Sentencia C-151/20

DECRETO LEGISLATIVO EN DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA QUE ESTABLECE MEDIDAS EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES-Exequibilidad

ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA DERIVADO DE LA PANDEMIA POR COVID-19-Exequibilidad del Decreto Legislativo 417 de 2020

DECRETOS DECLARATORIOS DE ESTADOS DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL O ECOLOGICA-Reiteración de jurisprudencia

CONSTITUCION POLITICA DE 1991-Establece tres clases de estados de excepción

ESTADOS DE EXCEPCION-Carácter reglado, excepcional y limitado/ESTADOS DE EXCEPCION-Control político por el Congreso de la República/ESTADOS DE EXCEPCION-Control jurídico lo impone la Constitución

ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Contenido

A la luz del artículo 215 de la Constitución, el Estado de Emergencia podrá ser declarado por el Presidente de la República y todos los ministros siempre que sobrevengan hechos distintos a los previstos en los artículos 212 y 213 que: 1) perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que 2) constituyan grave calamidad pública.

CALAMIDAD PUBLICA-Definición

La calamidad pública alude a un evento o episodio traumático, derivado de causas naturales o técnicas, que altera gravemente el orden económico, social o ecológico, y que ocurre de manera imprevista y sobreviniente.

ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA, O DE GRAVE CALAMIDAD PUBLICA-Características

ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA, O DE GRAVE CALAMIDAD PUBLICA-Competencias del Congreso de la República

En relación con las competencias del Congreso en el marco de los estados de emergencia, el propio artículo 215 de la Constitución establece que 1) examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas; 2) podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno, así como ejercer sus atribuciones constitucionales; y, 3) se reunirá por derecho propio, si no fuere convocado por el Gobierno Nacional.

ESTADOS DE EXCEPCION-Concepto

Los estados de excepción son respuestas, fundadas en la juridicidad que impone la Carta Política, a situaciones graves y anormales que no pueden ser enfrentadas por el Estado a partir de sus competencias ordinarias.

DECRETOS EXPEDIDOS DURANTE ESTADOS DE EXCEPCION-Sujetos a requisitos y limitaciones formales y materiales

DECRETOS EXPEDIDOS DURANTE ESTADOS DE EXCEPCION-Criterios y parámetros de control constitucional/PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN ESTADOS DE EXCEPCION-Alcance

La existencia de un régimen jurídico con sujeción al cual deben ejercerse las competencias que surgen de la declaratoria de un estado de excepción concretan el principio de legalidad que, como lo ha indicado este tribunal 1) obliga a que el Gobierno actúe con sujeción a las normas nacionales que rigen los estados de excepción; y 2) exige que las suspensiones extraordinarias de los derechos y libertades que tengan lugar en razón de la crisis no sean incompatibles con las obligaciones del Estado y, en particular, con aquellas derivadas del

derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Cumplimiento de requisitos formales y materiales

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ESTADO DE EMERGENCIA-Juicio formal

El examen formal del decreto exige verificar, en su orden, el cumplimiento de tres exigencias básicas: (i) la suscripción por el Presidente de la República y por todos sus ministros; (ii) la expedición en desarrollo del estado de excepción y durante el término de su vigencia; y (iii) la existencia de motivación. Igualmente en los casos en los cuales la declaratoria del Estado de Emergencia haya comprendido únicamente determinado ámbito territorial, debe examinarse que los decretos de desarrollo no lo excedan.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ESTADO DE EMERGENCIA-Juicio material

El examen material comprende el desarrollo de varios escrutinios que, como lo ha indicado la Corte, constituyen expresiones operativas de los principios que guían los estados de excepción.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de finalidad

A la luz de este juicio, toda medida contenida en los decretos legislativos debe estar directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión o agravación de sus efectos.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de conexidad material

Con este juicio, se pretende determinar si las medidas adoptadas en el decreto legislativo guardan relación con las causas que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción. La Corte Constitucional ha señalado que la conexidad debe ser evaluada desde dos puntos

de vista: (i) interno, esto es, la relación entre las medidas adoptadas y las consideraciones expresadas por el Gobierno nacional para motivar el decreto de desarrollo correspondiente y, (ii) externo, es decir, el vínculo entre las medidas de excepción y los motivos que dieron lugar a la declaratoria del Estado de Emergencia.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de motivación suficiente

(…) ha sido considerado como un juicio que complementa la verificación formal por cuanto busca dilucidar si, además de haberse formulado una fundamentación del decreto de emergencia, el Presidente ha presentado razones que resultan suficientes para justificar las medidas adoptadas. Dicha motivación es exigible frente a cualquier tipo de medidas, siendo particularmente relevante para aquellas que limitan derechos constitucionales, por cuanto, el artículo 8 de la LEEE establece que “los decretos de excepción deberán señalar los motivos por los cuales se imponen cada una de las limitaciones de los derechos constitucionales”.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de ausencia de arbitrariedad

(…) tiene por objeto comprobar que en el decreto legislativo no se establezcan medidas que violen las prohibiciones para el ejercicio de las facultades extraordinarias reconocidas en la Constitución, la LEEE y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. La Corte Constitucional debe verificar que las medidas adoptadas en los decretos legislativos: (i) no suspendan o vulneren el núcleo esencial de los derechos y libertades fundamentales; que (ii) no interrumpan el normal funcionamiento de las ramas del poder público y de los órganos del Estado y, en particular, (iii) que no supriman o modifiquen los organismos y las funciones básicas de acusación y juzgamiento.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de intangibilidad

(…) parte del reconocimiento que ha hecho la jurisprudencia constitucional acerca del carácter “intocable” de algunos derechos, los cuales, a la luz de los artículos 93 y 214 de la Constitución, no pueden ser restringidos ni siquiera durante los estados de excepción. La Corte ha establecido que en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, se consideran como derechos intangibles el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles,

inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia; los derechos del niño a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas; y el derecho al habeas corpus. Son igualmente intangibles los mecanismos judiciales indispensables para la protección de esos derechos.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de no contradicción específica

(…) tiene por objeto verificar que las medidas adoptadas en los decretos legislativos (i) no contraríen de manera específica a la Constitución o a los tratados internacionales; y (ii) no desconozcan el marco de referencia de la actuación del Ejecutivo en el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, esto es, el grupo de medidas descritas en los artículos 47, 49 y 50 de la LEEE. Ha destacado la Corte que entre las prohibiciones se encuentra, por expreso mandato constitucional y legal, la consistente en que el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en el artículo 215.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de incompatibilidad

(…) según el artículo 12 de la LEEE, exige que los decretos legislativos que suspendan leyes expresen las razones por las cuales son irreconciliables con el correspondiente estado de excepción.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de necesidad

(…) previsto en el artículo 11 de la LEEE, implica que las medidas que se adopten en el decreto legislativo sean indispensables para lograr los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción. La Corte ha señalado que este análisis debe ocuparse (i) de la necesidad fáctica o idoneidad, la cual consiste en verificar fácticamente si las medidas adoptadas permiten superar la crisis o evitar la extensión de sus efectos, de manera tal que

se evalúa si el Presidente de la República incurrió o no en un error manifiesto respecto de la utilidad de la medida para superar la crisis; y (ii) de la necesidad jurídica o subsidiariedad que implica verificar la existencia dentro del ordenamiento jurídico ordinario de previsiones legales que fueran suficientes y adecuadas para lograr los objetivos de la medida excepcional.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de proporcionalidad

(…) que se desprende del artículo 13 de la LEEE, exige que las medidas que se adopten en desarrollo de los estados de excepción sean respuestas equilibradas frente a la gravedad de los hechos que causaron la crisis. Igualmente, la Corte ha precisado que el examen de proporcionalidad exige que las restricciones a derechos y garantías constitucionales se impongan en el grado absolutamente necesario para lograr el retorno a la normalidad. Advierte la Corte que este examen particular no excluye, naturalmente, la aplicación del examen de proporcionalidad cuando ello se requiera, por ejemplo, para controlar restricciones a derechos constitucionales, por ejemplo, en el juicio de ausencia de arbitrariedad.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de no discriminación

(…) el cual tiene fundamento en el artículo 14 de la LEEE, exige que las medidas adoptadas con ocasión de los estados de excepción, no pueden entrañar segregación alguna, fundada en razones de sexo, raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica o de otras categorías sospechosas. Adicionalmente, este análisis implica verificar que el decreto legislativo no imponga tratos diferentes injustificados.

ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA DERIVADO DE LA PANDEMIA POR COVID-19-Exequibilidad del Decreto Legislativo 464 de 2020

DECRETO LEGISLATIVO EN DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA QUE ESTABLECE MEDIDAS EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES-Contenido y alcance

DERECHO A LA HUELGA-Limitación en los servicios públicos esenciales

DERECHO DE HUELGA-Carácter no absoluto

Este derecho, en contextos de normalidad, no ha sido considerado por este tribunal en términos absolutos, sino como un derecho sujeto a restricciones legítimas, como, por ejemplo, la establecida en la propia Constitución en materia de servicios públicos esenciales.

PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD-Concepto

SERVICIO PUBLICO DE TELECOMUNICACIONES-Incluye servicios de radiodifusión sonora, los de televisión y los servicios postales/SERVICIO PUBLICO DE TELECOMUNICACIONES-Carácter esencial dentro del Estado de emergencia por Covid-19

(…) la Corte revisó de manera específica cada una de las medidas adoptadas por el referido decreto. En este ejercicio, estableció que la declaratoria como servicio público esencial del servicio de telecomunicaciones, dentro del cual se incluyen los servicios de radiodifusión sonora, los de televisión y los servicios postales (art. 1), era compatible con la Constitución. A esta conclusión se llegó al considerar que la propia Carta (art. 67 CP) faculta al legislador para definir los servicios públicos esenciales; que el legislador ordinario, en diversas oportunidades, ha calificado a las telecomunicaciones como un servicio público esencial; y que, en la coyuntura generada por el COVID-19 y, en particular, en el contexto de las medidas sanitarias de distanciamiento social y de mantenerse informado y seguir las recomendaciones de los profesionales sanitarios, se encuentra que dichos servicios tienen, la condición de herramientas esenciales, durante el período de vigencia del Decreto Legislativo 464 de 2020, que es, según lo previsto en su artículo 7, “desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial y regirá por el término que se mantenga el Estado de emergencia.

Referencia: Expediente RE-242

Asunto: Revisión de constitucionalidad del Decreto Legislativo 464 de 2020, “Por el cual se disponen medidas con el fin de atender la situación de emergencia económica, social y ecológica de la que trata el Decreto 417 de 2020”.

Magistrado Sustanciador:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil veinte (2020)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y conforme a los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

El 24 de marzo de 2020, la Presidencia de la República1 remitió a este tribunal la copia auténtica del Decreto Legislativo 464 del 23 de marzo de 2020, "Por el cual se disponen medidas con el fin de atender la situación de emergencia económica, social y ecológica de la que trata el Decreto 417 de 2020". Con el mencionado decreto, también se remitieron los documentos de soporte del mismo2.

Recibidos dichos documentos por la secretaría general de este tribunal3, en la Sala Plena del 25 de marzo de 2020 se procedió a su reparto. Por medio de Auto del 30 de marzo de 2020, el magistrado sustanciador dispuso asumir el conocimiento del Decreto Legislativo 464 de 2020, fijar en lista el asunto, hacer la comunicación prevista en el artículo 244 de la Constitución, y dar traslado al Procurador General de la Nación, para que rindiese el concepto a su cargo.

II. NORMA REVISADA

A continuación, se transcribe el texto del Decreto Legislativo 464 de 20204.

“MINISTERIO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES

DECRETO NÚMERO 464 DE 2020

23 MAR 2020

Por el cual se disponen medidas con el fin de atender la situación de emergencia económica, social y ecológica de la que trata el Decreto 417 de 2020

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

en uso de las facultades que le confiere el artículo 215 de la Constitución Política y en desarrollo de lo dispuesto en el Decreto 417 de 2020 y

CONSIDERANDO

Que el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud -OMS- declaró el actual brote de enfermedad por coronavirus -COVID 19- como una pandemia5.

Que mediante el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, el Gobierno nacional declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, con ocasión de la pandemia originada por el COVID-19, en todo el territorio nacional, por el término de treinta (30) días calendario contados a partir de la vigencia de ese mismo Decreto, de acuerdo con las razones expuestas en su parte motiva.

Que de conformidad con el artículo 215 de la Constitución Política, una vez declarado el estado de emergencia, el presidente, con la firma de todos los ministros, puede dictar decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis, a impedir la extensión de sus efectos y respecto de las materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia.

Que como se enuncia en el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, una de las medidas adoptada para conjurar la crisis, recomendada por la Organización Mundial de la Salud, es el distanciamiento social y asilamiento, para lo cual, las tecnologías de la información y las comunicaciones y los servicios de comunicaciones, en general, se convierten en una herramienta esencial para permitir la protección de la vida y la salud de los colombianos.

