, en el caso de los proveedores de acceso, su papel de gatekeepers de la red, con la capacidad de elegir qué contenidos serán o no disponibles para los usuarios de forma diferenciada.²⁴

69. Aunque el número de usuarios de internet está creciendo de forma gradual en los últimos años en Colombia, ello no significa necesariamente que existe un escenario de inclusión digital efectivo. Por un lado, existe una parte de la población que puede ser considerada usuaria de internet, pero por otro, hay un gran contingente de personas no usuarias, tomando como base la población del país.

70. Datos publicados por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), por ejemplo, demuestran que en el año 2019 la gran mayoría de los usuarios de internet (89,5 % de este contingente) tenían acceso a través de dispositivos celulares, mientras que el 34,7 % se conectaba a Internet desde una computadora de escritorio y el 27,6 % se conectaba a través de una computadora portátil. Sin embargo, en el mismo período, 50,7 % de los hogares que no tenían conexión a internet manifestaron el costo elevado como la razón principal de no conexión.²⁵

71. Según datos de una investigación contratada por la Comisión de Regulación de

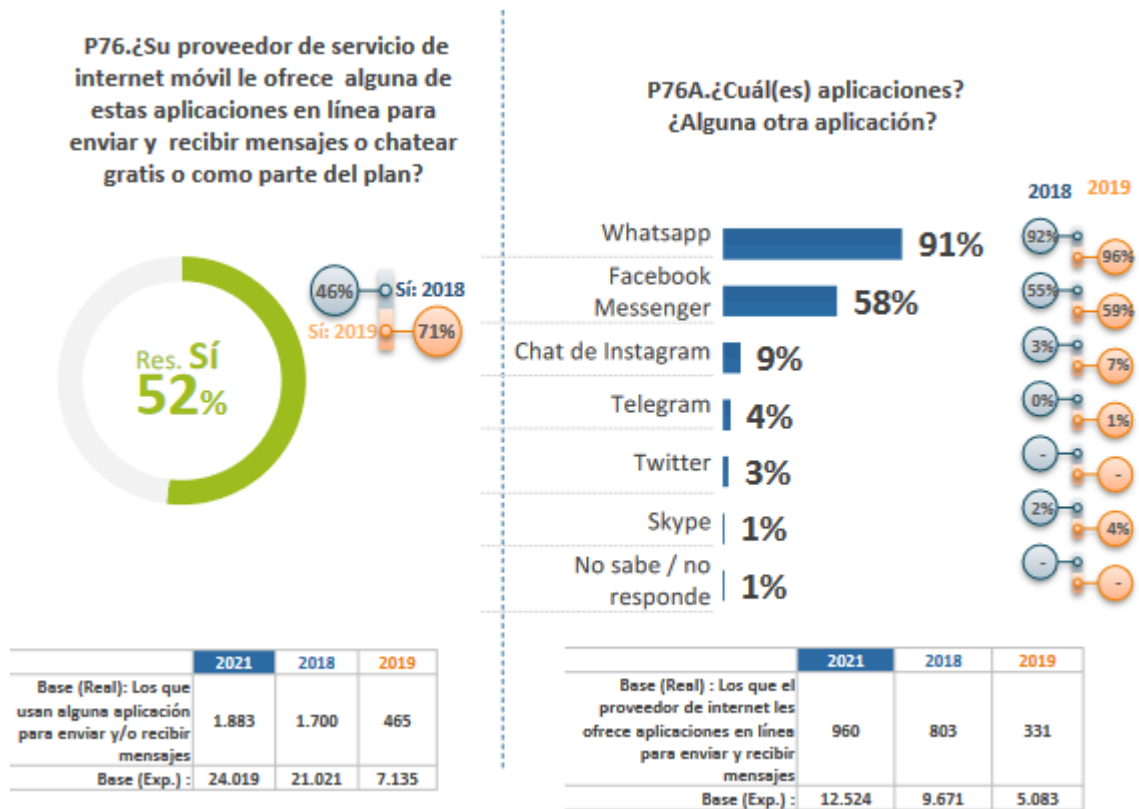
[challenges-views-from-five-countries/](#)

²³ Kehl, Danielle; Lucey, Patrick (2015). Artificial Scarcity How Data Caps Harm Consumers and Innovation. New America. The Open Technology Institute. Disponible en: https://static.newamerica.org/attachments/3556-artificial-scarcity/DataCaps_Layout_Final.a7ef6b9029da4dd29324757e5710b903.pdf

²⁴ Ramos, Pedro H.S (2015). Zero-rating: uma introdução ao debate. PoliTICs. Rio de Janeiro: Nupef. Disponible en: <https://politics.org.br/sites/default/files/downloads/poliTICS21.pdf>, p. 03.

