

Bogotá D.C., 21 de abril de 2022

Magistrado ponente

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Corte Constitucional

E. S. D.

REFERENCIA: Intervención de Dejusticia en el expediente D-0014516. Acción de inconstitucionalidad contra el numeral primero del artículo 56 (parcial) de la Ley 1450 de 2011.

Vivian Newman Pont, Juan Carlos Upegui, Daniel Ospina Celis y Lucía Camacho Gutiérrez, directora e investigadores del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), identificados como aparece al pie de nuestras firmas, presentamos la siguiente intervención en el expediente de la referencia.

Dejusticia es un centro de investigación socio-jurídica dedicado a la promoción de los derechos humanos en Colombia y el Sur Global, y al fortalecimiento del Estado de Derecho. A lo largo de más de dieciséis años hemos realizado acciones de investigación, litigio e incidencia en distintos temas de interés público, incluyendo asuntos relacionados con la intersección entre los derechos humanos y la tecnología.

Esta intervención tiene como objeto presentar a la Corte Constitucional información relevante sobre la brecha digital en Colombia que sirva de contexto para la comprensión del impacto constitucional de prohibir la oferta de servicios de tasa o tarifa cero o *zero rating*. En lo que sigue sugerimos a la Corte estudiar la alternativa de adoptar una decisión de exequibilidad condicionada de la disposición parcialmente demandada (art. 56 Ley 1450 de 2011), dirigida al fortalecimiento progresivo de las políticas estatales de acceso a internet, acompañada de la limitación, también progresiva, de la oferta de servicios con tasa o tarifa cero. Para ello, hemos dividido nuestra intervención en cinco secciones.

En la primera, a modo de introducción, retomamos brevemente el objetivo y argumentos en que se fundamenta la acción pública de inconstitucionalidad promovida; en la segunda, planteamos la tesis de esta intervención; en la tercera retomamos análisis sobre la brecha digital en Colombia; en la cuarta ponemos en perspectiva esta información de cara al análisis del *zero rating*; en la quinta sección planteamos algunos criterios sobre la condicionalidad de la autorización de las ofertas de tasa cero; y por último, cerramos con algunas conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El 11 de noviembre de 2021, los ciudadanos Ana Bejarano Ricaurte, Emmanuel Vargas Penagos y Vanessa López Ochoa radicaron ante la Corte Constitucional una demanda de inconstitucionalidad en contra del numeral primero del artículo 56 de la Ley 1450 de 2011 (Plan Nacional de Desarrollo) 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, y los artículos 17 y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La norma demandada establece lo siguiente:

ARTÍCULO 56. NEUTRALIDAD EN INTERNET. Los prestadores del servicio de internet:

1. Sin perjuicio de lo establecido en la Ley 1336 de 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.

En su demanda, solicitaron declarar la inexequibilidad del aparte subrayado por considerar que autoriza el despliegue de las ofertas de *zero rating* o tasa cero, planes de navegación a internet en los que se facilita el acceso a un conjunto de aplicaciones, contenidos y servicios sin costo o cuya navegación no se descuenta del total de los datos del plan de navegación móvil. A juicio de los accionantes, esto es inconstitucional porque: (i) tiene un impacto negativo para la vigencia del principio de neutralidad de la Red y el ejercicio de la libertad de expresión; (ii) se trata de una exclusión del resto de contenidos, aplicaciones y servicios disponibles en internet que limitan el derecho de acceso a la información y de libre expresión con que cuentan las personas en línea, y que constituye además una discriminación injustificada con el resto de proveedores del servicio de internet y generadores de contenido; (iii) dicha exclusión genera censura previa para los usuarios de internet; (iv) la oferta de planes de *zero rating* se basa en condiciones de mercado que discriminan a la población y que constituye además una práctica de recolección de sus datos y de perfilamiento a su navegación en línea; y porque (v) los usuarios de estos planes de navegación a internet ven limitado su derecho a la libertad de consumo en tanto que no pueden elegir qué aplicación contenidos navegar sin costo.

2. NUESTRA TESIS: EL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD MÁS ALLÁ DE LA AUTORIZACIÓN INCONDICIONADA O LA PROHIBICIÓN DEL *ZERO RATING*.

Las prácticas comerciales de tasa o tarifa cero o *zero rating* facilitan que las personas accedan a ciertas aplicaciones móviles, contenidos o servicios sin que dicho acceso represente un consumo de su plan móvil de datos.

El efecto de estas prácticas comerciales sobre los derechos de los usuarios debe analizarse en función del contexto socioeconómico en que son adoptadas o desplegadas. En especial, debe analizarse en función de la situación de acceso efectivo a internet y en general en función de la existencia y de la profundidad de las brechas digitales. En Colombia la brecha digital es una realidad que, en la actualidad, condiciona, limita e impacta negativamente el ejercicio de los derechos fundamentales por la vía del acceso a internet.

Nuestra tesis es que el análisis de constitucionalidad de este tipo de medidas (habilitación para ofrecer servicios digitales con tarifa cero) debe alejarse de una lectura dicotómica prohibición-autorización, sin atender a circunstancias condicionantes (de mercado, de naturaleza técnica, regulatoria, jurídica, y de protección de las personas). Estimamos que tanto su prohibición total como la declaratoria de constitucionalidad de la previsión tal y como ha sido redactada por el legislador limita el goce de los derechos fundamentales involucrados en su despliegue de las tecnologías o es incompatible con la garantía de internet como servicio público y esencial, articulador para el ejercicio de derechos como el de la libertad de expresión y acceso a la información, a la salud, la educación y el trabajo.

