



Universidad Libre de Colombia
Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Honorables Magistradas(os)

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Magistrado ponente: **Jorge Enrique Ibáñez Najar**

Palacio de Justicia, Calle 12 N°7-65, Bogotá D.C.

secretaria3@corteconstitucional.gov.co

La Ciudad

Expediente: D-14516

Asunto: Intervención ciudadana. Demanda de inconstitucionalidad contra el art. 56 (parcial) de la Ley 1450 de 2011, “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”.

Demandante: Ana Bejarano Ricaurte y otros.

Los suscritos ciudadanos **Jorge Kenneth Burbano Villamarín**, director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá; **Mary Luz Tobón Tobón**, profesora investigadora de la Universidad Libre, miembro del Observatorio y **Oscar Andrés López Cortés**, profesor investigador de la Universidad Libre, miembro del Observatorio; actuando dentro del término legal según autos admisorios del 07 de diciembre del 2021 y el de 24 de enero del 2022; de conformidad con la fijación en lista hecha el 01 de abril; y, finalmente, con lo establecido en el art. 242 numeral 1 de la Constitución y al art. 7 Decreto 2067 de 1991; presentamos la siguiente intervención ciudadana con respecto a la demanda de la referencia, en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución de Colombia de 1991.

1. NORMA DEMANDADA

LEY 1450 DE 2011

(junio 16)

Diario Oficial No. 48.102 de 16 de junio de 2011

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

“Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”

Decreta:

“ARTÍCULO 56. NEUTRALIDAD EN INTERNET. Los prestadores del servicio de Internet: 1. Sin perjuicio de lo establecido en la Ley 1336 de 2006, 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**”.



2. CARGOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Los actores alegaron que la disposición demandada vulnera lo dispuesto en los artículos 13, 15, 20, 75, 83 y 333 de la Constitución Política; los artículos 11 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 17 y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En tal sentido, formularon doce cargos de inconstitucionalidad. No obstante, de estos doce cargos solo quedan vigentes los siguientes:

Mediante Auto del 7 de diciembre de 2021 el Magistrado Sustanciador admitió los cargos relacionados con la vulneración de la libertad de expresión, del pluralismo informativo y del derecho a la intimidad, contenidos en los cargos primero, tercero, quinto, noveno, décimo, onceavo y doceavo de la demanda.

Mediante Auto mixto del 21 de enero de 2022 el Magistrado Sustanciador admitió parcialmente la demanda radicada con el número D-14516, respecto del cargo sexto formulado por la vulneración de los artículos 15, 20 y 75 de la Constitución Política, pero rechazó 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.), que corresponden a los cargos segundo, cuarto, séptimo y octavo.

Como afirma la Corte Constitucional, consideramos que algunos argumentos de los actores se relacionan entre sí, por tal motivo dividiremos los cargos primero, décimo y doceavo, relacionados con la neutralidad de la red, el derecho a la libertad de expresión; libertad de información; y en la segunda parte, el derecho a la igualdad, derecho a la intimidad y los contratos *zero rating* en relación con el principio de neutralidad de la red.

3. CONSIDERACIONES DEL OBSERVATORIO DE INTERVENCIÓN CIUDADANA CONSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD LIBRE

Le solicitamos a la Corte Constitucional declarar inconstitucional la expresión: “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” contenida en el art. 56 (parcial) de la Ley 1450 de 2011, “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”. Esto por las siguientes razones.



3.1. Violación a la libertad de expresión, libertad de información, principio de neutralidad de la red y pluralismo informativo

Estamos de acuerdo con los demandantes al señalar que el último aparte del numeral 1 del art. 56 de la Ley 1450 de 2021 afecta el principio de neutralidad de la red. Conforme lo manifestado por la Corte Constitucional la neutralidad de la red está protegida por el derecho a la libertad de expresión y a la libertad de información.

La libertad de expresión es uno de los derechos humanos más preciados y celebrados. Esto se debe en parte a su importancia por derecho propio y como medio para asegurar el respeto a los otros derechos y de la democracia misma. En efecto, no solo se entiende como el derecho de toda persona, decir lo que quiera, sino que cuenta con una naturaleza mucho más profunda. En ese sentido, el derecho a la libertad de expresión protege e impulsa la libre circulación de información e ideas en la sociedad, dando especial importancia a la promoción del debate social sobre asuntos de interés público.