²⁵ DANE. Indicadores básicos de tenencia y uso de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC en hogares y personas de 5 y más años de edad Departamental, 2019. Disponible en: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/tic/bol_tic_hogares_2019.pdf

Comunicaciones (CRC), 9 de cada 10 de los colombianos tienen teléfono celular para uso personal, mientras que la participación de los servicios de telefonía celular prepago continúa siendo prevalente con el 76 %.²⁶



72. Como se puede ver en el gráfico anterior, también revelado por la investigación contratada por CRC, mientras que el 52 % de las personas declara que el proveedor de servicio de internet móvil ofrece algunas aplicaciones gratis, resulta que WhatsApp (91 %), Facebook (58 %) e Instagram (9 %) están disponibles con mayor frecuencia. Es necesario señalar que los tres son parte de un solo conglomerado económico, Meta Inc., que conforme la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), además de no cumplir adecuadamente con las leyes de datos personales, poseen una posición de mercado dominante.²⁷

73. Algunos ejemplos sobre cómo opera la tarifa cero en Colombia pueden ilustrarse

²⁶ CRC. El rol de los servicios OTT en el sector de las comunicaciones en Colombia 2020-2021. Disponible en: <https://postdata.gov.co/sites/default/files/general/1.2%20CRC%20OTT%202021%20-%20h%C3%A1bitos%20preferencias%20y%20experiencias.pdf>

²⁷ SIC. Superindustria ordena a WhatsApp cumplir con el estándar nacional de protección de datos de sus 39 millones de usuarios en el país. Disponible en: <https://www.sic.gov.co/slider/superindustria-ordena-whatsapp-cumplir-con-el-estándar-nacional-de-protección-de-datos-de-sus-39-millones-de-usuarios-en-el-país>

mediante los planes ofrecidos por las compañías. Por ejemplo, la empresa Virgin Mobile ofrece como parte de sus planes, desde el más barato hasta el más costoso, la aplicación “Lola Music”, que pertenece a la propia compañía. Esto quiere decir que un servicio de telecomunicaciones está privilegiando el uso de la aplicación “Lola Music” que utiliza ese mismo servicio de telecomunicaciones, frente a otras aplicaciones que tienen el mismo fin, como una práctica de integración vertical.²⁸

74. Asimismo, Virgin Mobile favorece el uso de WhatsApp gratis en todos sus planes en comparación con otras aplicaciones de mensajería instantánea como Telegram, la cual solo es ilimitada si se obtiene alguno de los tres planes más costosos. Lo mismo sucede con las aplicaciones de redes sociales, pues Virgin otorga “Facebook que no se acaba” en todos sus planes, es decir, que se puede seguir navegando pese a que se haya agotado el consumo de datos del plan, mientras que aplicaciones como Tik Tok, Instagram y Twitter solo son ilimitadas en los tres planes más caros. Cabe destacar que, aunque se privilegia Facebook, las otras redes sociales ofrecidas siguen siendo de las más utilizadas.

75. Otro ejemplo es la compañía Claro, la cual ofrece las aplicaciones Facebook, Twitter, Instagram, y WhatsApp sin límite de consumo de datos en todos sus planes postpago y prepago. Mientras que en sus planes postpago más costosos ofrece suscripciones a Netflix y Claro Video, siendo esta última propiedad de la empresa Claro.²⁹

76. En el caso de Movistar,³⁰ el total de los planes postpago ofrecen acceso al servicio de almacenamiento “Movistar Cloud” de 5 GB, a excepción del plan más costoso que ofrece 10 GB. En esta compañía, los planes postpago con menor costo dan acceso ilimitado a aplicaciones como WhatsApp, Facebook, Twitter, Waze y, solo uno de ellos, a Tik Tok. Mientras que los planes postpago denominados “Ilimitados” ofrecen una suscripción a Netflix.