Que de conformidad con el numeral 10 del artículo 2 de la Ley 1431 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 del Espectro y se dictan otras disposiciones", con el propósito de garantizar el ejercicio y goce efectivo de los derechos constitucionales a la comunicación, la vida en situaciones de emergencia, la educación, la salud, la seguridad personal y el acceso a la información, al conocimiento, la ciencia y a la cultura, así como el de contribuir a la masificación de los trámites y servicios digitales, es deber de la Nación asegurar la prestación continua, oportuna y de calidad de los servicios públicos de comunicaciones.

Que los servicios de telecomunicaciones y postales permiten la protección de bienes jurídicos ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales y hacer efectivas las garantías dispuestas para su amparo, con el fin de asegurar su respeto y efectividad. Si bien los artículos 10 y 73 de la Ley 1341 de 2009, 1 de la Ley 182 de 1995 y 1 de la Ley 1369 de 2009, definen que estos servicios son públicos, no han determinado que revisten la naturaleza de esenciales, adicionalmente, fueron expresamente excluidos del régimen de los servicios públicos domiciliarios por el citado artículo 73. Esta declaratoria es especialmente importante para garantizar la operación, adecuación y mantenimiento de las redes e infraestructura de telecomunicaciones y postales, de manera ininterrumpida, durante la emergencia, porque estos servicios habilitan la comunicación remota, que es fundamental para permitir el desarrollo de actividades en condiciones no presenciales que permitan el distanciamiento social y aislamiento, acciones claves para la contención y mitigación del COVID-19 (antes coronavirus).

Que la Corte Constitucional, en sentencia C-691 del 9 de julio de 2008, estableció el criterio para determinar si un servicio público es esencial, señalando "(...) cuando "las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales"".

Que en esa medida los servicios de telecomunicaciones y postales se convierten en una herramienta esencial para permitir la protección de bienes jurídicos ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales y hacer efectivas las garantías dispuestas para su amparo, con el fin de asegurar su respeto y efectividad, por tanto, los servicios de telecomunicaciones y postales, revisten naturaleza de esenciales y debe garantizarse la adecuación y mantenimiento de las redes e infraestructura de telecomunicaciones y postales, de manera ininterrumpida.

Que es necesario garantizar la continua y oportuna comunicación entre las autoridades, personal de atención médica, la población afectada, en riesgo, y el resto de los ciudadanos, para que conozcan, entre otras, las medidas a implementar, los canales de atención, los

beneficios que sean entregados, entre otra información útil, que debe estar disponible y ser transmitida mediante los servicios de telecomunicaciones incluyendo la televisión, así como los servicios postales, según la necesidad de difusión de la información por parte de las autoridades.

Que de acuerdo con la Encuesta de Calidad de Vida (ECV) del DANE, a diciembre de 2018 el 53,0% (8,2 millones) de hogares colombianos contaban con Internet (fijo y móvil), adicionalmente, el país cuenta con 22,19 millones de conexiones de más de 10 Mbps, de las cuales 2,82 millones son residenciales fijas y 19,37 millones son móviles en tecnología 4G. En relación con los accesos residenciales de Internet fijo el 81,5% (5.200.806) disponen de velocidad de bajada mayor o igual a 5 Mbps. El 60,2% (3.844.776) tienen acceso a Internet fijo con velocidad de descarga mayor o igual a 10 Mbps. Las anteriores cifras demuestran que, si bien el país ha avanzado de manera importante en la provisión de los servicios de telecomunicaciones aún no existe servicio universal, por ello, se precisan medidas para que las personas en necesidad de comunicarse y acceder a la información no vean restringidas sus posibilidades debido a problemas económicos derivados de la emergencia.

Que según las cifras del Boletín TIC del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, con corte al tercer trimestre de 2019, en el país había 12.412.834 abonados al servicio de Internet móvil por suscripción y 13.854.011 abonados al servicio de voz móvil por suscripción, esto es, usuarios en la modalidad de pospago que, podrían ver afectada su capacidad de pago por las restricciones en la disponibilidad de flujo de caja y el comportamiento en la tasa de cambio, como se expresa en la parte motiva del Decreto 417 de 2020. En consecuencia, para garantizar que la población acceda de manera permanente a los servicios de telecomunicaciones y postales, para asegurar su oportuna atención así como el ejercicio de sus derechos durante la emergencia, se deben adoptar medidas para que el servicio no sea suspendido por razones patrimoniales como la falta de pago o la mora en el pago del servicio, durante la emergencia.

Que la Directiva Presidencial 002 de 2020, la Circular 21 de 2020 del Ministerio del Trabajo, el Acuerdo PSJA20-11518 del Consejo Superior de la Judicatura, así como los actos administrativos expedidos por cada entidad, de manera particular, imparten lineamientos para promover e intensificar el trabajo desde la casa, con el fin de fortalecer las medidas de distanciamiento social y aislamiento, condición fundamental para la contención y mitigación de la pandemia del COVID-19. Esto ha sido reforzado con medidas del orden territorial para restringir la movilidad, que faciliten el aislamiento. Lo anterior se reflejará en el incremento del trabajo desde los hogares, aunado al aumento de las clases virtuales, genera cambios en el tráfico que cursa sobre las redes, así como mayores demandas del servicio. Esta medida fue adoptada tanto en el sector público como en el privado, por ejemplo, en el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y en la Procuraduría General de la Nación el 95% de los colaboradores se encuentra trabajando desde su hogar. Así mismo, de acuerdo con datos publicados por la Secretaría de Movilidad de Bogotá, con corte al 18 de marzo de 2020, la cantidad de usuarios de Transmilenio se redujo en un 42%, esto implica

que los ciudadanos no se están trasladando de sus hogares.

Que dadas las circunstancias y medidas de cuidado para preservar la salud y la vida, especialmente el distanciamiento social, debido a la ocurrencia de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud, es necesario adoptar acciones que permitan enfocar los esfuerzos en el cumplimiento de las obligaciones que garanticen la continuidad en la prestación de los servicios de comunicaciones y, especialmente, que permitan de manera prioritaria el funcionamiento de los servicios de telecomunicaciones y postales para el acceso a los servicios de salud, el desarrollo de actividades laborales y el ejercicio de derechos fundamentales, que prevalecen frente a servicios simplemente recreativos o de ocio.

Que en el mismo sentido, es necesario garantizar la provisión de bienes y servicios adquiridos mediante empresas que ejercen actividades de comercio electrónico será priorizada en aquellos bienes y servicios de primera necesidad que permitan el abastecimiento de la población, con prelación de los bienes y servicios adquiridos de manera previa a la emergencia o que no son de primera necesidad, a efectos de garantizar que la población mantenga las medidas de distanciamiento social y aislamiento, mediante el uso del comercio electrónico y, al mismo tiempo, preservar los derechos de los consumidores por medios no presenciales.

Que con el fin de contrarrestar los efectos negativos que se presenten como consecuencia de la disminución en los ingresos de los prestadores de redes y servicios de comunicaciones, cuyas operaciones son igualmente impactadas por la ocurrencia de la pandemia del COVID-19 (antes coronavirus) y la probable disminución del flujo de caja que esto genera en la economía así como la disminución de ingresos derivada de las obligaciones en dólares que se ven afectadas por las fluctuaciones en la tasa de cambio, como se expresa en la parte motiva del Decreto 417 de 2020, y con el fin de garantizar el funcionamiento de estos servicios esenciales, se requiere dictar medidas orientadas a unificar los periodos de pago de las contraprestaciones con el fin de facilitar y prorrogar la cancelación de las cargas económicas que estos agentes deben a la Nación con ocasión de sus licencias, títulos y permisos.

Que al respecto, es de resaltar que las sumas pagadas al Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones no tienen naturaleza tributaria ni parafiscal, porque se trata de un precio público por la habilitación para la provisión de un servicio público y el uso de un recurso escaso. En ese sentido, y como fue objeto de control de constitucionalidad en la revisión del artículo 36 de la Ley 1341 de 2009 “el dinero se cobra con independencia de cuáles sean las funciones del Fondo, y precisa y estrictamente en virtud de la habilitación o concesión que hace el Estado a quienes estén interesados en prestar el servicio público de provisión de redes y servicios de telecomunicaciones” (Corte Constitucional, Sentencia

C-403/10).

Que teniendo en cuenta que los proveedores de redes y servicios de comunicaciones deben cumplir con estándares de calidad so pena de verse incursos en sanciones de acuerdo con el artículo 64 de la Ley 1341 de 2009 y 37 de la 1369 de 2009 “Por medio de la cual se establece el régimen de servicios postales y se dictan otras disposiciones” y que es previsible que debido a la alta demanda de los servicios de comunicaciones que se incrementará en virtud de la intensificación de las medidas de trabajo y educación desde la casa, se produzca la saturación de las redes y no sea posible el cumplimiento de los estándares de calidad vigentes, se hace necesario facultar al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y a la Comisión de Regulación de Comunicaciones para que suspendan el régimen de calidad y otras obligaciones de los prestadores de redes y servicios de telecomunicaciones y de los servicios postales, en la medida en que no constituyan elementos esenciales para garantizar la provisión del servicio.

En mérito de lo expuesto,

DECRETA:

Artículo 1. Declaratoria de servicios públicos esenciales. Los servicios de telecomunicaciones incluidos los servicios de radiodifusión sonora, los de televisión y los servicios postales, son servicios públicos esenciales. Por tanto, no se suspenderá su prestación durante el estado de emergencia. Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones y postales no podrán suspender las labores de instalación, mantenimiento y adecuación de las redes requeridas para la operación del servicio.

Artículo 2. Prestación del servicio durante el estado de emergencia económica, social y ecológica. Durante el periodo de vigencia del estado de la emergencia económica, social y ecológica, los proveedores del servicio público de telecomunicaciones (PRST) aplicarán las siguientes reglas:

1. Para los planes de telefonía móvil (voz y datos) en la modalidad pospago cuyo valor no exceda 2 (dos) UVT:

a. Cuando el usuario incurra en impago del servicio, el proveedor otorgará treinta (30) días adicionales al término pactado en el respectivo contrato para que el usuario proceda al pago de los valores adeudados, durante este término, en los planes con una capacidad contratada

igual o superior a un (1) Gigabyte (GB) al mes, el servicio se mantendrá al menos con una capacidad de cero coma cinco (0,5) Gigabyte (GB) al mes durante el período de no pago de que trata este literal.

b. Si vencido el término descrito en el anterior literal el usuario no efectúa el pago, el operador podrá proceder con la suspensión del servicio, pero mantendrá al menos los siguientes elementos: la opción de efectuar recargas para usar el servicio en la modalidad prepago, envío de doscientos (200) mensajes de texto (SMS) gratis y la recepción de estos sin ninguna restricción, la navegación gratuita en veinte (20) direcciones de Internet (URL), que serán definidas por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones con apoyo de la Comisión de Regulación de Comunicaciones dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la expedición del presente Decreto, para acceder a servicios de salud, atención de emergencias, del gobierno y de educación.

Lo dispuesto en el presente numeral aplicará únicamente cuando el usuario curse tráfico sobre la red de su operador.

2. Para los planes de telefonía en la modalidad prepago:

a. Finalizado el saldo del usuario, el proveedor otorgará por treinta (30) días una capacidad de envío de doscientos (200) mensajes de texto (SMS) gratis y la recepción de estos sin ninguna restricción.

Lo dispuesto en el presente numeral aplicará únicamente cuando el usuario curse tráfico sobre la red de su operador.

Todos los proveedores del servicio público de telecomunicaciones (PRST) que presten los servicios indicados en este artículo deberán realizar las acciones requeridas para implementar lo dispuesto en este artículo dentro de los diez (10) días calendario siguiente a la expedición del presente Decreto.

PARÁGRAFO. Las disposiciones del presente artículo aplican a los servicios que a la fecha de expedición del presente Decreto se encuentren en operación y tengan una antigüedad superior a dos (2) meses. Una vez finalizado el estado de emergencia económica, social y ecológica, el usuario tendrá treinta (30) días calendario para efectuar el pago de los periodos en mora.

Artículo 3. Comercio electrónico. Durante el estado de emergencia económica, social y ecológica, las empresas que prestan servicios de comercio electrónico, envíos y los operadores logísticos deberán dar prioridad al envío de productos y servicios solicitados en línea que sean de alimentación, de bebidas, de productos y bienes de primera necesidad, de productos farmacéuticos, de productos médicos, ópticas, de productos ortopédicos, de productos de aseo e higiene, de alimentos y medicinas para mascotas, y de terminales que permitan el acceso a las telecomunicaciones (teléfonos, computadores, tabletas, televisores).