Sobre la libertad de expresión como un pilar fundamental de la democracia, la Corte IDH estableció los dos pilares básicos para la interpretación del art. 13 de la CADH: el primero, al que llamaremos el “*estándar democrático*”; el segundo, el denominado “*estándar de las dos dimensiones*”¹.

A través del *estándar democrático*, la Corte IDH propone que la libertad de expresión es un valor que, si se pierde, pone en peligro la vigencia de los principios esenciales para la existencia de una sociedad democrática. La protección del derecho a expresar las ideas libremente se torna así fundamental para la plena vigencia del resto de los derechos humanos. En efecto, sin libertad de expresión no hay una democracia plena, y sin democracia –tal y como lo demuestra la triste historia hemisférica– se ponen en serio peligro desde el derecho a la vida hasta la propiedad. En palabras de la Corte IDH:

“La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública [...]. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no esté bien informada no es plenamente libre”²

Por otra parte, el *estándar de las dos dimensiones* postula que el contenido de la libertad de expresión no debe vincularse solo con el aspecto individual del derecho,

¹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-5/85, op. cit., párr. 70.

² Ibid.



sino que también se relaciona con la dimensión colectiva o social del mismo. En tal sentido, el texto de la opinión consultiva OC-5/85 establece lo siguiente:

“El artículo 13 de la CADH señala que la libertad de pensamiento y expresión “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole [...]”. Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la CADH tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a “recibir” informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales”³

Tal como señaló la Corte IDH, se pone así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. Por un lado, esta requiere que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, esto es, un derecho de cada individuo; por otro lado, implica también un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

Si analizamos la demanda es evidente que la norma vulnera ambos estándares de la libertad de expresión: El “*estándar democrático*”; y el denominado “*estándar de las dos dimensiones*”. El *estándar democrático* relacionado con la vulneración del *principio al pluralismo informativo* se vulnera en la medida en que la norma autoriza a los PSI para que, a través de la segmentación o perfilamiento, determinen el tipo de aplicaciones, servicios o contenidos que los usuarios pueden recibir, lo que constituye en una facultad privada para interferir en la cantidad, diversidad, multiplicidad de informaciones y puntos de vista de los usuarios.

Por su parte, el *principio de pluralismo informativo* ha sido interpretado por la CIDH en el siguiente sentido:

“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.

³ Ibidem, párr. 30



Le corresponde al Estado preservar las condiciones inmejorables que posee Internet para promover y mantener el pluralismo informativo. Esto implica asegurar que no se introduzcan en Internet cambios que tengan como consecuencia la reducción de voces y contenidos. Las políticas públicas sobre la materia deben proteger la naturaleza multidireccional de Internet y promover las plataformas que permitan la búsqueda y difusión de informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, en los términos del artículo 13 de la Convención Americana”⁴.

La Corte IDH reconoció la potestad y necesidad que tienen los Estados para regular la actividad de radiodifusión, pero resaltó el deber del Estado de “minimizar las restricciones a la información y equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas corrientes en el debate público, impulsando el pluralismo informativo”.²⁶ Con relación al pluralismo de medios, la Corte IDH recordó que “los ciudadanos de un país tienen el derecho a acceder a la información y a las ideas desde una diversidad de posturas, la cual debe ser garantizada en los diversos niveles, tales como los tipos de medios de comunicación, las fuentes y el contenido”⁵.

Con relación al *estándar de las dos dimensiones del derecho a la libertad de expresión* consideramos que la norma al establecer que “*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*”, afecta gravemente ambos estándares, generando discriminación y contraviniendo flagrantemente el principio de la igualdad, pues todas las personas deberían tener garantizado el acceso al internet de una manera universal y gratuita, que permita el uso y el disfrute del ejercicio al derecho fundamental de la libertad de expresión sin restricción alguna, y mucho menos, restricciones como las que hace la norma que contravienen las garantías de este derecho en el plano internacional.

A la luz del derecho internacional de los derechos humanos, el derecho a la libertad de expresión no es absoluta y los sistemas jurídicos de cada país pueden contener restricciones a la libertad de expresión. En tanto Colombia acoge los estándares internacionales se permiten las restricciones o las limitaciones a este derecho, siempre y cuando no se vulnere el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad de expresión. No obstante, en Colombia, en los términos del art. 214, núm. 2, en todo caso, y aun durante los estados de excepción, la suspensión de los

⁴ CIDH, Libertad de Expresión e Internet, OEA/Ser.L/V/II. - CIDH/RELE/INF. 11/, 31 diciembre 2013, párr. 18 y 19.