77. Estos ejemplos comprueban que las operadoras privilegian el uso de un grupo de aplicaciones en sus planes de datos. Por una parte, los PSI promueven las propias como el caso de “Lola Music” “Claro Video” o “Movistar Cloud” y, por otra, benefician a las aplicaciones más

²⁸ Datos actualizados al día 02 de mayo de 2021, las tarifas y ofertas pueden cambiar constantemente. Disponible en: <https://www.virginmobile.co/inicio/antiplanes>. Acceso en 02 Mayo 2022.

²⁹ Datos actualizados al día 02 de mayo de 2021, las tarifas y ofertas pueden cambiar constantemente. Disponible en: <https://www.claro.com.co/personas/servicios/servicios-moviles/prepago/> Acceso en 02 Mayo 2022.

³⁰ Datos actualizados al día 02 de mayo de 2021, las tarifas y ofertas pueden cambiar constantemente. Disponible en: <https://www.movistar.com.co/pospago?tab=portabilidad+>. Acceso en 02 Mayo 2022.

comunes de redes sociales, que pertenecen en su mayoría a Meta Inc.

78. La literatura con investigaciones empíricas en otros países demuestra que las prácticas de *zero rating* pueden conducir a un internet ilimitado para los ricos y un internet extremadamente limitado para la parte más pobre de la población.³¹ Esto significa que la parte de la población que tiene pleno acceso a internet puede usar y buscar información adecuada, mientras que la parte de la población más necesitada debe contentarse con unas pocas aplicaciones, sin tener un amplio acceso para buscar y recibir información, lo que conduce a que tales usuarios no pueden utilizar internet en todo su potencial.

79. En países de la región, investigaciones muestran que la restricción es aún mayor para aquellos usuarios que experimentan internet, restringido a aplicaciones de tasa cero. En Brasil, en el grupo de usuarios que utilizan Internet prepago con aplicaciones de tarifa cero, el 49 % dejó de realizar transacciones bancarias, el 39 % dejó de obtener un descuento en las compras a través de pago en línea (PIX), totalizando un 54 % que dejó de realizar transacciones financieras por falta de 3G/4G, y el 38 % de los internautas de clase C, D y E dejaron de acceder a los servicios de salud en línea por falta de internet móvil.³²

80. Sobre ese aspecto específico, *Digital Future Society* junto con el *Instituto de Tecnología y Sociedad de Río de Janeiro*, en su guía "*Combatiendo la desinformación: estrategias de empoderamiento de la ciudadanía digital*", señalan que

la práctica comercial llamada "tasa cero" crea condiciones favorables para la desinformación, ya que sólo permite a los usuarios acceder a los titulares compartidos en las aplicaciones de mensajería instantánea y las redes sociales, mientras que el acceso a la publicación original (y, por tanto, al contenido íntegro del artículo) está reservado a los usuarios que tienen contratados más datos. Además de fomentar la desinformación, esta práctica viola el principio de neutralidad de la red consagrado en la Declaración de Derechos de Internet de Brasil.³³

81. Los datos aquí presentados demuestran que **aún existe una gran desigualdad en**

³¹ Renno, R.; Novaes, J. Zero rating and the infrastructure of political (mis)communication in Brazil. Disponible en: <https://periferiurbanas.org/zero-rating-and-the-infrastructure-of-political-miscommunication-in-brazil/>

³² IDEC; LOCOMOTIVA. Barreiras e limitações no acesso à internet e hábitos de uso e navegação na rede nas classes C, D e E. Disponible en: https://idec.org.br/sites/default/files/pesquisa_locomotiva_relatorio.pdf

³³ Digital Future Society. (2020). Cómo combatir la desinformación: Estrategias de empoderamiento de la ciudadanía digital. Barcelona, España. Disponible en: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2020/07/Informe-C%C3%B3mo-combatir-la-desinformaci%C3%B3n.pdf>

el acceso a las tecnologías digitales e internet en Colombia, con la gran mayoría de usuarios utilizando planes prepago, que tienen ofertas de tasa cero vinculadas con pocas aplicaciones, lo que afecta la capacidad de gran parte de la población de “*recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación*” y está en contra “[d]el pluralismo informativo”.

VI. Recomendaciones de órganos de las Naciones Unidas, Sistema Interamericano de Derechos Humanos y experiencia comparada en materia de neutralidad de red

A. Recomendaciones y estándares internacionales

82. Como se ha indicado en el presente documento, la neutralidad de la red es indispensable para asegurar el acceso a una internet libre, abierta y democrática, así como para garantizar el ejercicio de derechos humanos como la libertad de expresión. Tanto el Sistema Internacional de las Naciones Unidas como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos han reconocido la importancia del principio de neutralidad de la red y se han pronunciado a favor de él, brindando recomendaciones a los Estados y PSI en la materia.