En este sentido, consideramos que una aproximación moderada, orientada a una disminución de la intensidad y extensión de dicha habilitación, que sea inversamente proporcional al avance progresivo de las políticas públicas en materia de acceso a internet y de conectividad, satisface de mejor manera los mandatos constitucionales mencionados. Esta alternativa respeta el mandato constitucional según el cual el Estado debe garantizar la provisión de los servicios públicos, en los términos del artículo 365 constitucional, siendo el acceso a internet uno de carácter esencial¹, mientras se avanza progresivamente en la reducción de las ofertas servicios de navegación a internet de tarifa cero, con lo cual se asegura el valor de la neutralidad de la Red, en los términos del artículo 20 constitucional, y de la igualdad y no discriminación entre oferentes de servicios digitales, en los términos del artículo 13 constitucional.

Para soportar esta tesis nos concentramos en: (i) indicar información reciente sobre el estado de la brecha digital en el país; (ii) analizar qué aporta esta información en el abordaje de las implicaciones constitucionales de la habilitación legal para ofertar servicios con *zero rating*; y (iii) explorar criterios para armonizar los derechos de quienes por distintas razones se benefician de la existencia de ofertas de servicios con tarifa cero, y las obligaciones constitucionales del Estado colombiano orientadas a la garantía de la prestación universal, continua y de calidad, y con pleno respeto de los derechos fundamentales, del servicio público esencial de acceso a internet.

Antes de desarrollar cada uno de los puntos anunciados, ponemos de presente que esta intervención no se enfoca en los efectos económicos del *zero rating*, ni su impacto en materia de competencia o en aspectos relacionados con el derecho a la libertad económica y de empresa de los Proveedores del Servicio de internet (en adelante PSI) así como de los productores de contenido. Esta visión ha sido analizada en Colombia en dos estudios publicados en 2011² y 2022³ por la Comisión de Regulación de las Comunicaciones (en adelante CRC). Nuestra intervención, en cambio, aborda el *zero rating* con una perspectiva constitucional y de derechos fundamentales a partir de su relación con los contextos de desigualdad en el ámbito digital.

¹ Ley 2108 de 2021 “Ley de internet como servicio público esencial y universal o por medio de la cual se modifica la Ley 1341 de 2009 y se dictan otras disposiciones”.

² Comisión de Regulación de las Comunicaciones (2011). Documento de consulta pública sobre la neutralidad de la Red. Bogotá: CRC. Disponible en: <https://www.crcom.gov.co/es/biblioteca-virtual/documento-consulta-publica-sobre-neutralidad-en-internet>

³ Comisión de Regulación de las Comunicaciones (2021). Estado de la neutralidad de la Red en Colombia. Bogotá: CRC. Disponible en: <https://www.crcom.gov.co/es/biblioteca-virtual/estado-neutralidad-red-en-colombia-2021>

3. LA BRECHA DIGITAL EN COLOMBIA: CONTEXTO NECESARIO PARA EL ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DEL *ZERO RATING*

La brecha digital fue definida a finales de 1990 como la distancia que separa a las personas que tienen acceso material a internet de aquellas otras que no lo tienen. Esta visión inicial de la brecha digital apuntó a que la inequidad en el acceso material a las tecnologías digitales podía ser superada una vez se tuviese acceso físico a las mismas, enfoque que se mantendría al menos hasta inicios de la década siguiente.⁴

A partir del año 2002, los esfuerzos por teorizar en torno a la brecha digital permitieron ampliar la mirada hacia otras facetas más allá del acceso material. En la actualidad, las aproximaciones académicas y de política pública⁵ más avanzadas se enfocan en el análisis de cuatro facetas: el acceso motivacional, el acceso material, el acceso a habilidades o capacidades, y el acceso a posibilidades de uso y apropiación de las mismas.

Esta visión comprehensiva enfatiza, además, en la brecha digital como un proceso dinámico y cíclico, en donde diversos criterios correlacionados como la edad, el ingreso, y la ocupación (incluso el propio estado del arte tecnológico) pueden regresar a estadios de desventaja a las personas que previamente habían alcanzado el pleno acceso en una o más facetas determinadas.⁶

La *faceta de acceso motivacional* de la brecha digital antecede al acceso material y se refiere a las barreras mentales y psicológicas, a la condición socioeconómica, el desconocimiento, percepción social y utilidad percibida por las que las personas se disuaden, abstienen o se niegan a decidirse a acceder materialmente a las tecnologías digitales e internet.⁷

La faceta de *acceso material* se ha referido al acceso al servicio de internet y a las terminales o dispositivos para conectarse a ésta (computadores, teléfonos móviles, tabletas, etc.); así como al sitio de acceso al servicio (el hogar, el trabajo, la institución educativa, etc.) y las características de ambos. También se refiere a las características del acceso a la terminal y el servicio y la interrelación de ambas con variables como la edad, género, sexo, ubicación geográfica, ingreso, y autorreconocimiento étnico o racial de las personas; entre otros.⁸

La faceta de *acceso a habilidades* se relaciona con las capacidades instrumentales (saber manejar software y hardware); informativas (habilidades para usar, buscar, seleccionar,

⁴ van Dijk, J. (2006). "Digital divide research, achievements and shortcomings", Poetics, vol 34, issues 4-5, págs. 221-235. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0304422X06000167>

⁵ Cfr: Mosco, V. (2017). Becoming digital. Towards a post-internet society. United Kingdom: Emerald Publishing Limited; Howard, P.; Busch, L.; Sheets, P. (2010). *Comparing digital divides: internet access and social inequality in Canada and the United States*, Canadian Journal of Communication, vol. 35, págs. 109-128; Ragnedda, M. & Muschert, G. (Ed.) (2018). Theorizing digital divides. New York: Routledge. Ver también mediciones recientes de la brecha digital que adoptan el enfoque de las distintas facetas a las que referimos en esta intervención, como: Australian Government; National Indigenous Australians Agency (2021). Indigenous digital inclusion plan, *discussion paper*.