⁵ Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela. EPFRC. 2015, párr. 170.



derechos humanos y las libertades fundamentales, y entre ellas, la suspensión de la libertad de expresión está prohibida por este mandato constitucional.

El *Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos* establece que los Estados que limiten o restrinjan la libertad de expresión, solo podrán hacerlo si cumplen las condiciones previstas por el art. 19, núm. 3, del PIDCP. Este dispone que las restricciones: “deberán [...] estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

Sobre el tema particular de la censura previa que emana del derecho a la libertad de expresión, *el Sistema Interamericano* en su art. 13 inc. 2 la CADH establece que las restricciones al derecho a la libertad de expresión “solo podrán realizarse si han sido fijadas por la ley y son 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”:

“artículo 13: “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”

Todas estas disposiciones internacionales hacen parte del bloque de constitucionalidad, por lo cual le imponen a la Corte realizar un test estricto tripartito para evaluar la legitimidad de cualquier restricción a la libertad de expresión. Este test fue resumido por el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en su Observación General N° 34 de 2011, así como sigue: “las restricciones deben estar “fijadas por la ley”; solo pueden imponerse para uno de los propósitos indicados en los apartados 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]



y deben cumplir pruebas estrictas de necesidad y proporcionalidad”⁶. Sin embargo, cuando un Estado parte impone restricciones al ejercicio de la libertad de expresión, estas no pueden poner en peligro el derecho propiamente dicho. El Comité recuerda que la relación entre el derecho y la restricción, o entre la norma y la excepción, no debe invertirse⁷.

Las restricciones deben estar previstas en la ley. No es compatible con el Pacto que una restricción esté consagrada en el derecho tradicional, religioso u otras normas consuetudinarias análogas. Incumbe al Estado parte demostrar el fundamento en derecho de las restricciones impuestas a la libertad de expresión. Si el Comité tiene que determinar, con respecto a un Estado parte, si una restricción está impuesta por la ley, es el Estado parte quien debe proporcionar pormenores acerca de la ley y de las medidas comprendidas en su alcance. En este caso, es una ley ordinaria la que ordena la restricción de un derecho fundamental, sin tener en cuenta que este derecho solamente puede ser restringido por el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o en aras de proteger la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

La restricción de la ley demandada no se da para favorecer los derechos de los demás, sino que, al contrario, la restricción se configura al limitar el acceso de las personas a los contenidos de Internet, creando ofertas que se diseñan y ofrecen a los usuarios de acuerdo con sus perfiles de uso y consumo. Específicamente, las ofertas de “acceso gratuito” o en las que no se cobra el consumo de datos en ciertas aplicaciones y *Apps*, privilegian servicios, aplicaciones, redes sociales, etc. sobre otras fuentes de Internet por las cuales sí se cobra al usuario el consumo de datos, sin que estas restricciones sean necesarias y proporcionales.

En tal sentido, tal como afirma el Comité de Derechos Humanos:

“Cuando un Estado parte haga valer una razón legítima para restringir la libertad de expresión, deberá demostrar en forma concreta e individualizada la naturaleza precisa de la amenaza y la necesidad y la proporcionalidad de la medida concreta que se haya adoptado, en particular estableciendo una conexión directa e inmediata entre la expresión y la amenaza”⁸

Pero, además, de no ser proporcionales ni necesarias, las restricciones que impone la ley tampoco se fundamentan en razones de seguridad nacional, orden público, salud o moral públicas, por lo que al evaluar la legitimidad de las restricciones adoptadas en el último apartado del numeral 1 del art. 56 de la Ley 1450 de 2021,

⁶ Observación General N° 34, Artículo 19: Libertad de opinión y libertad de expresión, 12 de septiembre de 2011, párr. 22.

⁷ Ibid., párr. 21.

⁸ Ibid., párr. 35.



mediante el test tripartito que imponen los Instrumentos Internacionales de Protección de los Derechos Humanos, el Observatorio de Intervención Constitucional Ciudadana le solicita a la Honorable Corte Constitucional que declare la inexecutable de esta norma, al vulnerar los artículos 19 del PIDCP, art. 13 de la CADH, y el art. 20 de la Constitución Política de Colombia.