Artículo 4. Prioridad en el acceso. Adiciónese un parágrafo al artículo 56 de la Ley 1450 de 2011 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”, así:

PARÁGRAFO SEGUNDO. La Comisión de Regulación de Comunicaciones en los tres (3) días siguientes a la vigencia del presente Decreto definirá las reglas y eventos en los que los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, que prestan servicios de conexión a Internet podrán, con sujeción a las necesidades que se generen por aumentos del tráfico que cursa sobre las redes y las mayores demandas del servicio, priorizar el acceso del usuario a contenidos o aplicaciones relacionados con los servicios de salud, las páginas gubernamentales y del sector público, el desarrollo de actividades laborales, de educación y el ejercicio de derechos fundamentales, únicamente durante la ocurrencia de pandemias declaradas por la Organización Mundial de la Salud.

Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, que prestan servicios de conexión a Internet deberán reportar, mínimo cada dos días, a la Comisión de Regulación de Comunicaciones el comportamiento del tráfico de sus redes a efectos de determinar oportunamente las medidas a implementar para priorizar contenidos o aplicaciones, durante la ocurrencia de pandemias declaradas por la Organización Mundial de la Salud. Adicionalmente, deberán reportar la evidencia suficiente que justifique la priorización de las aplicaciones o contenidos antes mencionados, al menos 24 horas antes de iniciar la priorización de la que trata el presente parágrafo transitorio. Este informe deberá contener también la fecha y hora exacta de inicio y la fecha y hora exacta de finalización de la priorización, sin que pueda exceder la durante la ocurrencia de pandemias declaradas por la Organización Mundial de la Salud. En ningún caso, la priorización implicará el bloqueo de algún tipo de aplicación o contenido, salvo aquellos prohibidos expresamente por la Ley.

Durante la ocurrencia de pandemias declaradas por la Organización Mundial de la Salud, los servicios de reproducción de video bajo demanda sobre Internet priorizarán la transmisión de sus contenidos en formato de definición estándar, es decir, que no sea de alta definición ni

superior.

Artículo 5. Pago de contraprestaciones por concepto de concesiones, licencias, permisos, autorizaciones y habilitaciones para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones y postales. Los periodos de pago de las contraprestaciones que efectúan los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, los concesionarios, los operadores postales y los titulares de permisos para el uso de recursos escasos al Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones serán suspendidos hasta el 30 de mayo de 2020. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones expedirá, mediante resolución, el cronograma de pagos respectivo. Para todos los efectos se entenderá que no hay condonación de las contraprestaciones.

Artículo 6. Suspensión de obligaciones relacionadas con la prestación del servicio. Durante el estado de emergencia económica, social y ecológica flexibilizarán las normas relacionadas con el cumplimiento del régimen de calidad y otras obligaciones de los prestadores de redes y servicios de telecomunicaciones y de los servicios postales, en la medida en que no constituyan elementos esenciales para garantizar la provisión del servicio. La Comisión de Regulación de Comunicaciones y el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en lo de su competencia, expedirán las resoluciones que flexibilizan las obligaciones específicas.

Artículo 7. Vigencia. El presente Decreto entra en vigencia desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial y regirá por el término que se mantenga el Estado de emergencia.

PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dado en Bogotá, D.C., a los 23 de marzo 2020.

IVÁN DUQUE MÁRQUEZ

La Ministra del Interior,

Alicia Victoria Arango Olmos

El Ministro de Relaciones Exteriores AD HOC,

Carlos Holmes Trujillo García

El Ministro de Hacienda y Crédito Público,

Alberto Carrasquilla Barrera

La Ministra de Justicia y del Derecho,

Margarita Leonor Cabello Blanco

El Ministro de Defensa Nacional,

Carlos Holmes Trujillo García

El Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural,

Rodolfo Enrique Zea Navarro

Fernando Ruiz Gómez

El Ministro de Trabajo,

Ángel Custodio Cabrera Báez

La Ministra de Minas y Energía,

María Fernanda Suárez Londoño

El Ministro de Comercio, Industria y Turismo,

José Manuel Restrepo Abondano

La Ministra de Educación Nacional,

María Victoria Angulo

El Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible,

Ricardo José Lozano Picón

El Ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio,

Jonathan Malagón González

La Ministra de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones,

Sylvia Cristina Constaín Rengifo

La Ministra de Transporte,

Ángela María Orozco Gómez

La Ministra de Cultura,

Carmen Inés Vásquez Camacho

El Ministro del Deporte,

Ernesto Lucena Barrero

La Ministra de Ciencia y Tecnología,

Mabel Gisela Torres Torres".

III. INTERVENCIONES Y CONCEPTO DE LA VISTA FISCAL

3.1. Las intervenciones

Durante la fijación en lista, en la secretaría general de este tribunal se recibieron las siguientes intervenciones: 1) la de la Universidad Libre de Colombia6, 2) la de la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos y Comunicaciones – ANDESCO7, 3) la de la Fundación Karisma, la Fundación para la Libertad de Prensa, el Centro de Estudios en Internet y Sociedad y el ciudadano Emmanuel Vargas Penagos8, 4) la de la Asociación Colombiana de Usuarios de Internet – ACUI9, 5) la de la Presidencia de la República10 y 6) la de la Universidad Externado de Colombia11.

3.1.1. En su concepto técnico la Universidad Libre de Colombia considera que las normas previstas en los artículos 2 y siguientes del Decreto 464 de 2020 son compatibles con la Constitución. Distinta opinión tiene de la norma contenida en el artículo 1 ibidem, la cual solicita declarar inexequible y respecto de la cual desarrolla toda su argumentación. Ante la declaración del servicio de telecomunicaciones y los servicios de radiodifusión sonora, televisión y servicios postales, como servicios públicos esenciales, destaca que de ello se sigue la consecuencia de que la huelga estaría prohibida en tales servicios, lo que considera es incompatible con el artículo 56 de la Carta y con el Convenio 87 de la OIT.

Estima que, por su relación con la huelga, se debe tener mucho cuidado al calificar un servicio público como esencial. Al referirse a las consideraciones del decreto, señala que en ellas sólo se presenta de manera parcial e imprecisa la Sentencia C-691 de 2008, para destacar que un servicio público será esencial si contribuye de manera directa y concreta a la protección de bienes o a satisfacer intereses o a realizar valores, ligados con el respeto, ejercicio y efectividad de derechos y libertades fundamentales, pero, al mismo tiempo, se omite la parte final del razonamiento de la Corte, conforme al cual, este criterio es demasiado amplio y, por tanto, una aplicación estricta del mismo, podría desnaturalizar la garantía del derecho de huelga.

Dado que ese criterio es insuficiente, es necesario emplear otros. Si bien en la Sentencia C-450 de 1995 se llegó a sostener que, en principio, el servicio público de telecomunicaciones podría considerarse como de carácter esencial, también reconoció que el legislador puede no considerarlo así, como en efecto no lo hizo en leyes posteriores a esta sentencia. Así, pues, lo que corresponde es establecer si los servicios en comento son o no esenciales. Para este propósito considera necesario emplear dos criterios desarrollados por la Corte Constitucional12: el orgánico13 y el material14. En cuanto al criterio material, propone aplicarlo en sentido estricto, para cubrir sólo aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas en toda o en parte de la población. Al seguir estos criterios concluye que los servicios en comento no son esenciales en sentido estricto, pero, en razón de las circunstancias de la crisis, considera que sí podrían tenerse como servicios mínimos, dada su trascendencia15, con lo cual se garantiza las necesidades básicas de los usuarios, pero sin prohibir totalmente la huelga16.

3.1.2. ANDESCO centra su intervención en las normas previstas en los dos primeros artículos del decreto sub examine. Considera que la calificación hecha en el artículo 1 es innecesaria, pues a su modo de ver algunos de estos servicios ya fueron declarados como esenciales en la Ley 1341 de 200917. Lo significativo, a su juicio, es que dicha calificación se extienda a otros servicios18 para establecer un "dirigismo económico fuerte", al intervenir los contratos y modificarlos con normas de derecho público y disponer una requisición de los servicios, con la cual se obliga a la prestación de cierta base sin que se cubran los costos19. El obligar a los prestadores a garantizar la continuidad obligatoria a corto plazo, puede afectar la prestación del servicio a mediano o largo plazo, dado su impacto en su capital de trabajo y flujos de caja, pues ello demanda inversiones cuantiosas20.

En este contexto, el artículo 2 del decreto incrementa la carga de los operadores de forma importante. Los operadores ya han tomado medidas para colaborar en la emergencia21, que consultaba su capacidad, pero la carga impuesta en este artículo afecta la sostenibilidad de los operadores "sin ofrecer, al mismo tiempo, una idea, siquiera remota, de la indemnización constitucionalmente ordenada por esta requisición obligatoria de servicios". Advierte que este proceder, además de implicar posibles controversias en torno a la expropiación sin indemnización, no tiene un asidero constitucional firme en los estados de emergencia social, económica y ecológica, como sí podría tenerla en los estados de guerra exterior y de conmoción interior. En efecto, en los dos últimos estados, el artículo 26 de la Ley 137 de 1994 permite la expropiación y la ocupación, postergando la indemnización. Sin embargo, aunque esto sería posible, considera que no sería consecuente explorarla en vista de la situación. Por tanto, su reparo se centra en que, al tomar medidas altamente costosas22 para los operadores, "no se hayan tomado recaudos mínimos, siquiera, para asegurar las contraprestaciones e indemnizaciones que no afecten el servicio en el mediano y el corto plazo".

Frente al tema de la financiación destaca la existencia del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones23, entre cuyas funciones está el financiar el acceso universal a los servicios TIC, dando prioridad a la población pobre y vulnerable, a las zonas rurales y geográficamente aisladas. La existencia de este fondo, cuyos recursos podrían solventar o financiar las medidas adoptadas24, en lugar de acudir a la requisición, como se hace en el artículo 2 del decreto, pone de presente sus problemas de constitucionalidad.

3.1.3. En su intervención conjunta la Fundación Karisma, la Fundación para la Libertad de Prensa, el Centro de Estudios en Internet y Sociedad y el ciudadano Emmanuel Vargas Penagos, comienza por presentar unos comentarios generales al decreto legislativo, para destacar 1) que las reglas sobre libertad de expresión en medios tradicionales operan también en internet, incluso cuando se trata de hacerlas más flexibles bajo estados de excepción25; y 2) que en el contexto de la pandemia del COVID-19 diversos órganos

internacionales han resaltado la importancia del acceso a internet y, con él, el acceso a la información, de tal suerte que han destacado a los estados que tienen el deber de "garantizar el acceso inmediato al servicio de internet más rápido y amplio posible" y "desarrollar medidas positivas para reducir de manera más rápida la brecha digital que enfrentan los grupos vulnerables y con menores ingresos" 26.

Dentro de dicho contexto general, la intervención hace dos comentarios específicos respecto a los artículos 2 y 4 del decreto sub examine. Frente al artículo 2, se cuestiona la diferencia de trato que existe entre los usuarios según la modalidad de suscripción al servicio, pues a los que lo hacen en la modalidad pospago se le brinda unas condiciones mejores que a quienes lo hacen en la modalidad prepago, sin que en las consideraciones del decreto se fundamente la razón de dicho trato disímil. Entre dichas condiciones destaca, de manera especial, el otorgar sólo a los primeros el acceso gratuito a las veinte URLs27 previstas en el decreto. Considera que esta diferencia de trato carece de justificación, en tanto y en cuanto la situación de unos y otros es equiparable y no existe un criterio que justifique la diferencia, dado que todos ellos son titulares de los derechos fundamentales a la información, a la educación, a la cultura y a la salud en el contexto de la crisis. Por ello, piden que se declare la exequibilidad de este artículo, "en el entendido en que, las medidas a cargo de los PRST que conceden cero coma cinco (0,5) gigas de navegación gratuita y acceso gratuito a la navegación de 20 URL´s, se extienda a personas usuarias del servicio de telefonía móvil en modalidad pospago y personas usuarias del servicio de telefonía móvil en modalidad prepago por el período de vigencia de la declaratoria de emergencia de social, económica y ecológica de la que trata el Decreto 417 de 2020".