⁶ van Dijk, J. (2006). "Digital divide research, achievements and shortcomings", Poetics, vol 34, issues 4-5, págs. 221-235. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0304422X06000167> ver pág. 222.

⁷ van Dijk, J. (2005). The deepening divide: inequality in the information society. United States: Sage publications, ver pág. 65 y ss.

⁸ *Ídem*, pág. 98 y ss.

evaluar y procesar información disponible en línea); y estratégicas (para tomar ventaja de esas habilidades con fines educativos, laborales, etc.).⁹

Por último, se encuentra la faceta de *acceso a posibilidades de uso y apropiación*, asociada al provecho que se obtiene de las tecnologías digitales e internet. En esta se analizan, por ejemplo, los propósitos con que se usa internet y las terminales de conexión a la Red; la frecuencia e intensidad de su uso y, más recientemente, la accesibilidad de la Red en donde median los debates sobre el ‘idioma’ de internet y la oferta de información en idiomas distintos del inglés.¹⁰

Las prácticas de *zero rating* pueden ser vistas a través de cada una de estas facetas, pero en Colombia no hay evidencia estadística ni comparativa que permita entender, no desde la visión de las empresas y su posición en el mercado, sino a partir de la visión y experiencia de las personas, cuáles son los impactos y efectos de esta práctica económica en el ejercicio de derechos y, especialmente, en las políticas públicas de cierre de la brecha digital.

Esta falta de evidencia¹¹ en torno al análisis del *zero rating* desde la experiencia de ese otro extremo, las personas usuarias de los servicios de internet, no solo es común en Colombia sino, en general, en el resto de los países que hacen parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante OCDE). Así lo advirtió el más reciente estudio de esta organización, que comparte la preocupación porque se indague a futuro sobre sus efectos de cara a la brecha digital.

Pese a lo anterior, en lo que sigue proveeremos a la Corte Constitucional con una mirada general sobre las más recientes estadísticas oficiales que permiten comprender el estado de la brecha digital y su análisis, que llevamos a cabo en nuestro libro “Desigualdades digitales: Aproximación sociojurídica al acceso a internet en Colombia”.¹² Creemos que se trata de información que permite contextualizar el abordaje de las prácticas de *zero rating* y su posible impacto en Colombia.

En nuestro informe analizamos distintas fuentes de información pública que se aproximan, en parte, al estado de la brecha digital en Colombia: la Encuesta Nacional de Calidad de Vida de 2019; la Encuesta Nacional de Presupuesto de los Hogares del 2016 a 2017, y la información trimestral publicada por el Ministerio de las TIC sobre los puntos de acceso a internet fijo.

En dicho análisis encontramos que, en la *faceta de acceso motivacional*, el costo de los planes de internet es una razón que disuade a las personas más pobres de acceder a

⁹ *Ídem*, pág. 145 y ss.

¹⁰ *Ídem*, pág. 189 y ss.

¹¹ Sugerimos en todo caso ver el análisis regulatorio del *zero rating* que han efectuado organizaciones de la sociedad civil como Fundación Karisma.

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

¹² Saavedra V.P.; Ospina, D.; Upegui, J.C.; León, D.C. (2021). Desigualdades digitales. Aproximación sociojurídica al acceso a internet en Colombia. Bogotá: Dejusticia. Ver pg. 55, disponible en: <https://www.dejusticia.org/publication/desigualdades-digitales-aproximacion-sociojuridica-al-acceso-a-internet-en-colombia/>

internet.¹³ En la *faceta de acceso material* identificamos cómo para quienes sí cuentan con acceso material a internet, la conectividad de alta velocidad es costosa y posible en buena medida para quienes se localizan en las grandes urbes.¹⁴ A veces ni siquiera vivir en una ciudad como Bogotá es garantía de acceso a internet pues, pese a tratarse de un ambiente urbano más y mejor conectado en comparación con otras ciudades, todavía tiene índices de penetración que permanecen en niveles bajos.¹⁵ Además, encontramos que los hogares más pobres de la población que acceden a internet fijo deben gastar hasta un 30,74% de sus ingresos totales para costear mensualmente el acceso a dicho servicio, mientras que los más ricos gastan menos del 1%.¹⁶

La *faceta de capacidades* no la analizamos por ausencia de datos estadísticos disponibles. Sin embargo, en la última faceta, la *de uso y aprovechamiento*, vimos que en Colombia, sin importar el nivel de ingreso, el acceso a internet se destina en un mayor porcentaje para fines de comunicación entre personas, seguido por los usos de tipo informativo.¹⁷

Estadísticas más recientes como las publicadas el 2 de septiembre de 2021 por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística¹⁸ muestran también que el acceso a internet en el hogar (tanto en la ruralidad como en las urbes) se destina en mayor medida a navegar en las redes sociales;¹⁹ y que el costo de acceso a internet como una razón para no usarlo impacta más a los habitantes de las ciudades (22,7%) que a los habitantes del campo (18,1%), fruto de las condiciones diferenciadas de cobertura y penetración de la Red en ambos entornos.²⁰

Asimismo, las cuatro facetas de la brecha digital que mencionamos más arriba fueron analizadas en el documento “Índice de brecha digital”²¹ publicado por el Ministerio de las TIC que, en un ejercicio similar al de Dejusticia, cruzó distintas fuentes de información oficial a partir de lo cual se extrajeron estadísticas comparativas por departamentos para proponer, entre otros, indicadores de medición de la brecha digital a futuro.