3.2 Principio de neutralidad de la red, contratos *zero rating* y control social. Posibles afectaciones a los artículos 13 y 15 de la Constitución Política

El aparte acusado del numeral primero del art. 56 de la Ley 1450 de 2011 establece un permiso para que los prestadores de servicios de internet (PSI o ISP por su sigla en inglés) hagan ofertas de acuerdo con las necesidades de los segmentos de mercado o de sus usuarios de acuerdo con perfiles de uso y consumo, lo cual, a juicio de los demandantes, constituye una violación del derecho a la igualdad, pese a que el artículo señale que tal acto no constituye una discriminación.

Dentro de los principios que rigen a todo proveedor de servicios se encuentra por supuesto el que consagra el derecho a la igualdad, motivo por el cual los PSI no deben discriminar entre diferentes aplicaciones, servicios y contenidos a los que acceden sus usuarios. La demanda considera que esta obligación se ve vulnerada por prácticas como las promovidas por los contratos *zero rating*, que generan una discriminación entre aplicaciones. Frente a esta posibilidad de interferir en el derecho a la igualdad previsto en el art. 13 de la Constitución Política, tanto de los proveedores de contenidos, como de los usuarios de internet, se ha desarrollado desde hace años el concepto de neutralidad de la red. Por las implicaciones que en el derecho a la igualdad tienen los contratos *zero rating*, pero, además, en el derecho a la intimidad de los usuarios de internet; en este apartado desarrollaremos brevemente algunas ideas que permitirán responder dos preguntas relevantes en este proceso: ¿qué relación existe entre los derechos consagrados en los artículos constitucionales 13 y 15 y el concepto de neutralidad de la red? y ¿son violatorios de la neutralidad de la red los contratos de *zero rating*? A través de la respuesta a estas preguntas buscaremos demostrar por qué, en nuestro concepto, la norma demandada, está vulnerando principios y derechos constitucionales.

Comencemos por señalar que, en América Latina, el país pionero en la consagración del principio de igualdad en el acceso a los contenidos ofertados por los PSI, es Chile. Mediante la Ley 20453 de 2010 de ese país, se establece que los PSI no pueden establecer diferencias entre aplicaciones, servicios y contenidos a los que acceden sus usuarios. Los contratos *zero rating* o tasa cero, son formas sutiles pero efectivas de hacer que los usuarios escojan una aplicación por encima de otras, ya que establece diferencias determinantes al momento de una decisión de consumo (como por ejemplo ofrecer gratuidad en un producto), discriminando así de forma práctica entre diferentes aplicaciones. Bajo ese criterio, la



Subsecretaría de Telecomunicaciones (Subtel) de Chile, órgano que vigila y controla a los PSI, “ofició a las empresas telefónicas para que adecuaran sus ofertas de «redes sociales gratis» al marco normativo vigente”⁹, para garantizar el principio de igualdad. Así, si bien en Chile no está prohibida la figura del contrato *zero rating*, este ha sido objeto de limitaciones por parte del ente de control.

La intervención de Subtel en el caso de Chile, como también ocurre con los criterios que ha desarrollado la *Federal Communications Commission* en Estados Unidos, han girado en torno al denominado “principio de neutralidad de la red”. Este fue propuesto inicialmente por el profesor TIM WU, pero durante las dos décadas que han transcurrido desde que se empleó por primera vez, el debate sobre su definición y alcance continúa abierto. Algunos los entienden como un “principio que establece que todos los contenidos que circulan por Internet deben recibir tratos igualitarios y no deben discriminarse según su origen, uso o aplicación”¹⁰

Otros autores reconocen la neutralidad de la red como una noción o propiedad de internet que “impone el trato igualitario de todo el tráfico de datos, rechazando distorsiones intencionales de los actores intervinientes que discriminen positiva o negativamente determinados contenidos o servicios”¹¹ este se sustenta sobre tres características técnicas que se establecen en el TCP/IP -*Transmission Control Protocol/Internet Protocol*- principal estándar de la red. Estas son:

“la conmutación de paquetes, dispone que la información, indistintamente de su contenido o características, se descomponga en origen y viaje en cualquier orden por rutas distintas hasta su destino, donde es reensamblada. El segundo, de “extremo a extremo”, circunscribe la función de la red al mero transporte homogéneo de paquetes entre terminales Y el tercero la estratifica en capas con funciones separadas, jerarquizadas y encadenadas: desde el nivel físico hasta el de aplicaciones”¹²

Allende las distintas definiciones que se han propuesto, para Correa Pérez es necesario entender la neutralidad de la red desde su finalidad, la cual no es otra que “impedir el trato discriminatorio al tráfico de internet”¹³; o lo que es igual, la neutralidad de la red se debe entender desde sus objetos de protección: la igualdad de trato para usuarios y proveedores de contenido, la privacidad de los datos, la

⁹ Correa, Marco (2018) *Zero-rating* y la neutralidad de la red en Chile En: Revista Chilena de Derecho y Tecnología Vol 7 Num. 1 pp. 107 – 135

¹⁰ Fernández, Paola (2014) Neutralidad de la red: tensiones para pensar la regulación de Internet. *Questión* Vol 1, n°42: p. 71

¹¹ Lufrano, Lucas (2019) El primero te lo regalan: *zero-rating* de las operadoras móviles de la Argentina En: *Questión* Question, Vol. 1, n°62: p. 3

¹² *Ibid* p. 3

¹³ Correa. Op. Cit. P 110



seguridad para todos los actores participantes en el tráfico de internet. Para responder entonces a la primera pregunta, resulta claro que el sentido jurídico concreto del concepto “neutralidad de la red” -principio para algunos autores- guarda una estrecha relación con el derecho a la igualdad consagrado en el art. 13 y con el derecho a la intimidad consagrado en el art. 15 de la Constitución Política.

Ahora bien, si la neutralidad de la red busca garantizar derechos fundamentales de los participantes del tráfico de internet, es necesario distinguir quiénes son éstos y qué derechos y obligaciones corresponden a cada uno de ellos. Para Correa estos actores son, en primer lugar, los PSI, en segundo los usuarios finales de internet, y, por último: los proveedores de los contenidos en línea. Los primeros son los “encargado(s) de disponer un espacio en su servidor para alojar los contenidos que son colgados por los proveedores de contenido, además de albergar las páginas de terceros. Eventualmente, estos ISP proporcionan acceso a la red o proveen contenidos”¹⁴; entre sus obligaciones se encuentra la de proveer el servicio garantizando condiciones de igualdad, sin importar el origen, la propiedad o el destino del tráfico. Los usuarios finales de internet, por su parte, son esa gran masa de consumidores de internet que través de una red móvil o fija, descargan contenidos, visitan sitios web, consultan redes sociales, escuchan música o miran videos en línea, buscan información, entre muchas otras actividades que realizan quienes son titulares del derecho de acceso y ejercicio libre e igualitario de actividades en línea. Finalmente, los proveedores de los contenidos son aquellos que proporcionan contenido multimedia, como pueden ser videos, música, noticias, información etc. para su distribución en línea; estos actores también deben ser protegidos por el derecho a la no discriminación en el tráfico para llegar en igualdad de condiciones a los usuarios finales.

El principio de neutralidad tiene una dimensión negativa y una positiva. En la primera se considera que la obligación de los PSI se limita a abstenerse de bloquear, interrumpir e interferir los contenidos y servicios que prestan, o sea, no censurar; en tanto que la neutralidad positiva exige a los PSI abstenerse de favorecer contenidos o a los generadores de contenidos, de tal manera que estos tengan una ventaja sobre los competidores, o que cierto tipo de contenidos llegue más fácilmente al usuario final. Esta forma de neutralidad positiva está pensada para limitar prácticas comerciales que han migrado de otros ámbitos, como la televisión por cable, al internet, entre ellas la denominada “jardín vallado”. El jardín vallado consiste en que el proveedor del servicio de televisión escoge qué canales estarán incluidos en la oferta de servicios que recibirá el televidente y en cuáles el usuario debe pagar un monto adicional si quiere recibir sus contenidos.