83. En el año 2011, los mandatos especiales sobre la libertad de opinión y expresión a nivel internacional y regional anunciaron la “**Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet**”,³⁴ en la que convinieron lo siguiente sobre la neutralidad de la red:

a. El tratamiento de los datos y el tráfico de Internet no debe ser objeto de ningún tipo de discriminación en función de factores como dispositivos, contenido, autor, origen y/o destino del material, servicio o aplicación.

b. Se debe exigir a los intermediarios de Internet que sean transparentes respecto de las prácticas que emplean para la gestión del tráfico o la información, y cualquier información relevante sobre tales prácticas debe ser puesta a disposición del público en un formato que resulte accesible para todos los interesados.

84. De la misma forma, el **Consejo de Derechos Humanos de la ONU** en la Resolución “*Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet*” del año 2011³⁵, exhorta a los Estados “... a que velen por la neutralidad de la red, sin perjuicio de una

³⁴ Mecanismos internacionales para la promoción de la libertad de expresión. Declaración conjunta sobre libertad de expresión e internet, 2011. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849&lID=2>

³⁵ A/HRC/RES/47/16. Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet.

gestión de redes razonable, y a que prohíban los intentos de los proveedores de servicios de acceso a Internet de dar prioridad a determinados tipos de contenidos o aplicaciones de Internet sobre otros a cambio de un pago u otro beneficio comercial.”

85. Por su parte, la **Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la OEA** desarrolló un marco sobre la neutralidad de la red en su informe anual de 2013,³⁶ en el que se estableció que:

29. Las reglas sobre neutralidad deben aplicar indistintamente para todas las modalidades de acceso a Internet, sin importar la tecnología o plataforma empleada para transmitir los datos. Los usuarios tienen derecho a conectar o utilizar en Internet, según su elección, cualquier clase de dispositivo compatible, siempre y cuando éste no perjudique la red o la calidad del servicio.

86. A propósito, la **Relatora Especial** hizo visible que la transmisión del tráfico de internet no debe sufrir discriminación, restricciones o bloqueos, *“a menos que sea estrictamente necesario y proporcional para preservar la integridad y seguridad de la red; para prevenir la transmisión de contenidos no deseados por expresa solicitud –libre y no incentivada– del usuario; y para gestionar temporal y excepcionalmente la congestión de la red”*.

87. Respecto a las prácticas para la transparencia y las obligaciones de los Estados, la **Relatora Especial** recomendó lo siguiente:

31. Las normas sobre neutralidad de la red deben exigir que los prestadores del servicio de Internet sean transparentes respecto de las prácticas que emplean para la gestión del tráfico o la información. Cualquier información relevante sobre tales prácticas debe ser puesta a disposición del público y del órgano encargado de supervisar el cumplimiento del principio de neutralidad de la red, en un formato que resulte accesible para todos los interesados.

32. Corresponde a los Estados, a través de leyes expedidas por el Poder Legislativo y de la labor de control y vigilancia de los entes competentes, darle vigencia al principio de neutralidad de la red en los términos anteriormente expuestos. Los órganos encargados de supervisar y aplicar estas normas deben ser independientes del poder político y económico, y deben proceder de

Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 13 de julio de 2021. Disponible en: <https://undocs.org/A/HRC/RES/47/16>

³⁶ Relatora Especial para la Libertad de Expresión. Informe de la relatoría especial para la libertad de expresión. Volumen II, 2013. Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_22_IA_2013_ESP_FINAL_WEB.pdf

modo transparente y respetuoso del debido proceso.

88. Mientras tanto, en el año 2014, las Relatorías Especiales en la “**Declaración Conjunta sobre Universalidad y el Derecho a la Libertad de Expresión**”³⁷ recomendaron a los Estados promover activamente el acceso universal a Internet sin distinción alguna, respetando los principios de neutralidad de la red y el carácter central de los derechos humanos para el desarrollo de Internet.

89. En la “**Declaración Conjunta del Vigésimo Aniversario**”³⁸ del 2019, los mandatarios especiales instaron a consolidar una internet libre y abierta a partir de respetar la neutralidad de la red por los Estados, así como de abstenerse a realizar bloqueos e interrupciones en internet o en la infraestructura de las telecomunicaciones.