Respecto del artículo 4 del decreto en comento, la intervención destaca que el principio de neutralidad de la red puede estar sometido a excepciones en ciertos eventos, como, por ejemplo, para "gestionar temporal y excepcionalmente la congestión de la red", pero sin discriminar entre tipos de aplicaciones y servicios28. Este aserto se contextualiza con una alusión a la norma europea pertinente29, para destacar que la congestión en la red puede ser temporal30 o excepcional31, pero "en ninguna de estas circunstancias [se] permite medidas encaminadas a impedir o evitar la congestión que terminen en la posibilidad de que los proveedores eludan la prohibición general de 'bloquear, ralentizar, alterar, restringir, interferir o degradar contenidos, aplicaciones o servicios específicos, o categorías específicas de estos, ni de establecer discriminaciones entre ellos'". Con base en lo anterior, concluye que, si bien es válida la limitación temporal al principio de neutralidad de la red, en todo caso debe observarse el principio de transparencia en la toma de las medidas32. Al analizar el decreto, considera que no se argumentó en sus consideraciones sobre la infraestructura en internet ni sobre el tráfico en la red, sino en la suposición de que dado el confinamiento de las personas se generaría un aumento en el tráfico de la red, que podría generar un eventual colapso. Por tanto, solicita declarar la exequibilidad del artículo sub examine, en el entendido de que:

“a. La autoridad de las telecomunicaciones (CRC) debe efectuar un diagnóstico sobre el tráfico de la red para orientar con base en información real y actualizada, la toma de decisiones en política pública que posibilite la gestión de tráfico. // b. Debe entenderse que toda acción de gestión del tráfico asumida directamente por los intermediarios de internet (facultad que les concede la Resolución n. 5951) deberá ser desarrollada en respeto del principio de transparencia y publicidad de la información, para lo cual deberá publicarse en formato accesible al público y en formato de datos abiertos los reportes de los que trata el artículo 4 en su parágrafo 2 y que la CRC deberá vigilar la entrega en tiempo y forma la información de la que trata el artículo 4 del decreto 464 de 2020. // c. Se condicione la constitucionalidad del artículo 4 a la existencia de mecanismos de evaluación que le permita (sic.) a las personas interesadas participar, observar, comentar y hacer seguimiento sobre las acciones de gestión de la red durante el período de tiempo que dure la emergencia social, económica y ecológica de la que trata el Decreto 417 de 2020. // d. Que la gestión del tráfico de la red no acuda al criterio de distinción por uso para priorizar el acceso a internet”.

3.1.4. ACUI empieza por destacar que, en esta coyuntura, los servicios de telecomunicaciones son “absolutamente necesarios” para la comunicación, para el desarrollo de actividades laborales, económicas, productivas, para acceder a la información, para interactuar con otros y para entretenerse. En este contexto, la intervención se centra en el artículo 2 del decreto sub judice, pues si bien se generan beneficios para un grupo de usuarios de los servicios de telecomunicaciones, a diferencia de lo hecho en otros sectores, estos beneficios se dejan a cargo de los prestadores de los mismos, sin ningún aporte estatal, a pesar de que el Estado tiene recursos33 y otros medios, que podrían servir para financiarlos, con lo cual se pone en riesgo la sostenibilidad de los servicios prestados34. Por ello, considera que la medida adoptada en este artículo es innecesaria, desproporcionada y desmedida y, en consecuencia, solicita que se declare su inexequibilidad.

3.1.5. La Presidencia de la República, luego de referirse a la declaración el estado de emergencia económica, social y ecológica en el Decreto 417 de 2020 y al contenido del Decreto Legislativo 464 de 2020, argumenta que este último cumple con todos los presupuestos formales y materiales que le son exigibles.

Frente a los primeros, destaca que se dictó en desarrollo del estado de emergencia, que fue firmado por el Presidente de la República y todos los ministros, que se profirió dentro de la vigencia del estado de emergencia, que está debidamente motivado y que determina el ámbito territorial de su aplicación.

Respecto de los segundos, el análisis se hace de manera conjunta en cada uno de los criterios, a partir de relacionar los considerandos del decreto con las diferentes medidas que se adoptan en él, para mostrar de qué modo se satisfacen dichos presupuestos. En cuanto a

la conexidad interna, destaca que los argumentos de la motivación tienen una relación directa con las medidas adoptadas, pues en el contexto de la emergencia es necesario garantizar la continuidad de las comunicaciones, incluso si no se puede pagar su costo y garantizar, también, el comercio electrónico y el uso razonable de la red. En cuanto a la conexidad externa, las medidas tienen una relación directa con las causas que dieron lugar a declarar la emergencia, pues con ellas se busca garantizar el ejercicio de derechos y actividades que, en razón de las necesidades de distanciamiento social y restricción a la movilidad, que son herramientas indispensables para el manejo de la pandemia, no podrían ser posibles sin los servicios de telecomunicaciones y transporte de mercancías. En cuanto al criterio de finalidad, las medidas, además de contribuir a evitar la propagación del virus, en tanto permiten a muchas personas continuar con diversas actividades, sin asumir el riesgo del contacto directo, contribuyen a superar la crisis y a mitigar sus efectos. En cuanto al criterio de necesidad, las medidas garantizan el funcionamiento de herramientas esenciales, en el contexto del distanciamiento social y confinamiento, en especial en tanto y en cuanto buscan una cobertura universal, una conexión continua, y en esa medida son necesarias y razonables. En cuanto al criterio de proporcionalidad, si bien las medidas adoptadas pueden restringir el ejercicio de ciertos derechos o implicar unas cargas adicionales, estas afectaciones no son desproporcionadas, pues de ellas no se sigue un sacrificio desproporcionado de tales derechos o la existencia de cargas desmesuradas, en la medida en que las obligaciones sin pagar a los prestadores, se postergan en el tiempo, pero no se condonan; las medidas que dan prioridades en las redes, buscan que éstas funcionen de manera adecuada y respondan, de manera prioritaria, a las necesidades fundamentales en el contexto de la crisis. En cuanto al criterio de incompatibilidad, se sostiene que las medidas no suspenden, modifican o derogan leyes, salvo en lo relativo a la adición de un parágrafo al artículo 56 de la Ley 1450 de 2011, lo cual se halla justificado en la existencia de una crisis. En cuanto al criterio de no discriminación, se sostiene que la priorización que se hace en el acceso a la red a ciertos contenidos, no se funda en motivos caprichosos, ni en criterios sospechosos de discriminación, sino en las exigencias propias de la emergencia. En cuanto al criterio de ausencia de arbitrariedad, las garantías mínimas que se dan en el decreto, no afectan el núcleo esencial de los derechos o libertades de los prestadores y, en general, se enmarcan dentro de las competencias de las autoridades mencionadas en cada una de ellas. En cuanto al criterio de intangibilidad manifiesta que las medidas adoptadas no afectan derechos intangibles, ni desconocen prohibiciones establecidas en la Constitución o en tratados sobre derechos humanos.

3.1.6. El concepto técnico de la Universidad Externado de Colombia, en su primera parte, hace un breve resumen del contenido del decreto sub examine, advierte que hay una imprecisión en el considerando 535, para subrayar que el despliegue en infraestructura es fundamental, incluso antes de la emergencia, y estudia recientes desarrollos en otros Estados36. En su segunda parte se ocupa de analizar de manera específica cada una de las medidas adoptadas por este decreto, respecto de las cuales solicita que se declaren exequibles, en los siguientes términos:

“1. Declarar constitucional el artículo 1. Esto en el entendido de que los servicios de comunicaciones benefician a todos los miembros de la sociedad y su finalidad es permitir el ejercicio de múltiples derechos fundamentales y satisfacer las necesidades básicas de la sociedad, aún más en las circunstancias del aislamiento social ordenado por la emergencia social. // 2. Declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 2, en el entendido de que su redacción conduce a prácticas discriminatorias entre los usuarios ya sean estos pospago o prepago según los criterios allí previstos. Adicionalmente, se sugiere unificar las reglas para todos los usuarios, sean estos de telecomunicaciones fijas o móviles. // 3. Declarar constitucional el artículo 3. En tanto su finalidad es evitar aglomeraciones y busca privilegiar la comercialización de productos de primera necesidad o bienes indispensables para garantizar el aislamiento social. // 4. Declarar constitucional el artículo 4 sobre prioridad en el tráfico que modifica el

principio de neutralidad de internet, con las advertencias indicadas sobre la necesidad de afinar las funciones regulatorias del Estado para evitar abusos, siempre que se entienda que priorización no significa ni puede significar bloqueo de contenidos y haciendo énfasis en el carácter absolutamente excepcional de la medida. // 5. Declarar constitucional el artículo 5 sobre el pago de contraprestaciones por concepto de concesiones, licencias, permisos, autorizaciones y habilitaciones para la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones y postales. // 6. Declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 6, en el entendido de que esta flexibilización de las obligaciones no implica su relajamiento absoluto sobre todo en relación con las obligaciones relacionadas con la calidad mínima del servicio, con los canales de atención a los usuarios, y en particular con los servicios de emergencia, servicios de información, y facturación, entre otros, dentro del marco de las instalaciones esenciales indispensables para la provisión de los servicios.”

Los argumentos que soportan las anteriores solicitudes son los siguientes: 1) para sostener que los servicios de telecomunicaciones son esenciales se dice que: a) resultan indispensables para el goce y ejercicio de múltiples derechos fundamentales37; b) esta calificación es necesaria para que las autoridades puedan tomar decisiones que garanticen su prestación eficiente en todo el territorio; y c) así ya lo había considerado la Sentencia C-450 de 1995; 2) respecto de las medidas sobre prestación del servicio, que considera razonables, advierte una diferencia de trato injustificada entre usuarios de prepago y pospago y una omisión legislativa relativa, que da lugar al condicionamiento, pues no se dice nada respecto a servicios de telecomunicaciones como telefonía fija, sin que haya justificación en esta exclusión; 3) en cuanto a lo dispuesto para el comercio electrónico y el envío, logística y entregas, encuentra que hay un importante potencial en estas herramientas para mitigar los efectos de la contracción de la demanda y para entregar las ayudas a la población más vulnerable; 4) frente a la prioridad en acceso en la red, asume que esta medida es razonable, siempre y cuanto se entienda que con ella no se autoriza el bloqueo de contenidos, sino una reorganización del tráfico en la red, lo que debe asegurarse por medio de una regulación adecuada, soportada en fundamentos técnicos; 5) acerca de la suspensión de pagos a los operadores, le parece justificada en la medida en que ellos deberán incurrir en mayores costos en la prestación del servicio, dado el aumento del tráfico en las redes, aunque recomienda precisar bien que se entiende por contraprestación38; y 6) en relación

con la suspensión de algunas obligaciones de los prestadores del servicio, considera que se trata de una medida que responde a la necesidad de asegurar la mayor cobertura y disponibilidad del servicio y que, con todo, debe garantizarse unos mínimos de calidad en dichos servicios, en especial, en cuanto atañe a las denominadas instalaciones esenciales39.

3.2. El concepto del Procurador General de la Nación

El 29 de abril de 2020 el Procurador General de la Nación rindió concepto sobre la constitucionalidad del Decreto Legislativo 464 de 2020. En este concepto se solicita: 1) declarar la exequibilidad de los artículos 1, 2, 3, 5 y 7; 2) declarar la exequibilidad condicionada del artículo 4, bajo el entendido de que "los criterios de priorización no serán utilizados para impedir el ejercicio de los derechos fundamentales a la libertad de información, expresión ni derechos políticos"; y 3) declarar exequible el artículo 6, salvo la expresión "y otras obligaciones", que solicita declarar inexequible.

Luego de analizar el contenido de cada uno de los artículos del decreto sub examine, el concepto procede a revisar los requisitos formales y materiales que debe cumplir.

En cuanto a los requisitos materiales, que divide en generales y específicos, comienza por destacar que existe una relación de conexidad material, directa y específica, entre las medidas del decreto sub judice y las motivaciones expuestas por el gobierno para justificarlas, y entre dichas medidas y la crisis que se afronta con motivo de la pandemia del COVID-19. Lo primero, que corresponde a la conexidad material interna, ocurre porque tales medidas brindan herramientas para mantener el distanciamiento social y el aislamiento de las personas, al permitirles ejercer sus derechos fundamentales, adelantar trámites e incluso recibir productos, sin entrar en contacto físico. Lo segundo, porque ante los hechos inesperados y extraordinarios de la crisis, en especial frente al contagio del virus, el control de la pandemia depende en buena medida de respetar el distanciamiento social y el aislamiento.

Prosigue por la ausencia de arbitrariedad, en la medida en que las medidas buscan garantizar el ejercicio de derechos fundamentales, como las libertades de información, de expresión, de comunicación, y los derechos a la educación, al trabajo, a la salud y a otros derechos económicos. El que se garantice la continuidad de la conexión, aunque no se haga el pago oportuno del servicio, al permitir el pago extemporáneo, garantiza dichos derechos. El priorizar el envío de ciertos bienes en el comercio electrónico y ciertos contenidos en la

navegación en la red, todos ellos relacionados con necesidades vinculadas a la emergencia, si bien tiene justificación, en todo caso no puede usarse para bloquear aplicaciones o contenidos, salvo los que ya están prohibidos por la ley, con lo cual tampoco se afecta de manera irrazonable los derechos fundamentales. Dadas las circunstancias el flexibilizar algunos estándares de la prestación del servicio de telecomunicaciones, sin afectar los estándares esenciales, para garantizar su continuidad y cobertura, está justificado. Sin embargo, al aludir al régimen de calidad y a otras obligaciones, y con esto último establecer un contenido no determinado, se genera el riesgo de permitir la desmejora de la calidad del servicio, sin que haya un parámetro objetivo que lo justifique, por lo cual solicita que se declare inexequible esta expresión, contenida en el artículo 6.