¹⁴ Álvarez, D. Padilla, J. Garzón, A. Muñoz, L. (2009) Proveedores de Servicios de Internet y de contenidos, responsabilidad civil y derechos de autor En: Studiositas 4(3) p. 54



Esta práctica ha sido copiada por los PSI a través de los contratos *zero rating*, sin embargo, es necesario tener en cuenta que no se puede otorgar el mismo tratamiento jurídico a una práctica como el jardín vallado cuando esta es llevada a cabo por una empresa que presta el servicio de TV por cable y cuando quien ejerce esta práctica es un PSI. La razón tiene que ver con la estructura radicalmente distinta de ambos entornos. En la primera los contenidos viajan de forma unidireccional, mientras que, en la segunda, existe una interacción fluida, directa e inmediata entre usuario y proveedor de contenidos.

En el servicio de televisión por suscripción el consumidor es un agente relativamente pasivo, mientras que el usuario de internet es activo, en tanto puede manifestar su aprobación o rechazo a los contenidos a través de “like” y otras funciones semejantes, comentar los contenidos, incluso, generar nuevos contenidos, información que puede llegar a ser visible para un público muy amplio de otros usuarios del servicio. A partir de esa diferencia, se desprende una más profunda: a través de internet el usuario puede compartir información personal, manifestar sus gustos, sus intenciones y sus deseos, incluso los más íntimos, de manera que se puede construir un perfil de usuario a través de información que es procesada por algoritmos de propiedad de las empresas que interactúan a través de internet, información que, como ya es de público conocimiento, constituye un activo invaluable en esta época.

Los prestadores del servicio de televisión no gozan de estas propiedades, motivo por el cual no podría asignárseles el mismo tratamiento a los PSI al momento en que estos emplean los contratos *zero rating* o desarrollan prácticas como las del jardín vallado, pues a mayores privilegios mayores responsabilidades. En definitiva, no están en igualdad de condiciones los PSI y las empresas prestadoras del servicio de televisión por cable, por lo cual no pueden esperar un trato semejante.

Es necesario profundizar un poco más en el contrato *zero-rating* o tasa cero, para determinar si esta figura incluida en la ley colombiana vulnera la neutralidad de la red, y así establecer si se violan no derechos constitucionales. Es de anotar, que esta discusión ya se ha presentado en otros países, sin que exista aún una posición unánime al respecto.

Lufrano, recogiendo el planteamiento de Fontanals (2016), define la tasa cero como “una forma de segregación tarifaria vía precios, mediante la cual las operadoras bonifican el consumo de determinados contenidos, servicios o aplicaciones, evitando que su tráfico sea deducido de las cuotas de planes de datos”¹⁵. Para Lufrano, se pueden identificar tres tipos de *zero rating*. Correa, como se explicará en seguida, propone una clasificación más completa y por ello preferimos ahondar

¹⁵ Lufrano. Óp. Cit, p. 5



en esa. Por lo pronto, resulta relevante la conclusión a la que llega Lufrano. Para él, cualquiera sea el tipo de tasa cero que se emplee, estos generan una distorsión en el consumo de contenidos y en el acceso al mercado, lo que permite, a quienes controlan la red, mantener y aumentar el poder que tienen sobre ella. Adicionalmente, este autor considera que el *zero rating* permite a las operadoras trasladar los costos del supuesto patrocinio a los usuarios finales.

Según Correa, el contrato tasa cero se basa en la oferta que los PSI hacen a los usuarios finales en virtud de la cual estos quedan exentos de pagar por el consumo de datos de internet relativos a ciertos servicios o contenidos específicos.

“Así, por ejemplo, se denomina tasa cero a las ofertas en que los datos utilizados en los sitios web o aplicaciones priorizados no son cobrados a los consumidores de internet de prepago, o no son descontados de la cuota mensual a los clientes de pospago con servicios de datos limitados”¹⁶

En el caso de los planes de internet ilimitados la tasa cero no tiene aplicación práctica, pues en estos el usuario puede descargar todos los contenidos que desee y la restricción estaría únicamente en la velocidad de la conexión, que disminuye en la medida que descarga mayor cantidad de contenidos. Así, la tasa cero es un tipo de oferta que adquiere mayor relevancia en los planes de internet limitado, que suelen ser de menor costo, motivo por el cual el contrato *zero-rating* es una oferta atractiva para una gran parte de los usuarios de internet en países con bajo acceso a la red, como es el caso de Colombia, donde el acceso a internet mediante una conexión móvil es mucho más económica que una conexión fija de banda ancha estándar¹⁷.