90. De igual manera, el **Consejo de Derechos Humanos de la ONU**, generó la “*Resolución: Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet*” en 2021, con motivo de instituir lineamientos para garantizar la libre expresión en el contexto de pandemia por Covid-19:

12. Exhorta a los Estados a que velen por la neutralidad de la red, sin perjuicio de una gestión de redes razonable, y a que prohíban los intentos de los proveedores de servicios de acceso a Internet de dar prioridad a determinados tipos de contenidos o aplicaciones de Internet sobre otros a cambio de un pago u otro beneficio comercial.

91. Por otra parte, el ex **Relator Especial de la ONU sobre libertad de expresión**, David Kaye, puso en marcha una iniciativa para estudiar las cuestiones “*relativas a la reglamentación estatal, el sector privado y la libertad de expresión en la era digital*”, en 2016, en el “*Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*”.³⁹

³⁷ Mecanismos internacionales para la promoción de la libertad de expresión. Declaración Conjunta sobre Universalidad y el Derecho a la Libertad de Expresión. 2014. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=945&IID=2>

³⁸ Mecanismos internacionales para la promoción de la libertad de expresión. Declaración Conjunta del Vigésimo Aniversario. 2019. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1146&IID=2>

³⁹ Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. 2016. Disponible en: <https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FHRC%2F32%2F38&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>

92. De acuerdo con el Informe previamente citado, una tendencia internacional que ha aumentado es el número de colaboraciones entre las plataformas de alojamiento de contenidos y los PSI, lo que promueve el acceso a los contenidos de dichas plataformas de forma prioritaria. El Relator estableció que la práctica conocida como *throttling* implica que los PSI utilicen tecnologías que favorecen el acceso a ciertos contenidos de servicios, lo que disminuye el acceso a otros tantos. Cabe mencionar que esta tendencia y esta práctica impactan en el mantenimiento de la neutralidad de la red, vulnerando así el principio de no discriminación de contenidos.

93. Aunado a ello, el Informe alienta al sector privado a aplicar las políticas públicas con miras a analizar las repercusiones que tienen sus acciones para los derechos humanos. Además, recomienda a este sector realizar evaluaciones con un análisis crítico sobre las repercusiones que tienen sus servicios productos e iniciativas comerciales para la libertad de expresión de las personas usuarias, lo que incluye “planes para la fijación de precios diferenciales o para el acceso a los contenidos y servicios de Internet”.

94. En 2017, la Relatoría publicó el “***Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión***”,⁴⁰ con un enfoque centrado en la neutralidad de la red. En el mismo, se reconoció que la libertad de elegir entre distintas fuentes de información sucede cuando los contenidos de internet son transmitidos sin discriminación e injerencia por los PSI.

95. Al respecto, el Relator Especial identificó **prácticas que atentan contra la neutralidad de la red**, pero que, en cierta medida, pueden ser benéficas para el acceso a la red, por lo que se encuentran en proceso de discusión y debate, tales como el *zero rating* o tarifa cero.

25. La tarifa cero es la práctica de no cobrar por la utilización de datos de Internet relacionados con una aplicación o un servicio determinados; mientras que otros servicios o aplicaciones están sujetos a costos medidos [...]

26. Independientemente de las variaciones, los arreglos de tarifa cero priorizan el acceso al contenido y pueden aumentar el costo de los datos medidos. Los usuarios que tienen dificultades

⁴⁰ Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. 2017. Disponible en: <https://www.undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FHRC%2F35%2F22&Language=E&DeviceType=Desktop&LangRequested=False>

para pagar datos medidos podrían terminar por recurrir exclusivamente a servicios con tarifa cero, lo que daría lugar a un acceso limitado a la información a comunidades que ya podrían estar marginadas en su acceso a la información y la participación pública.

96. Si bien en este informe se reconoce que en algunos contextos la tarifa cero podría permitir el acceso a internet a usuarios que viven en zonas que carecería totalmente de acceso, se estipula que esto podría significar que las personas usuarias queden “atrapadas” en ambientes cerrados en línea, por lo que es necesario llevar a cabo un estudio de conectividad, de la situación de derechos humanos, de las condiciones del mercado y el marco reglamentario.