Entre las conclusiones del documento se indica que la amplitud de la brecha digital a nivel nacional es mayor o más profunda respecto de la faceta de acceso material, que asciende a 0,69%, seguida de la faceta de acceso a habilidades digitales en un 0,61%, estando en tercer y cuarto lugar la faceta de acceso a oportunidades de aprovechamiento 0,36%, y la faceta de acceso a motivación con un 0,07% (que según lo advierte, es una medición subrepresentada en las estadísticas actuales).²²

¹³ *Idem*, pág. 55.

¹⁴ *Idem*, pág. 59.

¹⁵ *Idem*, pág. 59.

¹⁶ *Idem*, pág. 61 y 62.

¹⁷ *Idem*, pág. 66.

¹⁸ Departamento Administrativo Nacional de Estadística (2021). Boletín técnico. 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. Disponible en: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/tecnologia-e-innovacion/tecnologias-de-la-informacion-y-las-comunicaciones-tic/indicadores-basicos-de-tic-en-hogares>

¹⁹ *Idem*, pág. 39.

²⁰ *Idem*, pág. pg 40.

²¹ Unión Temporal UT- Brechas 2019 (2020). Índice de brecha digital regional. Bogotá: Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Disponible en: <https://colombiatic.mintic.gov.co/679/w3-article-162387.html>

²² *Idem*, pág. 129.

4. ¿QUÉ APORTAN ESTOS ANÁLISIS EN EL ABORDAJE DEL *ZERO RATING*?

Para avanzar en este punto, es importante tener en mente que en Colombia todavía hay porcentajes significativos de la población que están desconectada. Una de las razones de dicha desconexión apunta al costo del acceso material a internet que impacta de manera diferenciada a las personas según su nivel de ingreso y ubicación en las ciudades o en el campo, entre otras variables.

La habilitación legal para ofrecer servicios a *zero rating* o planes de costo cero, cuya constitucionalidad se cuestiona, es una decisión del legislador que busca permitir que distintos actores del mercado puedan atender segmentos de la población que desean acceder a aplicaciones, contenidos y servicios disponibles en línea, sin que dicho acceso se traduzca en un mayor costo o en el consumo de los datos de su plan de navegación a internet móvil.²³ Estos planes de costo cero se ofertan como fruto de la iniciativa de los PSI o como producto del acuerdo de patrocinio suscrito con los Productores de Contenidos, Servicios y Aplicaciones (PCSA en adelante) como lo son intermediarios como Meta, Google, Twitter, entre otros, incluyendo en algunas ocasiones a los propios Estados.²⁴

La decisión de estos actores sobre qué aplicaciones son accesibles sin costo para el usuario proviene, entre otros, de los análisis de “perfil de consumo de los clientes” o de “lo que más demande el mercado en ese momento”.²⁵ En dichos análisis se determina cuáles²⁶ son las aplicaciones de mayor demanda por parte de los usuarios de internet para que su oferta gratuita parezca atractiva y permita influenciar las decisiones de consumo.

Al extrapolar los análisis sobre el acceso material a internet se puede afirmar que la oferta de planes a costo cero se traduce en dos cosas distintas según la geografía y los ingresos de las personas que los adquieren. En las ciudades, por ejemplo, la oferta de planes de navegación a internet es más rica y diversa, en tanto que es el escenario mejor conectado a la Red. En la ruralidad, por el contrario, una menor cobertura significa también una reducción en la oferta de planes de este tipo. En ambos casos, acceder a más aplicaciones y contenidos sin costo es un escenario ventajoso para la población más pobre en tanto que no impacta negativamente sus ingresos.

Pero esta diferenciación va más allá de las consideraciones en torno a las decisiones de consumo que efectúan las personas en cada caso. Una eventual declaratoria de

²³ Los planes de zero rating fueron inicialmente ofrecidos para la navegación de internet fijo pero en la última década ha predominado en el acceso a internet móvil. Ver: OECD (2019). “The effects of zero rating”, *OECD Digital Economy Papers*, No. 285, Paris: OECD Publishing. Disponible en: <https://doi.org/10.1787/6eefc666-en>.

²⁴ *Idem*, pág. 5. La OCDE documentó el caso de aplicaciones de servicios sociales del Estado que son accesibles vía *zero rating* en Reino Unido y Sudáfrica. Incluso en Colombia ya han tenido prácticas de *zero rating* promocionadas por el Estado durante la pandemia y que abordaremos más adelante.