Pero no existe un solo tipo de contrato *zero rating*. Correa propone una clasificación que resulta útil para efectos de una mayor comprensión de la norma aquí demandada. Para Correa, existen al menos cinco tipos de contrato *zero-rating*:

- Único sitio: en el cual el PSI patrocina la tasa cero mediante acuerdo con el proveedor de contenido y concede acceso gratuito al usuario final a ese único sitio web o aplicación del proveedor con el que ha realizado el acuerdo.
- Datos patrocinados (*sponsored data*) o «patrocinado»: el proveedor del contenido paga al PSI el costo de los datos que el usuario final consume.
- Compuesto (*compound zero-rating*): En este modelo, una o varias empresas se asocian “con un proveedor de contenidos de internet para otorgar a sus clientes acceso sin costo a un paquete de sitios y aplicaciones seleccionadas.

¹⁶ Correa. Óp. Cit, p 111

¹⁷ Esto según datos de la *International Telecommunications Union*, recopilados en Correa.



Dicho acuerdo puede o no involucrar un pago al ISP por parte del proveedor del contenido” (Correa, 2018 p. 112)

- Categoría de sitios o categórico (*categorical zero-rating*): Semejante a la tasa cero compuesta, en este modelo las aplicaciones ofrecidas pertenecen a una misma categoría de servicios.
- Falso: Para la doctrina este no es realmente un modelo de *zero rating*, en tanto un proveedor de contenido asociado con un PSI ofrece cantidades limitadas de datos gratuitos a los usuarios finales a cambio de que estos acepten recibir publicidad o descargar una aplicación. La ventaja para los usuarios es que pueden consumir el crédito de datos como lo prefieran, no solo en los contenidos del patrocinador.

Tipo de zero rating	Patrocinio	Contenido
Único sitio	ISP	Un sitio o aplicación
Patrocinado	Proveedor de contenido	Un sitio o aplicación
Compuesto	Proveedor de contenido o ISP	Varios servicios de distinto tipo
Categoría de sitios	Proveedor de contenido o ISP	Varios servicios del mismo tipo
Falso	Indirecto (mediante publicidad)	Sin restricción

Fuente: Correa op. Cit p. 113

A partir de la clasificación elaborada, Correa propone tres teorías que responden a la pregunta acerca de si la tasa cero vulnera o no la neutralidad de la red. Para el autor, un primer grupo de teorías afirman que sí se está ante una vulneración de ese principio en tanto la figura del *zero rating* ejerce una discriminación tarifaria entre contenidos. En el segundo conjunto de teorías, Correa identifica a quienes plantean que la tasa cero no debe ser prohibida, dado que en la práctica no tiene efectos reales en la capacidad de los usuarios finales para escoger a qué contenidos acceden, por lo que no se vulneraría el principio de neutralidad de la red; incluso, para algunos autores se trata de una práctica económicamente beneficiosa. Finalmente, Correa identifica en un grupo de autores una posición ecléctica, en tanto la discusión no puede darse en términos absolutos de prohibición o aceptación sin límites del *zero-rating*, debe optarse, en cambio, por un análisis de cada modelo en particular.

Consideramos este aporte doctrinal muy significativo en este proceso, pues será el juez de constitucionalidad quien deberá en este caso, analizar de forma concreta si tal y como está regulado el contrato de *zero rating* en la legislación colombiana, vulnera o no el principio de neutralidad de la red, y por ese mismo camino, el principio de igualdad.

Para esta evaluación Correa retoma el método propuesto por Scott Jordan y Arijit Ghosh, quienes recogen los conceptos de prácticas razonables y no razonables que pueden ser identificadas a través de un test de cuatro puntos: “i) *dónde*, o la capa



en que se opera (transporte, red o datos); ii) *qué*, o la funcionalidad que afectan; iii) *quién*, o el sujeto que realiza la operación; y iv) *cuándo*, o la forma y propósito en los que se sustenta dicha práctica”¹⁸.