97. De igual manera, la **Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH**, estableció en 2016 los “*Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente*”,⁴¹ en los que se recomendó lo siguiente respecto del *zero rating*:

31. En todos los casos las políticas de zero-rating deberán evaluarse a la luz de la regulación legal de cada Estado y de la compatibilidad de las mismas con los términos de las normas que rigen y regulan la neutralidad de la red, siendo incompatibles en aquellas jurisdicciones donde esta última establezca la prohibición expresa de discriminar aplicaciones o contenido por precio. La compatibilidad de dichas medidas o planes con los derechos humanos habrá de medirse a la luz del test de legalidad, necesidad y proporcionalidad. Los Estados que permitan la oferta de planes de zero-rating, deberán monitorear su funcionalidad y evaluar periódicamente su compatibilidad con los derechos humanos. Además, estos Estados deberán prestar especial atención al régimen de protección de datos y privacidad de dichos planes, atendiendo a los riesgos que estos planes generan en torno a la centralización de datos e información de los usuarios.

98. Frente a las tendencias identificadas en los países de América, la **Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH** ha brindado recomendaciones sobre la neutralidad de la red en sus informes anuales, siendo los del 2019 y 2020 los más actuales. En el 2019, la Relatoría recomendó a los Estados⁴²:

Resguardar el principio de la neutralidad de la red. Resulta fundamental insistir en que los Estados tienen la obligación de garantizar el principio de neutralidad de la red, en relación con los intermediarios que permiten el funcionamiento de Internet -tanto aquellos que gestionan

⁴¹ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente*. 2017. Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/INTERNET_2016_ESP.pdf

⁴² Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Volumen II, doc 23. 2019. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/informes/ESPIA2019.pdf>

la red, como las plataformas-. En este sentido, los Estados deben respetar y establecer normas que obliguen a los intermediarios a no discriminar los flujos de Internet basado en el contenido, origen, destinatario o el dispositivo utilizado; este principio, ha sido identificado como "una condición necesaria para ejercer la libertad de expresión en Internet en los términos del artículo 13 de la Convención Americana.

99. Mientras tanto, a las empresas de telecomunicación en materia de *zero rating* recomienda:

Revisar los acuerdos de zero rating para combatir la desinformación. Las empresas de telecomunicaciones son actores intermediarios que sólo tienen una relación indirecta con el fenómeno. En América Latina, en los últimos años, se ha expandido los acuerdos denominados zero rating, contratos por los cuales ciertas redes sociales, plataformas o sistemas de mensajería acuerdan con empresas de telecomunicaciones que sus servicios no cuenten para el cómputo de los "datos" que consumen sus usuarios en sus servicios de telefonía móvil. [...]

Si bien estos acuerdos pueden afectar el principio de neutralidad de la red, ello ocurre bajo la premisa de que permiten expandir el acceso a Internet, aunque a una versión muy limitada de la misma. Esto ha resultado problemático frente a campañas de desinformación: quienes -por ejemplo- reciben información falsa a través de redes sociales o servicios de mensajería privados casi exclusivos y no pueden verificar esa información porque no tienen acceso a Internet en su totalidad.

100. En el informe anual de la Relatoría Especial de 2020,⁴³ la recomendación a los Estados miembros es:

E. Garantizar que el tratamiento de los datos y el tráfico de Internet no debe ser objeto de ningún tipo de discriminación en función de factores como dispositivos, contenido, autor, origen y/o destino del material, servicio o aplicación, de conformidad con el principio de neutralidad de la red.

101. En suma, los mandatos especiales postulan que, con motivo de garantizar la libertad de expresión en línea y de mantener una internet libre y abierta, la neutralidad de la red es un principio indispensable, que recae en la responsabilidad de los Estados su respeto y garantía mediante el establecimiento de leyes y marcos regulatorios que prohíban a los PSI dar prioridad a contenidos y aplicaciones. Aun cuando existe una facilitación del acceso a ciertos servicios debido a que están sujetos a tasa cero, expandiendo así el acceso a internet, ese acceso

⁴³ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Volumen II, doc 28. 2020. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/informes/ESPIA2020.pdf>

expandido es limitado, restringido a una porción minúscula de lo que representa internet, arriesgando limitaciones sustantivas en la información que es objeto de búsqueda y acceso. Asimismo, los mandatos han enfatizado la necesidad de medidas de transparencia sobre el tráfico de los paquetes de datos y su gestión por parte de los PSI.