²⁵ Comisión de Regulación de las Comunicaciones (2021). Estado de la neutralidad de la Red en Colombia. Bogotá: CRC. Disponible en: <https://www.crcom.gov.co/es/biblioteca-virtual/estado-neutralidad-red-en-colombia-2021>, ver pág. 66

²⁶ La OCDE agrupa la oferta de aplicaciones de zero rating bajo dos categorías, la de aplicaciones y la de servicios. En la categoría de aplicaciones se encuentran las de redes sociales y mensajería (Facebook, WhatsApp, Twitter, etc.); de movilidad (Moovit, Waze, Google Maps, etc.); de música (Deezer, Spotify, etc.). En la categoría de servicios desagrega en música y video (Youtube, Vimeo, etc.). Ver OECD (2019). “The effects of zero rating”, *OECD Digital Economy Papers*, No. 285, Paris: OECD Publishing. Disponible en: <https://doi.org/10.1787/6eefc666-en> Ver pág. 5 y ss.

inexequibilidad de la habilitación legal para ofertar planes de *zero rating* puede traer como consecuencia la supresión de la única alternativa de acceso a internet o la eliminación de la oferta más beneficiosa con que cuentan las personas más pobres para comunicarse.²⁷

Los beneficios asociados a la compra de paquetes de navegación de internet móvil a costo cero van más allá de las ventajas económicas que ello supone y se asocian también con el entorno relacional de las personas. Es decir, los planes de *zero rating* pueden ser preferidos (incluso ser la única opción) por quienes encuentran la posibilidad de usar, sin costo, las aplicaciones de redes sociales y mensajería instantánea en que se encuentra mayoritariamente su círculo social (como sucede en el caso de WhatsApp en Colombia²⁸). La inexequibilidad del *zero rating* impactaría también en dicho ámbito.

La supresión de la habilitación legal del *zero rating* no es un asunto menor: podría acentuar la brecha digital en su faceta de *acceso material*. Si bien es cierto que se privaría del acceso a solo un conjunto reducido de aplicaciones móviles (especialmente de mensajería y redes sociales) y contenidos en línea de ese tipo, también es cierto que *alguna forma de acceso a internet* es preferible a *ningún acceso en absoluto*.

En palabras de Lyons, la eliminación del *zero rating* obligaría a las personas a elegir entre dos opciones subóptimas: tener que comprar planes internet móvil que no pueden costear; o no tener el servicio con acceso gratuito a ciertas aplicaciones, contenidos y servicios de su interés.²⁹

Este es un argumento que ha servido como incentivo para que se permitan los planes de *zero rating* en algunos países. Sin embargo, debe ser también matizado. Organismos como la OCDE han advertido, por ejemplo, que la gratuidad puede no ser tal, pues los costos del acceso a ese conjunto de aplicaciones y contenidos terminan trasladándose a los usuarios de otros tipos de planes de internet. Incluso, puede desincentivar la emergencia de nuevos proveedores del servicio de internet y generadores de contenidos, afianzando así la posición dominante de quienes ya la ejercen. En materia de brecha digital, lo anterior puede traducirse también en la potencial disuasión de actores que quieran, por una parte,

²⁷ Según el más reciente informe de la CRC, los planes de *zero rating* ofertados actualmente en Colombia apuntan específicamente a favorecer el acceso a las aplicaciones de redes sociales (Facebook y Twitter) y mensajería (WhatsApp), lo cual se corresponde con las estadísticas del DANE según las cuales internet se usa en su mayoría para fines de comunicación. Ver: Comisión de Regulación de las Comunicaciones (2021). Estado de la neutralidad de la Red en Colombia. Bogotá: CRC. Disponible en: <https://www.crcom.gov.co/es/biblioteca-virtual/estado-neutralidad-red-en-colombia-2021>, Ver pág. 59 y ss.

²⁸ Según la Superintendencia de Industria y Comercio, la aplicación WhatsApp contaba en 2021 con al menos 39 millones de usuarios en Colombia. Ver: Superintendencia de Industria y Comercio (26 de mayo, 2021). *Superindustria ordena a WhatsApp cumplir con el estándar nacional de protección de datos de sus 39 millones de usuarios en el país*, comunicado de prensa, disponible en: <https://www.sic.gov.co/slider/superindustria-ordena-whatsapp-cumplir-con-el-est%C3%A1ndar-nacional-de-protecci%C3%B3n-de-datos-de-sus-39-millones-de-usuarios-en-el-pa%C3%ADs> La penetración de la aplicación móvil en Colombia es tal que su caída (y el resto de productos de Meta) por más de seis horas en octubre de 2021 generó análisis locales asociados a la afectación de la comunicación de las personas que dependen exclusivamente de su uso para llevar a cabo transacciones de comercio informal, para comunicarse, entre otros, y que impactan también en aspectos como la neutralidad de la Red. Ver: Velásquez, A. (11 de octubre, 2021). *Las lecciones de la caída de Facebook*, Razón Pública. Disponible en: <https://razonpublica.com/las-lecciones-la-caida-facebook/>

²⁹ Lyons, D. (2015). Zero rating: narrowing the digital divide in the mobile broadband market. *Blog post*, AEI.org. Disponible en: <https://www.aei.org/technology-and-innovation/telecommunications/zero-rating-narrowing-digital-divide-mobile-broadband-market/>

apostar por la conectividad de las regiones más apartadas o ubicadas en la “última milla”, y por otra, emprender en la Red y diversificar los contenidos accesibles en línea.³⁰

Matices adicionales los han advertido otras organizaciones. IFEX,³¹ por ejemplo, ha manifestado que facilitar el acceso a un conjunto reducido de aplicaciones móviles (o solo algunas de sus características) podría moldear negativamente la experiencia y usabilidad de internet por parte de las personas, especialmente de aquellos que denomina como “primeros usuarios” y que se extendería tanto a las facetas de uso y habilidades de la brecha digital. Por su parte, Epicenter.Works³² concluyó en un informe sobre países del Espacio Económico Europeo que la oferta de planes de *zero rating* sirvió como incentivo para el alza en los precios de acceso a internet de banda ancha. Esta última organización también evidenció que la tarea de saber cuándo y cuántas veces una persona accede a las aplicaciones de navegación sin costo para no descontar datos de su plan de navegación ha implicado la puesta en práctica de mecanismos de vigilancia y monitoreo de su navegación en línea, lo que podría facilitar el acceso a información sensible de los usuarios de estos planes por parte de los actores que los ofrecen.³³