Sigue por el juicio de intangibilidad, para manifestar que las medidas contenidas en el decreto en comento no desconocen las garantías dispuestas en el artículo 4 de la Ley 137 de 1994 y en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El análisis de los requisitos materiales generales culmina con el juicio de no contradicción específica. En este contexto, destaca que, si bien las medidas adoptadas corresponden, en condiciones ordinarias, al legislador, en vista de la crisis, está justificado que las adopte el legislador extraordinario. Además, estas medidas en nada afectan el ejercicio de las competencias legislativas del Congreso durante la emergencia. De manera específica, en cuanto atañe al principio de neutralidad de la red, respecto del cual se plantea una excepción en caso de crisis, para priorizar determinados contenidos, considera que esto es entendible, pero advierte que dicha priorización no puede entenderse o usarse para impedir el ejercicio de los derechos fundamentales a la libertad de expresión, opinión, ni de los derechos políticos, razón por la cual solicita que la declaración de exequibilidad del artículo 4 se condicione en este sentido.

El análisis de los requisitos materiales específicos comienza con el juicio de finalidad, conforme al cual encuentra que las medidas adoptadas en el Decreto Legislativo 464 de 2020 están, en efecto, destinadas a conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, en tanto y en cuanto contribuyen a respetar la cuarentena y las medidas de distanciamiento o aislamiento social. Prosigue con el juicio de motivación suficiente, para destacar que las motivaciones dadas muestran de manera adecuada la relación entre las medidas adoptadas y la crisis que dio lugar al estado de excepción. Continúa con el juicio de necesidad, refiriéndose a la necesidad fáctica y a la subsidiariedad, para advertir que en las medidas adoptadas no se incurre en un error manifiesto, sino a una adecuada comprensión de la crisis y de lo que se requiere para su manejo y control adecuados, y que la necesidad de adoptar con prontitud dichas medidas de rango legal, en vista de los requerimientos generados por la pandemia, hacen que los mecanismos administrativos ordinarios sean insuficientes y los legislativos ordinarios demasiado lentos, frente a dicha premura. Sigue por el juicio de incompatibilidad, para afirmar que, si bien las medidas afectan normas sobre servicios públicos y agregan contenidos a la ley del plan de desarrollo, en cuanto a la excepción al

principio de neutralidad a la red, esto se tiene por razonable, en tanto y en cuanto, usa un referente objetivo y limitado, pues esto sólo procede cuando se declare una pandemia por la OMS. Avanza con el juicio de proporcionalidad, para sostener que las medidas lo satisfacen, porque la gravedad y magnitud de la crisis exige unas medidas adecuadas que, preservando los derechos fundamentales, como ocurre en este caso, sean eficaces para hacerle frente. Por último, en cuanto al juicio de no discriminación, para decir que las medidas no introducen diferencias de trato discriminatorias; al analizar la diferencia de trato establecida en el artículo 2 del decreto sub judice, en lugar de ver, como algunos intervinientes, una discriminación injustificada, encuentra una acción afirmativa.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

4.1. Competencia

En virtud de lo previsto en el numeral 7 del artículo 241 del Texto Superior, este tribunal es competente para decidir definitivamente sobre la constitucionalidad del Decreto Legislativo 464 de 2020, dictado por el Gobierno con fundamento en el artículo 215 de la Constitución.

4.2. Cuestión preliminar: la exequibilidad del Decreto 417 de 2020, por medio del cual se declaró un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica

En la Sentencia C-145 del 20 de mayo de 2020 se declaró la exequibilidad del Decreto 417 de 2020. En esta sentencia se estudiaron los presupuestos de dicha declaración, a partir de varios medios de prueba aportados al proceso, de tal manera que se pudo constatar la validez de las consideraciones de dicho decreto. Por tanto, debe considerarse, en lo que corresponde a la presente sentencia, lo ya establecido en aquella, al momento de analizar el contenido del Decreto Legislativo 464 de 2020.

4.3. Problema jurídico y metodología de la decisión

Corresponde a este tribunal establecer si: 1) el Decreto Legislativo 464 de 2020 satisface o no los requisitos previstos para su proceso de formación y, de ser así, 2) si este mismo decreto legislativo supera o no los juicios o escrutinios que le son aplicables al examen de su contenido.

Para estudiar los anteriores problemas 1) se hará una caracterización general de los Estados

de Excepción y, en particular, del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica; y 2) se precisará el fundamento y alcance del control judicial de los decretos de desarrollo expedidos al amparo del Estado de Emergencia Económica, Social o Ambiental y, de manera especial, los criterios formales y materiales que rigen este control. A partir de estos elementos de juicio se procederá a 3) resolver los problemas planteados.

4.4. Caracterización general de los estados de excepción y, en particular, del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica40

La jurisprudencia constitucional se ha ocupado en numerosas oportunidades, de precisar la naturaleza y alcance del Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica regulado en el artículo 215 de la Constitución. Igualmente se ha esforzado por precisar las fuentes, criterios y estándares que debe tomar en consideración este tribunal a efectos de juzgar la constitucionalidad de los decretos de desarrollo que dicta el Presidente de la República. A continuación, la Corte reitera los aspectos básicos del precedente sobre la materia con el propósito de aplicarlos en el análisis constitucional del Decreto Legislativo 464 de 2020, sometido a su consideración en esta oportunidad.

La Constitución de 1991 regula, en sus artículos 212 a 215, los estados de excepción. Con apoyo en esas disposiciones el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, puede declarar tres tipos de estados de excepción: 1) Guerra Exterior, 2) Conmoción Interior y 3) Emergencia Económica, Social y Ecológica.

La regulación constitucional y estatutaria de los estados de excepción se funda en el carácter reglado, excepcional y limitado de los mismos. La Constitución de 1991 estableció un complejo sistema de controles que supone “el carácter excepcionalísimo de las medidas de emergencia en Colombia”41, así como que “el uso de estas herramientas es una potestad reglada que se encuentra sometida a las disposiciones constitucionales, legales y del bloque de constitucionalidad”42.

La naturaleza reglada, excepcional y limitada de los estados de excepción se garantiza por medio de su estricta regulación en la Constitución y en la Ley 137 de 1994 -en adelante LEEE-43, así como mediante sus especiales dispositivos de control político y judicial44.

La Constitución dispuso un complejo sistema de controles políticos específicos para los estados de excepción, tales como 1) la autorización del Senado para la declaratoria del Estado de Guerra Exterior; 2) el concepto favorable del Senado para la segunda prórroga del

Estado de Conmoción Interior; 3) las reuniones del Congreso por derecho propio; 4) los informes que debe presentar el Gobierno Nacional al Congreso de la República sobre su declaratoria y evolución; y, finalmente, 5) la competencia del Congreso para establecer la responsabilidad política del Presidente y de los ministros por la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, o que constituya grave calamidad pública, sin la ocurrencia de los supuestos contemplados en los preceptos constitucionales, o por el abuso en el ejercicio de las facultades excepcionales.

La Constitución también estableció el control judicial constitucional automático de los decretos legislativos expedidos en el marco de los estados de excepción, según lo dispuesto en los artículos 212 a 215 de la Constitución, el cual está desarrollado por los artículos 55 de la LEEE y 36 a 38 del Decreto 2067 de 1991.

A la luz del artículo 215 de la Constitución, el Estado de Emergencia podrá ser declarado por el Presidente de la República y todos los ministros siempre que sobrevengan hechos distintos a los previstos en los artículos 212 y 213 que: 1) perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que 2) constituyan grave calamidad pública. Este último concepto ha sido definido por la Corte Constitucional como "una desgracia o infortunio que afecta intempestivamente a la sociedad o a un sector importante de ella…". La calamidad pública alude a un evento o episodio traumático, derivado de causas naturales o técnicas, que altera gravemente el orden económico, social o ecológico, y que ocurre de manera imprevista y sobreviniente.

Este tribunal ha señalado que "los acontecimientos, no solo deben tener una entidad propia de alcances e intensidad traumáticas, que logren conmocionar o trastrocar el orden económico, social o ecológico, lo cual caracteriza su gravedad, sino que, además, deben constituir una ocurrencia imprevista, y por ello diferentes a los que se producen regular y cotidianamente, esto es, sobrevinientes a las situaciones que normalmente se presentan en el discurrir de la actividad de la sociedad, en sus diferentes manifestaciones y a las cuales debe dar respuesta el Estado mediante la utilización de sus competencias normales"45. En tales términos, esta Corte ha reconocido que la calamidad pública puede tener una causa natural, como ha sucedido por cuenta de temblores o terremotos, avalanchas, desbordamientos de ríos, inundaciones, etc.; o puede tener una causa técnica como es el caso del cierre de una frontera internacional, o "accidentes mayores tecnológicos"46.

Desde la expedición de la Constitución Política, se han declarado estados de emergencia económica, social y ecológica por distintas razones: 1) la fijación de salarios de empleados públicos47; 2) la crisis en el servicio público de energía eléctrica48; 3) desastres naturales49; 4) la revaluación del peso frente al dólar50; 5) el deterioro de la situación de los establecimientos de crédito51; 6) las actividades relacionadas con el manejo,

aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público52; 7) los servicios públicos de la seguridad social y la atención en salud53; y, por último, 8) la situación fronteriza con Venezuela54.

El artículo 215 de la Constitución prescribe que la declaratoria del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica sólo puede llevarse a cabo "por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario". A su vez, la misma disposición prevé que los decretos legislativos en el marco del Estado de Emergencia tendrán fuerza de ley y deberán ser 1) motivados; 2) firmados por el Presidente y todos los ministros; 3) destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Igualmente 4) deben referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia y 5) podrán -de forma transitoria- establecer nuevos tributos o modificar los existentes, los cuales dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.

Dicha disposición señala que el decreto que declare el Estado de Emergencia debe indicar el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias y convocar al Congreso, si este no se hallare en funcionamiento, para que se reúna dentro de los diez días siguientes al vencimiento de dicho término. En relación con las competencias del Congreso en el marco de los estados de emergencia, el propio artículo 215 de la Constitución establece que 1) examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas; 2) podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno, así como ejercer sus atribuciones constitucionales; y, 3) se reunirá por derecho propio, si no fuere convocado por el Gobierno Nacional.

4.5. Fundamento y alcance del control judicial de los decretos de desarrollo expedidos al amparo del Estado de Emergencia Económica, Social o Ambiental55

4.5.1. Consideraciones generales

Los estados de excepción son respuestas, fundadas en la juridicidad que impone la Carta Política, a situaciones graves y anormales que no pueden ser enfrentadas por el Estado a partir de sus competencias ordinarias. Sin embargo, una característica propia del Estado constitucional es que esa competencia no sea omnímoda ni arbitraria. El ordenamiento

superior impone una serie de requisitos y condiciones que deben cumplirse tanto en los decretos legislativos que declaran el estado de excepción, como aquellos que prevén las medidas legales extraordinarias para hacer frente a la crisis, conocidos usualmente como decretos de desarrollo. Estos requisitos y condiciones son los que, a su vez, justifican la competencia de la Corte para verificar la compatibilidad de los decretos y el Texto Superior. Ello, bajo el entendido que los estados de excepción son mecanismos extraordinarios, pero en todo caso sometidos a condiciones de validez impuestas por la Constitución.

La Corte ha indicado que los requisitos mencionados se encuentran en tres fuentes normativas concretas, todas ellas integradas al parámetro de constitucionalidad: 1) las disposiciones de la Carta Política que regulan los estados de excepción (Arts. 212 a 215 C.P.); 2) el desarrollo de esas reglas, previstas en la LEEE-; y 3) las normas de derecho internacional de los derechos humanos que prevén tanto los requisitos de declaratoria, como las garantías que no pueden ser suspendidas en esas situaciones excepcionales (derechos intangibles) (Arts. 93.1 y 214 C.P.). La existencia de un régimen jurídico con sujeción al cual deben ejercerse las competencias que surgen de la declaratoria de un estado de excepción concretan el principio de legalidad que, como lo ha indicado este tribunal 1) obliga a que el Gobierno actúe con sujeción a las normas nacionales que rigen los estados de excepción; y 2) exige que las suspensiones extraordinarias de los derechos y libertades que tengan lugar en razón de la crisis no sean incompatibles con las obligaciones del Estado y, en particular, con aquellas derivadas del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos.

4.5.2. Criterios formales y materiales que rigen el control de constitucionalidad

La jurisprudencia de este tribunal ha establecido que el control constitucional de los decretos expedidos al amparo del Estado de Emergencia tiene dos facetas: formal y material. Se trata de un detallado escrutinio que tiene por objeto asegurar que todos los límites previstos para el ejercicio de las facultades de excepción sean debidamente respetados por el Gobierno Nacional.

El examen formal del decreto exige verificar, en su orden, el cumplimiento de tres exigencias básicas: 1) la suscripción por el Presidente de la República y por todos sus ministros; 2) la expedición en desarrollo del estado de excepción y durante el término de su vigencia; y 3) la existencia de motivación. Igualmente, en los casos en los cuales la declaratoria del estado de emergencia haya comprendido únicamente determinado ámbito territorial, debe examinarse que los decretos de desarrollo no lo excedan.