B. Experiencia comparada

102. El Reglamento de la Unión Europea “2015/2120 por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta”⁴⁴ del **Parlamento Europeo y del Consejo** de Europa, estipula en su artículo 3 “*Salvaguardia del acceso a internet abierta*” lo siguiente sobre la neutralidad de la red:

1. Los usuarios finales tendrán derecho a acceder a la información y contenidos, así como a distribuirlos, usar y suministrar aplicaciones y servicios y utilizar los equipos terminales de su elección, con independencia de la ubicación del usuario final o del proveedor o de la ubicación, origen o destino de la información, contenido, aplicación o servicio, a través de su servicio de acceso a internet. [...]

3. Los proveedores de servicios de acceso a internet tratarán todo el tráfico de manera equitativa cuando presten servicios de acceso a internet, sin discriminación, restricción o interferencia, e independientemente del emisor y el receptor, el contenido al que se accede o que se distribuye, las aplicaciones o servicios utilizados o prestados, o el equipo terminal empleado.

103. Pese a que existe una normativa favorable para la neutralidad de la red, algunos miembros de la Unión Europea han albergado casos ante las cortes de justicia nacionales que alegan la vulneración de este principio y la limitación de acceso a la red en algunas normas nacionales.

104. Casos recientes del **Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)** tratan el tema del zero rating, garantizando que este tipo de práctica es contraria a una internet abierta. En 2020, el **TJUE** consideró la cuestión sobre el artículo 3 del Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo en casos originados en **Hungría**. En el caso sobre los asuntos acumulados **C-807/18** y **C-39/19**,⁴⁵ la empresa Telenor, una de las principales operadoras de servicios de internet en el país, ofrecía los servicios de “MyChat” y “MyMusic”,

⁴⁴Reglamento (UE) 2015/2120 Del Parlamento Europeo y del Consejo. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2015/310/L00001-00018.pdf>

⁴⁵Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de septiembre de 2020. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62018CJ0807>

mismos que permitían el uso de aplicaciones de redes sociales y plataformas de transmisión de música con una tarifa cero, incluso, luego de que el volumen de datos determinado fuera consumido.

105. En este caso, el **Tribunal de Justicia de la Unión Europea** declaró que la tarifa cero, misma que permite el seguir utilizando las aplicaciones cuando se ha agotado el volumen de datos determinado, implica medidas de bloqueo o de ralentización de tráfico a otras aplicaciones y servicios disponibles. Debido a ello, el fallo decidió que la normativa europea debería:

[...] interpretarse en el sentido de que unos paquetes establecidos por un proveedor de servicios de acceso a Internet a través de acuerdos celebrados con usuarios finales, con arreglo a los cuales estos usuarios pueden contratar un plan que les permite utilizar sin restricciones un volumen de datos determinado, sin que la utilización de ciertas aplicaciones y de ciertos servicios específicos incluidos en una «tarifa cero» computen a efectos del consumo de ese volumen de datos, y, una vez agotado este volumen de datos, pueden seguir utilizando sin restricciones estas aplicaciones y estos servicios específicos, mientras que se aplican medidas de bloqueo o de ralentización de tráfico a las demás aplicaciones y servicios disponibles, son incompatibles con el apartado 2 de este artículo, interpretado conjuntamente con su apartado 1, dado que estos paquetes, estos acuerdos y estas medidas de bloqueo o de ralentización limitan el ejercicio de los derechos de los usuarios finales, y son incompatibles con el apartado 3 de dicho artículo dado que dichas medidas de bloqueo o de ralentización se basan en consideraciones comerciales.

106. En septiembre de 2021, el **TJUE** también resolvió dos casos de Alemania, en contra de las compañías Vodafone GmbH (**Caso C-854/19**)⁴⁶ y Telekom Deutschland (**Caso C-34/20**),⁴⁷ por aplicar acciones de tarifa cero.

107. El primero de ellos, se refiere a su tarifa cero “Vodafone Pass” en territorio nacional, pero no en el extranjero. El segundo caso, es referente a la tarifa cero “Stream On” que ofrece

⁴⁶ Infocuria Jurisprudencia. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 2 de septiembre de 2021 (petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Düsseldorf — Alemania) — Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände — Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. / Vodafone GmbH. 2021. Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=0949B52250CD2E2C612B9AE826D93016?text=&docid=249231&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=753110>

⁴⁷ Infocuria Jurisprudencia. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 2 de septiembre de 2021 (petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Köln — Alemania) — Telekom Deutschland GmbH / Bundesrepublik Deutschland, representada por la Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen 2021. Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=249255&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=753119>

Telekom, la cual implica que, una vez consumidos los datos incluidos en el paquete básico, se reduce la velocidad de transmisión; esto es aceptado por la persona usuaria al momento de consentir la opción de tarifa cero, la cual establece el límite de ancho de banda de 1,7 Mbit/s.