Diversos estudios³⁴ afirman, en todo caso, que los efectos del *zero rating* y las conclusiones evidenciadas en ciertos contextos no pueden ser trasplantadas de manera indistinta a otros países, pues las condiciones del mercado digital de contenidos y de telecomunicaciones, el escenario regulatorio, la estructura de internet y la posición dominante de los actores que los ofertan, así como la profundidad de la brecha digital merecen una revisión caso a caso para determinar si estas ofertas deben o no ser permitidas y en caso afirmativo, bajo qué condiciones.

5. EXPLORAR ESCENARIOS PARA LA PROGRESIVIDAD INVERSA DEL *ZERO RATING*

Un análisis reciente publicado por Pandey, Bhalla y Bandyopadhyay en el que analizan las prácticas de *zero rating* de cara a la brecha digital advierte que las posturas intermedias son más adecuadas, especialmente en contextos donde la brecha es todavía profunda y significativa. Según los autores, las aproximaciones que se separan de la prohibición total del *zero rating* (por impactos negativos en materia de neutralidad de la Red y en materia de competencia) o de su autorización incondicionada (al dejar que el mercado se autorregule

³⁰ Ard, B.J. (2016). Beyond Neutrality: How Zero Rating Can (Sometimes) Advance User Choice, Innovation, and Democratic Participation, *Maryland Law Review*, 75, n. 4. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2781791.

³¹ Jeremy, M. (2014). Net neutrality, “zero rating” and the global digital divide. *IFEX Blog*. Disponible en: <https://ifex.org/net-neutrality-zero-rating-and-the-global-digital-divide/>

³² Epicenter.Works (2019). Report: the Net neutrality in the EU. Evaluation of the first two years of enforcement. Disponible en: <https://en.epicenter.works/document/1522>

³³ *Idem*, pág. 34 y ss.

³⁴ OECD (2019). “The effects of zero rating”, *OECD Digital Economy Papers*, No. 285, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/6eefc666-en>; Electronic Frontier Foundation (2014). Net neutrality and the digital divide, disponible en: <https://www.eff.org/es/node/81546>; Henrique, R. (2015). internet.org platform raises new questions on the debate about Zero Rating and the digital divide, *internetLab Blog*. Disponible en: <https://internetlab.org.br/en/opinion/internet-org-platform-raises-new-questions-on-the-debate-about-zero-rating-and-the-digital-divide/>; Pandey, N; Bhalla, M.; Bandyopadhyay (2019). Role of the digital divide in optimal zero-rating policy, *IIM Bangalore Research Paper*, n. 591, Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3388474

y responda a sus propias prácticas),³⁵ permitirían explotar las ventajas de su funcionamiento sin tener que privar de tajo a quienes en la actualidad se benefician de estos planes.

Dicha posición intermedia creemos que requiere, en principio, la disponibilidad sobre información en torno al estado de la brecha digital a nivel local. Si partimos del mandato constitucional de garantizar la prestación universal del servicio público esencial de internet y el objetivo de las autoridades de aumentar la penetración de internet, es igualmente importante generar diagnósticos actualizados sobre cómo focalizar y diferenciar los esfuerzos de política pública que apunten a su cierre. También, se debe incentivar la producción de análisis de impacto normativo, tecnológico y de derechos humanos que permitan evaluar cómo el despliegue del *zero rating* en Colombia ha impactado en la manera en que las personas se comunican, usan y aprovechan internet.

En este contexto resulta conveniente analizar la articulación y la compatibilidad de la habilitación legal para ofrecer servicios de tasa cero (tal y como se encuentra en el numeral primero del artículo 56 de la Ley 1450 de 2011), las prácticas efectivas de *zero rating* y las dinámicas de las políticas públicas orientadas a reducir las brechas digitales y asegurar la universalidad de la prestación del servicio público de internet. Dicha compatibilidad puede tener lugar siempre que se fijen criterios de naturaleza jurídica, de mercado, técnicas (algunos de estos criterios ya fueron exploradas por la CRC en un concepto de 2017 que refirió a una metodología³⁶ técnica de análisis del *zero rating* en Colombia y cuyo contenido puede ser analizado por la Corte Constitucional en esta ocasión), y de protección a los usuarios de internet.

Entre los criterios³⁷ que pueden fortalecer los *derechos de los usuarios de internet* vale la pena fortalecer tres en concreto, aunque algunos de estos ya son abordados, en parte, por la Resolución 3502 de 2011 que regula la neutralidad de la Red en Colombia (como sucede con el de transparencia, que abordamos más abajo y que está regulada en el artículo 3, numeral 3.3 y en el artículo 9 de la resolución).