El examen material comprende el desarrollo de varios escrutinios que, como lo ha indicado la

Corte, constituyen expresiones operativas de los principios que guían los estados de excepción. La práctica decisional de este tribunal evidencia algunas divergencias en el orden, contenido y agrupación de tales juicios. Si bien tales diferencias no han afectado el rigor del control constitucional, es oportuno unificar su alcance a fin de enunciar y caracterizar cada uno de los juicios indicando, adicionalmente, el orden en que deben ser aplicados.

El juicio de finalidad56 está previsto por el artículo 10 de la LEEE57. A la luz de este juicio, toda medida contenida en los decretos legislativos debe estar directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión o agravación de sus efectos58.

El juicio de conexidad material59 está previsto por los artículos 215 de la Constitución60 y 47 de la LEEE61. Con este juicio, se pretende determinar si las medidas adoptadas en el decreto legislativo guardan relación con las causas que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción. La Corte Constitucional ha señalado que la conexidad debe ser evaluada desde dos puntos de vista: 1) interno, esto es, la relación entre las medidas adoptadas y las consideraciones expresadas por el Gobierno Nacional para motivar el decreto de desarrollo correspondiente62 y 2) externo, es decir, el vínculo entre las medidas de excepción y los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia63.

El juicio de motivación suficiente64 ha sido considerado como un juicio que complementa la verificación formal por cuanto busca dilucidar si, además de haberse formulado una fundamentación del decreto de emergencia, el Presidente ha presentado razones que resultan suficientes para justificar las medidas adoptadas65. Dicha motivación es exigible frente a cualquier tipo de medidas66, siendo particularmente relevante para aquellas que limitan derechos constitucionales, por cuanto el artículo 8 de la LEEE establece que los “decretos de excepción deberán señalar los motivos por los cuales se imponen cada una de las limitaciones de los derechos constitucionales”67.

El juicio de ausencia de arbitrariedad68 tiene por objeto comprobar que en el decreto legislativo no se establezcan medidas que violen las prohibiciones para el ejercicio de las facultades extraordinarias reconocidas en la Constitución, la LEEE y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia.69 La Corte Constitucional debe verificar que las medidas adoptadas en los decretos legislativos: 1) no suspendan o vulneren el núcleo esencial de los derechos y libertades fundamentales70; que 2) no interrumpan el normal funcionamiento de las ramas del poder público y de los órganos del Estado y, en particular, 3) que no supriman o modifiquen los organismos y las funciones básicas de acusación y juzgamiento71.

El juicio de intangibilidad72 parte del reconocimiento que ha hecho la jurisprudencia constitucional acerca del carácter “intocable” de algunos derechos, los cuales, a la luz de los artículos 93 y 214 de la Constitución, no pueden ser restringidos ni siquiera durante los estados de excepción. La Corte ha establecido que en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, se consideran como derechos intangibles el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia; los derechos del niño a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas; y el derecho al habeas corpus. Son igualmente intangibles los mecanismos judiciales indispensables para la protección de esos derechos.

El juicio de no contradicción específica73 tiene por objeto verificar que las medidas adoptadas en los decretos legislativos 1) no contraríen de manera específica a la Constitución o a los tratados internacionales; y 2) no desconozcan el marco de referencia de la actuación del Ejecutivo en el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, esto es, el grupo de medidas descritas en los artículos 47, 49 y 50 de la LEEE. Ha destacado la Corte que entre las prohibiciones se encuentra, por expreso mandato constitucional y legal, la consistente en que el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en el artículo 215.

El juicio de incompatibilidad74, según el artículo 12 de la LEEE, exige que los decretos legislativos que suspendan leyes expresen las razones por las cuales son irreconciliables con el correspondiente estado de excepción.

El juicio de necesidad75, previsto en el artículo 11 de la LEEE, implica que las medidas que se adopten en el decreto legislativo sean indispensables para lograr los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción. La Corte ha señalado que este análisis debe ocuparse 1) de la necesidad fáctica o idoneidad, la cual consiste en verificar fácticamente si las medidas adoptadas permiten superar la crisis o evitar la extensión de sus efectos, de manera tal que se evalúa si el Presidente de la República incurrió o no en un error manifiesto respecto de la utilidad de la medida para superar la crisis; y 2) de la necesidad jurídica o subsidiariedad que implica verificar la existencia dentro del ordenamiento jurídico ordinario de previsiones legales que fueran suficientes y adecuadas para lograr los objetivos de la medida excepcional.

El juicio de proporcionalidad76, que se desprende del artículo 13 de la LEEE, exige que las medidas que se adopten en desarrollo de los estados de excepción sean respuestas

equilibradas frente a la gravedad de los hechos que causaron la crisis. Igualmente, la Corte ha precisado que el examen de proporcionalidad exige que las restricciones a derechos y garantías constitucionales se impongan en el grado absolutamente necesario para lograr el retorno a la normalidad. Advierte la Corte que este examen particular no excluye, naturalmente, la aplicación del examen de proporcionalidad cuando ello se requiera, por ejemplo, para controlar restricciones a derechos constitucionales, por ejemplo, en el juicio de ausencia de arbitrariedad.

El juicio de no discriminación77, el cual tiene fundamento en el artículo 14 de la LEEE78, exige que las medidas adoptadas con ocasión de los estados de excepción no pueden entrañar segregación alguna, fundada en razones de sexo, raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica o de otras categorías sospechosas79. Adicionalmente, este análisis implica verificar que el decreto legislativo no imponga tratos diferentes injustificados80.

4.6. Caso concreto

4.6.1. Examen formal de la constitucionalidad del Decreto Legislativo 464 de 2020

En el examen formal del decreto este tribunal debe verificar tres exigencias, a saber: 1) la suscripción del decreto por el Presidente de la Republica y sus ministros; 2) la expedición del decreto en desarrollo del estado de excepción y durante el término de su vigencia; y 3) la existencia de motivación81.

4.6.1.1. Al revisar la copia auténtica del Decreto Legislativo 464 de 202082 este tribunal encuentra que está suscrito por el Presidente de la República y por los Ministros del Interior, de Relaciones Exteriores ad Hoc83, de Hacienda y Crédito Público, de Justicia y del Derecho, de Defensa Nacional, de Agricultura y Desarrollo Social, de Salud y Protección Social, de Trabajo, de Minas y Energía, de Comercio Industria y Turismo, de Educación Nacional, de Ambiente y Desarrollo Sostenible, de Vivienda, Ciudad y Territorio, de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, de Transporte, de Cultura, del Deporte y de Ciencia y Tecnología. Por tanto, se cumple la exigencia de que el decreto esté suscrito por el Presidente de la República y todos sus ministros.

4.6.1.2. Por medio del Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, que empezó a regir desde su publicación84 se declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, por el término de 30 días, contados a partir de la vigencia de este

decreto85. El Decreto Legislativo 464 del 23 de marzo de 2020, se dictó en uso de las facultades conferidas por el artículo 215 de la Constitución y “en desarrollo de lo dispuesto en el Decreto 417 de 2020”86, con el “fin de atender la emergencia económica, social y ecológica”. En vista de estas circunstancias, se tiene que el decreto sub judice se dictó dentro del término de vigencia del estado de excepción y en desarrollo de él, con lo cual se cumple la segunda exigencia del examen formal.

4.6.1.3. En sus consideraciones, el decreto sub examine tiene dos tipos de motivaciones. Una motivación general87, en la que se alude al artículo 215 de la Constitución, al Decreto 417 de 2020 y a la medida recomendada por la Organización Mundial de la Salud, en adelante OMS, del distanciamiento social y aislamiento, para cuya ejecución las tecnologías de la información y las comunicaciones son una herramienta relevante. Y una motivación específica88, en la cual se da cuenta de los argumentos que justifican, a juicio del Gobierno, las seis decisiones que se adoptan. En efecto, hay argumentos sobre: 1) la necesidad de declarar a los servicios de telecomunicaciones como servicios públicos esenciales; 2) sobre la necesidad de fijar unas reglas especiales para la prestación de este servicio por parte de sus proveedores; 3) sobre la necesidad de dar prioridad en el comercio electrónico a ciertos envíos; 4) sobre la necesidad de priorizar el acceso a las redes y servicios de telecomunicaciones; 5) sobre la necesidad de suspender el pago de contraprestaciones por concepto de concesiones, licencias, permisos, autorizaciones y habilitaciones para la provisión de redes o servicios de telecomunicaciones; y 6) sobre la necesidad de suspender algunas obligaciones relativas a calidad en la prestación de estos servicios. Esta revisión es suficiente para afirmar que en el Decreto Legislativo 464 de 2020 existe motivación, con lo cual se cumple la tercera, y última, exigencia del examen formal.

4.6.2. Examen material de la constitucionalidad del Decreto Legislativo 464 de 2020

Dado que el Decreto Legislativo 464 de 2020 superó el examen formal de constitucionalidad, a este tribunal le corresponde ahora adelantar el examen material de constitucionalidad, a partir de la aplicación de los diez juicios previstos para tal efecto, a saber: el de finalidad, el de conexidad material, el de motivación suficiente, el de ausencia de arbitrariedad, el de intangibilidad, el de no contradicción específica, el de incompatibilidad, el de necesidad, el de proporcionalidad y el de no discriminación89.

4.6.2.1. El Decreto Legislativo 464 de 2020 fue dictado por el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, en ejercicio de las competencias conferidas por el artículo 215 de la Constitución90, en el contexto de la declaración de un estado de emergencia económica, social y ecológica, hecha en el Decreto 417 de 202091. Esta declaración obedeció a una crisis sanitaria, generada por la pandemia del COVID-19.

El COVID-19 ha generado una crisis mundial, calificada por la Organización Mundial de la Salud, en adelante OMS, como pandemia, el 11 de marzo de 202092. Esta pandemia, la primera en la historia causada por un coronavirus, que a esa fecha ya había causado importantes consecuencias en el mundo: 118.000 casos en 114 países y 4291 muertes, genera un importante riesgo para la vida y para la salud de las personas, dado el alarmante nivel de propagación del virus y de gravedad de la afectación que produce en algunas personas.

Ante el evidente, en términos sanitarios, riesgo de propagación del virus, la OMS, al mismo tiempo que declara la pandemia, hace un llamado a todos los países para adoptar medidas urgentes y agresivas, tanto para controlar esta crisis como para mitigar sus efectos. Entre dichas medidas están algunas básicas93 que, en lo relevante para este caso, son las de 1) mantener el distanciamiento social94 y 2) mantenerse informado y seguir las recomendaciones de los profesionales sanitarios95.

Por las circunstancias conocidas de contagio del virus, cuyo estudio e investigación está todavía en desarrollo, el distanciamiento social es una medida sanitaria aconsejable para controlar o mitigar su propagación, valga decir, para disminuir el contagio. Esta medida sanitaria tiene importantes repercusiones en varias actividades cotidianas de las personas, como el transporte, el trabajo, la educación, la alimentación, el esparcimiento, el deporte y, en general, para cualquier actividad en la cual exista un contacto próximo. En este contexto, la posibilidad de usar la tecnología para desarrollar dichas actividades y, por tanto, cumplir con el distanciamiento social y, al mismo tiempo, con la información permanente y relevante en materia sanitaria, es de la mayor relevancia96.

Esta valoración de las tecnologías y servicios de comunicaciones se hace también por la OMS y la Unión Internacional de Telecomunicaciones, en adelante UIT, en su declaración conjunta del 20 de abril97. Estas entidades internacionales destacan, entre otros, tres importantes roles de dichas tecnologías y servicios, a saber: 1) el satisfacer la necesidad de todas las personas de acceder a la información sanitaria que necesitan; 2) el permitir que las personas, al mismo tiempo que están seguras en su aislamiento, se mantengan productivas y conectadas; 3) el hacer posible el desarrollo de actividades médicas y sanitarias como a) la telemedicina, b) la conexión de la red médica y hospitalaria y c) el análisis en tiempo real de los datos de diagnóstico, para “contener y predecir los brotes con mayor eficacia y rapidez”.

La antedicha valoración también ha sido hecha en contextos nacionales, al momento de tratar con la crisis. Así ha ocurrido, por ejemplo, en España, con el Real Decreto-ley 8/202098. En este decreto se otorga un carácter preferente al trabajo a distancia99; se

garantiza el mantenimiento de los servicios de comunicaciones electrónicas y la conectividad de banda ancha, de manera tal que no pueden ser interrumpidos o suspendidos, a menos que esté de por medio la integridad y seguridad de las redes100; y se garantiza la prestación del servicio universal de telecomunicaciones101.