108. En ambos casos, **Caso C-854/19** y **Caso C-34/20**, el TJUE falló que los planes de tarifa cero son incompatibles con las obligaciones derivadas del artículo 3 del Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo.

109. En el caso de Vodafone GmbH (**Caso C-854/19**) el fallo fue:

El artículo 3 del Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo [...] y el Reglamento (UE) n.º 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión, **debe interpretarse en el sentido de que una limitación del anclaje a red, debido a la activación de una opción tarifaria de «tarifa cero», es incompatible con las obligaciones derivadas del apartado 3 de dicho artículo.**

110. Mientras que en el caso de Telekom Deutschland, **C-34/20**, el fallo hizo referencia a la limitación del ancho de banda:

El artículo 3 del Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo [...] y el Reglamento (UE) n.º 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión, **debe interpretarse en el sentido de que una limitación del ancho de banda, debido a la activación de una opción tarifaria de «tarifa cero» aplicada al streaming de vídeo, ya sea difundido por operadores asociados o por otros proveedores de contenidos, es incompatible con las obligaciones derivadas del apartado 3 de dicho artículo.**

111. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea avala la interpretación de que la práctica y existencia de sistemas tarifa cero es contraria a una internet abierta, porque limitan el ejercicio de los derechos de los usuarios finales y son contrarios a las obligaciones de tratar todo el tráfico de manera equitativa y sin discriminación, restricción o injerencia, con independencia de cuáles sean, en particular, las aplicaciones o los servicios utilizados.

VII. Conclusiones

112. Luego de la argumentación previamente desarrollada, se concluye que la neutralidad de la red es un principio indispensable para el mantenimiento de una internet libre, abierta y democrática que fomente la libertad de expresión, el pluralismo y la no discriminación. Sin embargo, todo ello se pone en riesgo en Colombia debido a su actual normativa que promueve la oferta de servicios con tarifa cero por parte de los PSI.

113. La Ley 1450 de 2011, en su artículo 56 (parcial) numeral uno ha fomentado que los PSI privilegien el acceso a plataformas y contenidos generados por la compañía Meta Inc. y las aplicaciones propias, lo que limita el acceso a la información y el flujo de contenidos no discriminados.

114. La modificación del marco normativo para garantizar la neutralidad de la red en Colombia debe estar acompañada de un análisis propio sobre los estándares internacionales en materia de derechos humanos, así como retomar la experiencia comparada en otras Cortes y Tribunales nacionales que han promovido este principio para mantener una internet libre.

115. El gobierno colombiano debe respetar sus propios principios establecidos en la Ley 1341 de 2009 en su artículo 2 sobre: Prioridad al acceso y uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones; neutralidad Tecnológica; el derecho a la comunicación, la información y la educación y los servicios básicos de las TIC; y la universalidad.

VIII. Petición a la Honorable Corte Constitucional

116. Por todo lo expuesto, en vista de la tecnicidad involucrada en el tema y los grandes impactos sociales, entendemos que es necesario convocar a una audiencia pública, según los artículos 12 y 13 del Decreto ley 2067, del 4 de septiembre de 1991, de forma que los honorables magistrados puedan aclarar hechos relevantes para tomar la decisión.

117. Por fin, V.E. se solicita:

- a. que se tenga a Derechos Digitales presentados como “amigos del tribunal”,
- b. que los argumentos aportados sean utilizados para la resolución del caso y se provea favorablemente la presentación de la parte actora;

- c. de manera subsidiaria, se entienda que la Corte Constitucional debe señalar parámetros para que los proveedores de servicios de internet deben respetar los derechos humanos de libertad de expresión y pluralismo, por lo que estén obligados a respetar la legalidad, necesidad y proporcionalidad, y ofrecer planes de tarifa cero sobre categorías de internet, aplicaciones o servicios (CAS) y sobre CAS específicos (es decir, sobre mensajería y no sobre WhatsApp).