Estos criterios incluyen, en primer lugar, que las políticas públicas de conectividad se enmarquen en condiciones de progresividad y no regresividad (un concepto afín a la concepción de internet como servicio público esencial según la Ley 2108 de 2021, y que subyace a la ratio decidendi de la sentencia T-030 de 2020, en la que la Corte tuteló el acceso a internet como un contenido prestacional del derecho fundamental a la educación). En segundo lugar, que se reduzca la dependencia exclusiva de sectores de la población a los planes de *zero rating* a medida que el Estado fortalezca los esfuerzos para garantizar el acceso efectivo a internet en la “última milla”, y se verifique una mayor diversidad en la oferta de planes de navegación a internet móvil bajo condiciones de

³⁵ Pandey, N; Bhalla, M.; Bandyopadhyay (2019). Role of the digital divide in optimal zero-rating policy, *IIM Bangalore Research Paper*, n, 591, Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3388474

³⁶ Comisión de Regulación de las Comunicaciones (2017). Concepto 583703 de junio 10 de 2017. Disponible en: https://normograma.info/crc/docs/concepto_crc_0583703_2017.htm?q=neutralidad

³⁷ Criterios adicionales en este sentido ya han sido explorados en el pasado por la Fundación Karisma. Ver: Castañeda, J. D.; González, L.D. (2017). Neutralidad de la Red y ofertas comerciales en Colombia. Análisis de la Regulación. Bogotá: Fundación Karisma. Disponible en: <https://karisma.org.co/wp-content/uploads/download-manager-files/Agosto%209%20-%20Informe%20neutralidad%20de%20la%20red.pdf>

asequibilidad deseables. Y, en tercer lugar, todo ello al tiempo, que el Estado garantice el cumplimiento de los deberes de transparencia de quienes ofrecen y prestan los servicios digitales con tarifa cero.

Sobre este último criterio, tal y como lo pusieron de manifiesto varios comentarios dirigidos a la consulta efectuada por la CRC sobre su informe “Estudio de la neutralidad de la Red en Colombia”, se requiere fortalecer los mecanismos de transparencia en la oferta de planes de *zero rating*. Algunos de los comentarios apuntaron “la necesidad de brindar más información, principalmente en términos de: ancho de banda, topes y detalles de facturación, cláusulas de permanencia, cobertura, entre otros”. Los usuarios también sugieren “la aplicación de veedurías para el cumplimiento de las condiciones del servicio”.³⁸ Las agremiaciones, por su parte, pusieron de manifiesto “la necesidad de que los PRST [proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones] brinden mayor claridad en cuanto a la información transmitida a los usuarios y que hace referencia a la disponibilidad del servicio, limitaciones en ancho de banda, consumo de datos, restricciones propias de los medios de transmisión”, y sobre todo, en información “que el usuario pueda comprender”.³⁹

Como condición se precisa de una mayor transparencia sobre los términos y condiciones de los planes de navegación a costo cero para que la información proveída a las personas sea clara, accesible y comprensible. Dicha información debe versar sobre los aspectos señalados, y ser especialmente explícita sobre si se adelanta recogida de datos personales o si se aplican técnicas de monitoreo o vigilancia de la navegación en internet de la persona. Dicha información, además, debe permitir a los usuarios tener conocimiento sobre la oportunidad y las condiciones en que se descuentan datos del plan de navegación a internet cuando aquella accede a las aplicaciones y contenidos que no tienen costo.

Sobre esto último, Stallman y Adams⁴⁰ proponen que para lograr dicho objetivo se notifique a los usuarios de manera expresa cuándo se encuentran navegando en contenidos y aplicaciones que consumen datos de su plan de navegación y cuándo dicho consumo es gratuito o no tiene costo. Proponen un modelo de notificación bajo mensajes con colores que no pueda ser ignorado por la persona. Y dicen que dicha notificación puede incluso impactar positivamente en la experiencia de uso de internet de la persona que, estando bien informada, puede decidir explorar nuevos contenidos y servicios reconociendo fácilmente cuándo su navegación se descuenta o no de su plan de datos.

Igualmente, se precisa de mayor transparencia sobre las condiciones bajo las cuales se diseñan y se ofertan estos planes cuando son producto de la iniciativa de los PSI o fruto del acuerdo entre éstos y los PCSA. Según el informe de 2021 de la CRC sobre neutralidad de la Red, los proveedores del servicio de internet en Colombia informaron que en la

³⁸ Comisión de Regulación de las Comunicaciones (2021). Estado de la neutralidad de la Red en Colombia. Bogotá: CRC. Disponible en: <https://www.crcm.gov.co/es/biblioteca-virtual/estado-neutralidad-red-en-colombia-2021>, Ver pág. 65

³⁹ *Ídem*, pág. 65

⁴⁰ Stallman, E.; Adams, S. (2016). Zero rating: A framework for assessing benefits and harms. Washington D.C.: Center for Democracy and Technology. Disponible en: <https://cdt.org/insights/zero-rating-a-framework-for-assessing-benefits-and-harms/>

actualidad no suscriben acuerdos con los productores de contenidos y aplicaciones para ofertar planes de *zero rating*.⁴¹

Sin embargo, es de público conocimiento que el Estado colombiano suscribió en abril de 2020 un acuerdo⁴² de *zero rating* con los principales PSI en el contexto de la pandemia por COVID-19 para facilitar a usuarios del servicio de internet el acceso a la información contenida en 20 URLs seleccionadas previamente por el Ministerio de las TIC, según lo ordenado por los Decretos 464 y 555 de 2020. Esta medida fue renovada en abril de 2021 bajo una modalidad ligeramente distinta, a través de la entrega de 145 mil tarjetas SIM cargadas con 5 gigas de navegación, WhatsApp ilimitado y el acceso a 20 URLs sin costo, destinadas a estudiantes de las instituciones educativas del país en el marco del proyecto “Última milla móvil”.⁴³

La primera medida fue comentada por algunas organizaciones de la sociedad civil ante la Corte Constitucional con ocasión del análisis de constitucionalidad de ambos decretos al generar dudas en torno a los criterios de selección de los contenidos y URLs accesibles sin costo. Especialmente, porque el acceso sin pago se dirigió en exclusivo a los usuarios del servicio de internet móvil en modalidad pospago sin que hubiese mediado una justificación razonable y objetiva para la discriminación de los usuarios de la modalidad prepago.