Las primeras indagan por las técnicas de gestión de tráfico, y las segundas por las prácticas de gestión de tráfico. Si al menos una pregunta no es contestada de forma razonable habría indicios de que el PSI está atentando contra la neutralidad de la red. Al aplicar el test de Jordan y Ghosh al *zero rating*, Correa identifica que las preguntas relevantes serán la tercera y la cuarta, en tanto las primeras siempre atiende a una diferencia meramente tarifaria. Así, ante la pregunta por el *quién* realiza la operación, se puede deducir que, si el contrato de *zero rating* es producto de una iniciativa de un PSI en respuesta al interés de los usuarios, entonces la práctica es razonable; por el contrario, si la práctica responde al patrocinio del proveedor del contenido, se vulnera el principio de neutralidad de la red. En la pregunta por el *cuándo*, se debe “analizar qué tan razonablemente discriminatoria resulta la diferenciación de precio, lo cual puede determinarse, por ejemplo, a partir de la cantidad y tipos de servicios priorizados.”

Si a cualquiera de las preguntas 3 o 4 el PSI no ofrece una respuesta razonable, se puede concluir entonces, según el método de Jordan y Ghosh, que se está ante una práctica que vulnera el principio de neutralidad de la red.

Correa encuentra que el método descrito puede ser complementado con la propuesta de Arturo Carrillo, en tanto esta aporta guías para responder a la pregunta por *cuándo*. Según Correa, para Carrillo, es necesario analizar el *zero-rating* desde tres criterios jurídicos generales: “i) razonabilidad u objetivo legítimo de la práctica; ii) necesidad, lo cual depende del contexto; y iii) proporcionalidad, que variará según el tipo de *zero-rating*, y de los beneficios y consecuencias negativas de su aplicación.”¹⁹

Una conclusión importante a la que arriba Correa, es que siempre que el PSI o el proveedor de los contenidos incida de forma directa en la elección que toman los usuarios finales, bien sea a través de un contrato de *zero rating* o de cualquier otro mecanismo semejante, nos encontramos ante una vulneración del principio de neutralidad de la red. Ahora bien, la vulneración de este principio atenta contra los derechos de dos actores participantes en la relación que busca regular la ley demandada: por un lado, lesiona el principio de igualdad del que deben gozar todos los proveedores de contenido, pues se beneficia irrazonablemente solo a aquellos que pueden, por su capacidad económica, su posición dentro del mercado o cualquier otro criterio odioso semejante, incidir en la oferta que el PSI presenta al

¹⁸ Correa. Óp. Cit p. 115.

¹⁹ Correa, op. Cit p 115



usuario final. Esto además puede generar una consecuencia que ya ha sido advertida por la *Canadian Radio-television and Telecommunications Commission*, según la cual “a largo plazo «podría ampliar o consolidar las posiciones de mercado ya favorables de los grandes ISP y de los proveedores de contenidos, y podría impedir o limitar la actividad competitiva de actores más pequeños, lo que sería perjudicial para los consumidores»”²⁰

Por el otro extremo de la relación, la vulneración del principio de neutralidad de la red afecta al usuario final, dado que se ejerce una forma de control social que promueve el consumo de los contenidos que genera o provee únicamente aquellos que pueden incidir sobre los PSI, dificultando así a los consumidores el acceso a otro tipo de contenidos, o contenidos alternativos, incluidos por supuesto aquellos que plantean posiciones críticas o simplemente diferentes de las que promueven los proveedores de contenido beneficiados con los contratos *zero rating*. Esta situación puede llevar a una peligrosa uniformidad social, donde el disenso, la capacidad de análisis crítica y el derecho a la información se verán sacrificados, renunciado así a los principios de una nación que se precia de ser democrática y pluralista.

4. Conclusión

Con base en lo expuesto solicitamos a la H. Corte Constitucional declarar inexecutable el art. 56 (parcial) de la Ley 1450 de 2011, “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”.

De los H. Magistrados, atentamente,

Jorge Kenneth Burbano Villamarín
Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional
Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.
Calle 8 No. 5-80, Segundo Piso. Cel. 3153465150. Correos:
jorgek.burbanov@unilibre.edu.co –
observaciudadanoderecho@unilibre.edu.co

²⁰ Correa, op. Cit p. 118



Universidad Libre de Colombia
Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Oscar Andrés López Cortés
Ph.D en Antropología
Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional
Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.
Calle 8 5-80, Centro de Investigaciones Socio Jurídicas
oscar.a.lopezc@unilibre.edu.co

Mary Luz Tobón Tobón
Ph.D en Derecho Constitucional
Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional
Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.
Calle 8 5-80, Centro de Investigaciones Socio Jurídicas
mary.tobon@unilibre.edu.co