4.6.2.2. Este contexto brinda elementos de juicio relevantes para comprender el sentido y alcance del Decreto Legislativo 464 de 2020 y, en particular, de las seis medidas previstas en él. Antes de pasar al análisis de las medidas, se debe advertir que la vigencia de este decreto, según lo previsto en su artículo 7, se extendió desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial, lo que ocurrió el día 23 de marzo de 2020 hasta el día en que culminó el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado en el Decreto 417 de 2020102. Si bien esto podría llevar a pensar que dichas medidas sólo estuvieron vigentes hasta el 16 de abril de 2020, hubo una circunstancia sobreviniente: la expedición del Decreto Legislativo 555 de 2020103, que extendió la vigencia de muchas de estas medidas, con algunos cambios y adiciones104, desde el 16 de abril de 2020 y hasta que se mantenga la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, con ocasión de la pandemia derivada del COVID-19.

En vista de la anterior circunstancia, poco usual en el ejercicio del control oficioso de constitucionalidad de decretos legislativos, este tribunal debe destacar que, a pesar de lo ya dicho respecto de los contenidos normativos de los Decretos 464 y 555 de 2020, no es posible proceder a realizar la integración normativa, por cuanto a cada uno de ellos le corresponde un análisis integral y separado. En efecto, el proceso de formación de cada decreto es diferente y su contenido, apreciado en su conjunto, también lo es, aunque existan algunos elementos normativos comunes. Por tanto, lo que se decida respecto de las medidas previstas en el Decreto 464 de 2020 constituirá, al momento de decidir sobre las medidas del Decreto 555 de 2020 que sean semejantes, un precedente relevante.

4.6.2.3. En este proceso debe analizarse la constitucionalidad de seis medidas, a saber: 1) la de declarar a los servicios de telecomunicaciones, dentro de los que se incluyen los servicios de radiodifusión sonora, televisión y postales, como servicios públicos esenciales (art. 1); 2) la de garantizar la prestación del servicio público de telecomunicaciones, bajo unas condiciones de prestación determinadas, en materia de telefonía móvil en pospago, cuando el plan no exceda dos UVT y en prepago, durante la vigencia del estado de excepción, incluso si el usuario incurre en impago del servicio (art. 2); 3) la de establecer prioridades en los servicios de comercio electrónico y de envío y logística, respecto de ciertos bienes relacionados con alimentos, productos de primera necesidad, insumos médicos, ópticos y ortopédicos, elementos de aseo e higiene, alimentos y medicinas para mascotas y aparatos que permitan acceder a los servicios de telecomunicaciones (art. 3); 4) la de priorizar, en caso de una pandemia declarada por la OMS, el acceso del usuario en la red de internet a ciertos contenidos o aplicaciones relacionados con los servicios de salud, con páginas gubernamentales, con el desarrollo de actividades laborales, de educación y con el ejercicio

de derechos fundamentales (art. 4); 5) suspender, hasta el 30 de mayo de 2020, el pago de contraprestaciones, por parte de los prestadores del servicio de telecomunicaciones, por concepto de licencias, permisos, autorizaciones y habilitaciones para la provisión de redes y de servicios de telecomunicaciones y postales (art. 5); y 6) flexibilizar, durante el estado de excepción, las normas sobre régimen de calidad y otras obligaciones de los prestadores de redes y servicios de telecomunicaciones y de servicios postales, en la medida en que no se trate de elementos esenciales para garantizar la prestación del servicio, conforme a las resoluciones que dicten la Comisión de Regulación de Comunicaciones, en adelante CRC, y el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en adelante MinTic (art. 6). Y además debe revisarse el tema de la vigencia del decreto, prevista en su artículo 7.

4.6.2.4. La declaración de un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, hecha en el Decreto 417 de 2020, se fundó en dos presupuestos fácticos: uno sanitario y otro económico. De estos presupuestos, el más relevante para este caso es el primero. Frente a la crisis en la salud pública generada por la pandemia del COVID-19, debe advertirse que, antes de la declaración del estado de excepción, ya se habían tomado dos medidas sanitarias por parte del Ministerio de Salud, por medio de las Resoluciones 380 del 10 marzo de 2020 y 385 del 12 de marzo de 2020. En la primera resolución, en la línea recomendada por la OMS105, se toman medidas preventivas sanitarias, consistentes en el aislamiento y la cuarentena para personas que proviniesen de la República Popular China, Francia, Italia y España. En la segunda resolución, conforme a lo previsto en el artículo 69 de la Ley 1753 de 2015106, ante la declaración de la pandemia por el COVID-19 por la OMS107, se declaró el estado de emergencia sanitaria hasta el 30 de mayo de 2020 en todo el territorio nacional. A pesar de ello, se sostiene en las consideraciones del Decreto 417 de 2020 que las cifras de contagio con el virus aumentaron y tenían unas proyecciones preocupantes. Fue esto, justamente, lo que se arguyó, en lo fáctico, para declarar el estado de excepción.

Dado que la perturbación ha sido causada por una crisis sanitaria, debido a la aparición de un nuevo virus, el denominado COVID-19, del que, al parecer, no se tenía noticia oficial, hasta que el 31 de diciembre de 2019 la OMS recibe una comunicación de la “Comisión Municipal de Salud de Wuhan (provincia de Hubei, China)”, hecha pública por la OMS el 4 de enero de 2020108, lo que debe revisarse, en el juicio de finalidad es si las seis medidas adoptadas en el Decreto Legislativo 464 de 2020 tienen o no una relación directa y específica con las causas de dicha perturbación y con el propósito de impedir la extensión o agravación de sus efectos.

Como ya se advirtió, al analizar el aspecto sanitario de la emergencia, la pandemia COVID-19 representa un grave riesgo para la salud pública, en la medida en que el coronavirus es muy contagioso y, en algunos casos, genera graves complicaciones a la salud e incluso puede comprometer la vida de las personas. Ante este riesgo, entidades sanitarias como la OMS, recomiendan, para el control y manejo de la pandemia, en lo relevante para este caso, mantener el distanciamiento social y mantenerse informado y seguir las recomendaciones de los profesionales sanitarios109.

Las medidas adoptadas, al garantizar la prestación del servicio de telecomunicaciones, incluso cuando hay impago de las facturas de telefonía móvil, al priorizar ciertos bienes en el comercio electrónico y ciertos accesos en internet, y al compensar a los prestadores del servicio por la prestación sin pago que se les obliga a hacer y al flexibilizar las reglas sobre calidad del servicio, sin afectar sus elementos esenciales, tienen una relación directa con la tarea de mantener el distanciamiento social y, además, con brindar la posibilidad a las personas de mantenerse informadas y seguir las recomendaciones de profesionales sanitarios.

En efecto, bajo las circunstancias de la crisis sanitaria originada por el COVID-19, el garantizar que las personas, merced a los servicios de telecomunicaciones y al comercio electrónico, puedan desarrollar algunas de sus actividades productivas, tanto laborales como educativas, e incluso puedan comprar los bienes de primera necesidad sin salir de sus viviendas, con la disminución de uso del servicio de transporte que de ello se deriva, evidentemente tiene una relación con el mantener el distanciamiento social. Sin las telecomunicaciones esta crisis habría paralizado por completo las actividades de muchas personas, incluso la de este tribunal, que no hubiera podido reunirse en condiciones seguras para adelantar sus tareas. También debe destacarse la importancia que tienen las telecomunicaciones en el acceso de las personas a la información sanitaria y a las recomendaciones que hagan las autoridades de salud, pues, gracias a ellas, se puede conocer esta información en tiempo real y de manera directa. Además, debe destacarse que, en medio de esta crisis sanitaria, las telecomunicaciones permiten el desarrollo de actividades tan importantes como la telemedicina, la comunicación fluida y estable entre profesionales y centros de salud, y el análisis en tiempo real de los datos de diagnóstico, para “contener y predecir los brotes con mayor eficacia y rapidez”. En consecuencia, las medidas superan el juicio de finalidad.

4.6.2.5. Las medidas previstas en el Decreto Legislativo 464 de 2020, como ya se ha dejado en claro, tienen una relación directa y específica con dos de las medidas sanitarias básicas para el control de la pandemia del COVID-19: la medida del distanciamiento social y la medida de mantenerse informado y seguir las recomendaciones de los profesionales sanitarios110.

A partir de esta base, debe destacarse que todas las medidas adoptadas en las normas sub examine tienen una relación con los motivos que dieron lugar al estado de excepción y, además, tienen una relación con las consideraciones del Decreto 464 de 2020.

La primera relación, que debe establecerse en el aspecto externo del juicio de conexidad

material, surge del vínculo directo y explícito que hay, de una parte, entre las consideraciones del decreto sub judice y las medidas en él adoptadas y, de otra, los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción. En efecto, si el motivo que da lugar a declarar el estado de excepción, en tanto es su supuesto fáctico, es la pandemia del COVID-19 y, como se ha visto, dos de las medidas sanitarias para controlar dicha pandemia son el distanciamiento social y el mantenerse informado y seguir las recomendaciones de los profesionales sanitarios, se tiene que las medidas adoptadas en las normas sub examine, en tanto favorecen ambas medidas sanitarias, tienen un vínculo evidente con dicho motivo. Es más, en las consideraciones del Decreto 464 de 2020, en especial en la cuarta y en la novena, se alude de manera explícita a dicho vínculo, en los siguientes términos:

"Que como se enuncia en el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, una de las medidas adoptada para conjurar la crisis, recomendada por la Organización Mundial de la Salud, es el distanciamiento social y asilamiento, para lo cual, las tecnologías de la información y las comunicaciones y los servicios de comunicaciones, en general, se convierten en una herramienta esencial para permitir la protección de la vida y la salud de los colombianos.

[…]

Que es necesario garantizar la continua y oportuna comunicación entre las autoridades, personal de atención médica, la población afectada, en riesgo, y el resto de los ciudadanos, para que conozcan, entre otras, las medidas a implementar, los canales de atención, los beneficios que sean entregados, entre otra información útil, que debe estar disponible y ser transmitida mediante los servicios de telecomunicaciones incluyendo la televisión, así como los servicios postales, según la necesidad de difusión de la información por parte de las autoridades."

La segunda relación, que debe establecerse en el aspecto interno del juicio de conexidad material, surge de dos vínculos. El vínculo que hay, entre la argumentación general hecha en las consideraciones, sobre la relación entre las medidas adoptadas y las medidas sanitarias para el control de la pandemia, a la que ya se ha aludido al examinar el aspecto externo de la conexidad material, y el vínculo específico que debe haber entre cada una de las medidas y las consideraciones dadas en el decreto legislativo.

La medida de declarar a los servicios de telecomunicaciones, dentro de los que se incluyen los servicios de radiodifusión sonora, televisión y postales, como servicios públicos esenciales, prevista en el artículo 1 del Decreto 464, está relacionada específicamente con las consideraciones sexta111, séptima112, octava113 y novena114 de este decreto.

La medida de garantizar la prestación del servicio público de telecomunicaciones, bajo unas condiciones de prestación determinadas, en materia de telefonía móvil en pospago, cuando el plan no exceda dos UVT y en prepago, durante la vigencia del estado de excepción, incluso si el usuario incurre en impago del servicio o ha consumido su saldo, prevista en el artículo 2 del Decreto 464 de 2020, está relacionada específicamente con las consideraciones décima115 y undécima116 de este decreto.

La medida de establecer prioridades en los servicios de comercio electrónico y de envío y logística, respecto de ciertos bienes relacionados con alimentos, productos de primera necesidad, insumos médicos, ópticos y ortopédicos, elementos de aseo e higiene, alimentos y medicinas para mascotas y aparatos que permitan acceder a los servicios de telecomunicaciones, prevista en el artículo 3 del Decreto 464 de 2020, está relacionada específicamente con la consideración décimo cuarta117 de este decreto.

La medida de priorizar, en caso de una pandemia declarada por la OMS, el acceso del usuario en la red de internet a ciertos contenidos o aplicaciones relacionados con los servicios de salud, con páginas gubernamentales, con el desarrollo de actividades laborales, de educación y con el ejercicio de derechos fundamentales, prevista en el artículo 4 del Decreto 464 de 2020, está relacionada específicamente con las consideraciones décimo segunda118 y décimo tercera119 de este decreto.

La medida de suspender, hasta el 30 de mayo de 2020, el pago de contraprestaciones, por parte de los prestadores del servicio de telecomunicaciones, por concepto de licencias, permisos, autorizaciones y habilitaciones para la provisión de redes y de servicios de telecomunicaciones y postales, prevista en el artículo 5 del Decreto 464 de 2020, está relacionada específicamente con las consideraciones décimo quinta120 y décimo sexta121 de este decreto.

La medida de flexibilizar, durante el estado de excepción, las normas sobre régimen de calidad y otras obligaciones de los prestadores de redes y servicios de telecomunicaciones y de servicios postales, en la medida en que no se trate de elementos esenciales para garantizar la prestación del servicio, conforme a las resoluciones que dicten la CRC y el MinTic, prevista en el artículo 6 del Decreto 464 de 2020, está relacionada específicamente con la consideración décimo séptima122 de este decreto.