Cuando se suscriben acuerdos de este tipo con terceros de naturaleza comercial o con los Estados, los términos de lo pactado suelen ser confidenciales tal y como lo han advertido la Comisión Europea⁴⁴ así como IFEX.⁴⁵ En este sentido convendría, en caso de que se decida a favor de la permanencia condicionada de estos planes de navegación en internet de tasa cero, que su continuidad atienda, asimismo, a estándares más rigurosos en materia de transparencia activa (en el caso del *zero rating* promocionado por el Estado), y de acceso a la información y transparencia corporativa en el caso de los PSI y PCSA de tipo comercial. Mayor y mejor información significa también el fortalecimiento de una herramienta que es, a su turno, facilitadora para el ejercicio de otros derechos.

⁴¹ Karisma documentó que en 2015 Facebook y Tigo habían suscrito un acuerdo para la oferta vía *zero rating* de *Free Basics*, una versión de “internet” accesible de manera gratuita y con contenidos curados por Facebook. Ver: Castañeda, J. D.; González, L.D. (2017). Neutralidad de la Red y ofertas comerciales en Colombia. Análisis de la Regulación. Bogotá: Fundación Karisma. Disponible en: <https://karisma.org.co/wp-content/uploads/download-manager-files/Agosto%209%20-%20Informe%20neutralidad%20de%20la%20red.pdf>

⁴² Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (2020). Durante la cuarentena, colombianos con planes móviles pospago tendrán acceso gratuito a 20 sitios en internet. Disponible en: <https://www.mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-Prensa/Noticias/126471:Durante-la-cuarentena-colombianos-con-planes-moviles-pospago-tendran-acceso-gratuito-a-20-sitios-en-internet>

⁴³ Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (2021). Así puede aplicar a uno de los planes de datos que entregará el MinTIC. Disponible en: <https://www.mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-prensa/MinTIC-en-los-medios/175729:Asi-puede-aplicar-a-uno-de-los-planes-de-datos-que-entregara-MinTIC>

⁴⁴ European Commission (2017). Zero rating practices in broadband markets. Luxembourg: Publication Office of the European Union. Disponible en: <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kdo217687enn.pdf> Ver pág 116

⁴⁵ Jeremy, M. (2014). Net neutrality, “zero rating” and the global digital divide. *IFEX Blog*. Disponible en: <https://ifex.org/net-neutrality-zero-rating-and-the-global-digital-divide/> en dicha entrada de blog se cita el caso de excepción que fue en su momento la oferta de Wikipedia Zero donde Wikipedia Foundation suscribió un acuerdo con más de 97 PSI para proveer acceso gratuito a Wikipedia. Los términos del acuerdo fueron abiertamente públicos para conocimiento de los usuarios de internet.

6. CONCLUSIÓN

El análisis jurídico sobre la constitucionalidad de la habilitación legal para ofertar planes de navegación a internet móvil de tarifa cero o *zero rating*, sin perjuicio de que pueda también examinarse bajo el prisma de las libertades económicas, ha demostrado ser un asunto de derechos fundamentales. No solo por su relación con el principio de neutralidad de la Red, fundacional en la arquitectura de internet y articulador del derecho a la libertad de expresión en línea; sino porque incide directamente en el *acceso material* a internet de segmentos de la población que de otro modo estarían desconectadas o que tendrían que pagar un precio muy alto para estarlo. En este sentido, este proceso de constitucionalidad tiene todo que ver con el fenómeno de las desigualdades digitales.

Este último punto es de capital importancia, pues la reducción de dichas desigualdades, por la vía de la garantía efectiva del acceso material a internet, es un presupuesto para el ejercicio de múltiples derechos fundamentales, desde la libertad de expresión y el acceso a la información pública, hasta la educación, la salud y el trabajo, entre muchos otros.

El estudio de constitucionalidad de la habilitación legal para ofrecer servicios de tarifa cero, que funge como un incentivo para su práctica comercial, no puede adelantarse sin atender al estado actual de la brecha digital y las políticas nacionales de acceso a internet. Cercenar el acceso gratuito a un conjunto reducido de aplicaciones móviles y contenidos con el que cuentan miles de personas en el país que se benefician de estas ofertas comerciales podría significar un costo muy alto para las personas más desaventajadas, con consecuencias directas en la profundización de las desigualdades digitales.

Sin embargo, es indiscutible que la habilitación legal para la oferta de servicios con tarifa cero, sin atenuantes ni condiciones, tiene efectos también sobre la neutralidad de la Red, la igualdad y no discriminación entre oferentes de servicios de telecomunicaciones, y en general, sobre las libertades en el complejo escenario que es internet.

Por lo anterior, la amplitud de la habilitación para la prestación de servicios *zero rating* debería reducirse paulatinamente y de forma proporcional al avance progresivo de las políticas de conectividad. Del mismo modo, mientras se avanza progresivamente en el acceso universal y efectivo a internet es indispensable el fortalecimiento de mecanismos de transparencia que garanticen el acceso a la información sobre los servicios a *zero rating*, no solo de cara a las personas que los usan, sino del resto de la sociedad que se ve impactada por la habilitación legal que los permite.

Para notificaciones, al correo electrónico notificaciones@dejusticia.org

Atentamente,