En consecuencia, lo que atañe al aspecto interno del juicio de conexidad material, también se encuentra satisfecho.

4.6.2.6. El análisis anterior123 ha puesto de presente que las medidas sub examine tienen una motivación amplia, en la que aparecen argumentos para establecer su vínculo con la crisis que motiva la declaración de emergencia económica, social y ecológica y, además, se encuentra argumentos relativos, específicamente, a la justificación que tiene cada una de las medidas adoptadas. En vista de tales circunstancias, este tribunal concluye que se satisface el juicio de motivación suficiente.

4.6.2.7. Conforme al análisis hecho en los párrafos anteriores, puede decirse que la mayoría de las medidas sub examine no suspenden o vulneran el ejercicio de derechos fundamentales y tampoco interrumpen el normal funcionamiento de los demás órganos del poder público, en tanto que no suprimen o modifican dichos órganos ni sus funciones. Por tanto, las medidas previstas en los artículos 3, 5, 6 y 7 del Decreto 464 de 2020 superan el juicio de ausencia de arbitrariedad.

Como lo plantean algunos intervinientes124 y el Ministerio Público125, existen algunos reparos en torno a las medidas adoptadas en los artículos 1, 2 y 4 del Decreto 464 de 2020. Frente al artículo 1, el reparo consiste en que, al declararse a las telecomunicaciones como un servicio público esencial, se estaría suspendiendo el ejercicio del derecho a la huelga. Respecto del artículo 2, se considera que, al limitar las medidas a una parte de la población, se estaría vulnerando el derecho a la igualdad. Por último, el artículo 4 se cuestiona en la medida en que se asume que podría implicar una excepción injustificada al principio de neutralidad de la red y, por tanto, vulnerar algunos derechos fundamentales como la libertad de expresión y el acceso a la información.

4.6.2.7.1. Respecto de la medida de declarar a las telecomunicaciones como un servicio público esencial, durante la vigencia del estado de excepción (artículo 1 del Decreto 464 de 2020), debe advertirse, de entrada, que se trataría en todo caso de una calificación transitoria y, por tanto, que la afectación al derecho de huelga sería también transitoria.

En este contexto, debe recordarse que el artículo 56 de la Constitución “garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador.” Este derecho, en contextos de normalidad, no ha sido considerado por este tribunal en términos absolutos, sino como un derecho sujeto a restricciones legítimas126, como, por ejemplo, la establecida en la propia Constitución en materia de servicios públicos esenciales.

Este caso presenta dos particularidades que deben destacarse, para efectos del análisis: 1) la decisión de declarar un servicio público como esencial es tomada por el legislador extraordinario, en el contexto de un estado de excepción, y 2) la susodicha declaración tiene una vigencia transitoria.

En este contexto, un interviniente afirma que esta declaración es innecesaria127, porque el servicio público de las telecomunicaciones ya había sido calificado como esencial por el legislador ordinario. Para ello, argumenta que en el tercer inciso del artículo 73 de la Ley 1341 de 2009128 se establece a modo de regla que este servicio no le es aplicable la Ley 142 de 1994, salvo en lo relativo en los artículos 4, 17, 24, 41, 42 y 43 de la misma. Dentro de estas excepciones, destaca la del artículo 4 de la Ley 142 de 1994129, que corresponde a la calificación, como servicios públicos esenciales de todos los servicios públicos de que trata esta ley130.

La circunstancia en comento, revela que, en condiciones normales, al menos una norma ha calificado como servicio público esencial al de las telecomunicaciones. Un análisis detenido del asunto, revela que en realidad esto ha ocurrido dos veces. Una en el contexto del Código Sustantivo del Trabajo y otra en el contexto de la ley de servicios públicos domiciliarios. En ambos casos los ciudadanos han demandado la inconstitucionalidad de tales normas y este tribunal, en las Sentencias C-450 de 1995 y C-663 de 2000, las ha declarado exequibles.

En la Sentencia C-450 de 1995 se resuelve, en lo relevante para este caso, una demanda contra la expresión “telecomunicaciones”, prevista en el literal b del artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo, en adelante CST131, norma que está hoy vigente. El cargo estudiado por este tribunal en dicha sentencia fue el de que esta norma era incompatible con el artículo 56 de la Constitución. Luego de estudiar este cargo, la Corte declaró exequible el literal b del artículo 430 del CST, por considerar que: “En relación con las empresas de telecomunicaciones, igualmente sus actividades constituyen servicios esenciales, porque ellas tienden a garantizar la libertad de expresar y difundir el pensamiento y las opiniones y la de informar y recibir información. Igualmente, pueden resultar necesarias o constituir medios para asegurar el ejercicio o el amparo de otros derechos fundamentales, tales como los mencionados anteriormente.”

Frente a esta evidencia, la Universidad Libre considera que no puede asumirse la existencia de cosa juzgada constitucional, pues en la misma sentencia se reconoce que el legislador puede modificar lo que califica como servicio público esencial, pero no muestra que así haya ocurrido, dado que el literal b del artículo 430 del CST no ha sido modificado desde entonces. Otro interviniente, la Universidad Externado de Colombia considera que dicha sentencia constituye un precedente importante para declarar la exequibilidad de la norma que ahora se juzga.

En la Sentencia C-663 de 2000 se resuelve una demanda contra el artículo 4 de la Ley 142 de 1994, norma que también está hoy vigente. Esta demanda se planteó contra la expresión:

“todos los servicios públicos, de que trata la presente ley, se considerarán servicios públicos esenciales.”, pero este tribunal, luego de declarar la integración normativa se pronunció sobre todo el artículo, al que juzgó en razón de su compatibilidad con el artículo 56 de la Carta. La conclusión de este juicio fue que dicho artículo era exequible, a partir de dos razones, a saber:

“c) Conforme con lo anterior, el art. 4 de la ley 142/94 objeto de impugnación se ajusta a la Constitución, porque el legislador no hizo cosa diferente que desarrollar, tanto el mandato del art. 56 en cuanto lo habilita para definir los servicios públicos esenciales en los cuales la huelga no está garantizada, como los arts. 365 y 366, según los cuales, los servicios públicos domiciliarios constituyen instrumentos adecuados para asegurar las finalidades sociales del Estado, en lo que atañe con el bienestar general y el mejoramiento de las condiciones de vida de los integrantes de la comunidad. En tales circunstancias, es evidente que los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, larga distancia nacional e internacional, gas combustible, contribuyen al logro de los mencionados cometidos sociales, y a la realización efectiva de ciertos derechos fundamentales de las personas. Por lo tanto, ningún reparo constitucional encuentra la Corte a la decisión del legislador de calificarlos como esenciales.

[…]

e) Por lo demás, a juicio de la Corte no resulta irrazonable ni desproporcionada la norma jurídica mencionada, en cuanto consideró que dichas actividades constituyen servicios públicos esenciales.”

En vista de las anteriores circunstancias, este tribunal, a partir de sus propias sentencias, debe advertir que las telecomunicaciones, dentro de las cuales está incluido el servicio de internet, han sido definidas, por normas ordinarias que están vigentes, como servicios públicos esenciales. Por tanto, en esta precisa materia, la medida sub examine no introduce ninguna novedad. En realidad, en esta calificación, el legislador extraordinario no hace nada distinto a reiterar lo que ya había hecho, en su oportunidad, el legislador ordinario.

En este contexto, si bien lo que se argumenta en la sexta consideración del Decreto 464 de 2020, no podría predicarse del servicio de telecomunicaciones, entendido en los términos del artículo 430.b del CST y del artículo 4 de la Ley 142 de 1994, en concordancia con el inciso tercero del artículo 73 de la Ley 1341 de 2009, sí podría predicarse de los servicios que en el artículo 1 del Decreto 464 de 2020 se agregan a los servicios de telecomunicaciones propiamente dichos, como es el caso de los servicios de radiodifusión sonora, de televisión y los servicios postales.

Para el análisis de estos tres servicios agregados, es necesario considerar lo previsto en el parágrafo del artículo 1 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 2 de la Ley 1978 de 2019, conforme al cual:

“PARÁGRAFO. <Parágrafo modificado por el artículo 2 de la Ley 1978 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> El servicio postal continuará rigiéndose por las normas especiales pertinentes, en particular la Ley 1369 de 2009, con las excepciones específicas que contenga la presente Ley.

El servicio de radiodifusión sonora continuará rigiéndose por las disposiciones específicas expresamente señaladas para ese servicio en la presente Ley.

Para todos los efectos de la presente Ley, la provisión de redes y servicios de telecomunicaciones incluye la provisión de redes y servicios de televisión. El servicio de televisión abierta radiodifundida continuará rigiéndose por las normas especiales pertinentes, en particular la Ley 182 de 1995, la Ley 335 de 1996, la Ley 680 de 2001 y demás normas que las modifiquen, adicionen o sustituyan.

Al servicio de radiodifusión sonora y al de televisión abierta radiodifundida les será aplicable la presente Ley en las disposiciones específicas expresamente señaladas para estos servicios.

Sin perjuicio de la aplicación de los principios generales del derecho.”

Al seguir las remisiones hechas en esta norma, se puede constatar que: 1) el artículo 1 de la Ley 1369132, si bien califica a los servicios postales como públicos, en los términos del artículo 365 de la Constitución, no los define como esenciales; 2) los artículos 56 y siguientes de la Ley 1341 de 2009, que regulan el servicio de radiodifusión sonora, tampoco definen este servicio como esencial; 3) el artículo 1 de la Ley 182 de 1995133, si bien califica a la televisión como un servicio público en los términos del artículo 365 de la Constitución y dice, además, que “Técnicamente, es un servicio de telecomunicaciones”, no lo define como esencial134.

En consecuencia, lo que sí podría tenerse como novedoso, en la calificación hecha por el

legislador extraordinario, sería el definir a los servicios postales, de radiodifusión sonora y de televisión, como servicios públicos esenciales, al incluirlos, para estos precisos efectos, dentro del servicio de telecomunicaciones. Por tanto, está será la discusión materia de este proceso, tanto en el presente juicio de ausencia de arbitrariedad como en los juicios posteriores.

Con todo, debe destacarse que en esta novedad hay dos elementos relevantes a considerar. El primero de ellos es el de que, a pesar de que no la ley no defina a la televisión como un servicio público esencial, al definirlo como un servicio público de telecomunicaciones, a él puede extenderse lo ya dicho sobre este último, que sí ha sido definido por el legislador ordinario como esencial. El segundo de ellos es el de que, tanto en el servicio de televisión como en los servicios postales, la ley alude de manera explícita al artículo 365 de la Constitución, en el cual se regulan los servicios públicos y se precisa que ellos son inherentes a la finalidad social del Estado. Esta circunstancia fue valorada en la Sentencia C-663 de 2000, como acaba de verse, para declarar la exequibilidad del artículo 4 de la Ley 142 de 1994. De otra parte, si bien no existe una alusión semejante cuando se regula el servicio de radiodifusión sonora, el artículo 56 de la Ley 1341 de 2009 destaca que este servicio "contribuir[á] a difundir la cultura, afirmar los valores esenciales de la nacionalidad colombiana y a fortalecer la democracia".

En vista de estas circunstancias, se advierte que tales servicios contribuyen de un modo directo y concreto al control de la crisis y a mitigar sus efectos, en la medida en que hacen viables las antedichas medidas sanitarias y, además, como ya se puso de presente en la ratio decidendi de la Sentencia C-450 de 1995, tienen que ver con el ejercicio de derechos fundamentales como el acceso a la información, la libertad de expresión, la libertad de opinión y, en la coyuntura actual, también con derechos como la salud, de suerte que la restricción temporal del ejercicio del derecho de huelga, en este preciso contexto, supera el juicio de ausencia de arbitrariedad.

4.6.2.7.2. Frente a las medidas previstas en el artículo 2 del Decreto 464 de 2020 dos intervinientes137 consideran que vulneran el derecho a la igualdad, al no extender los beneficios a todos los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, mientras que otros dos intervinientes138 advierten que estos beneficios pueden resultar muy onerosos para los prestadores de tales servicios y comprometer su flujo de caja futuro. En cuanto a lo primero, este tribunal debe destacar que, para juzgar la eventual discriminación, existe un juicio especial, el de no discriminación, en el cual se analizará este asunto. En cuanto a lo segundo, que en realidad cuestiona la proporcionalidad de la medida, también se debe advertir que este análisis se hará en dicho juicio.

4.6.2.7.3. En cuanto a la medida prevista en el artículo 4 del Decreto 464 de 2020, que concita el reparo de varios intervinientes139 y del Ministerio Público, este tribunal debe advertir que, si bien, en dicho artículo se prevé una excepción al principio de neutralidad en la red, esta excepción no implica el bloqueo de contenidos, ni una autorización para impedir el ejercicio de los derechos fundamentales de libertad de información, expresión y de los derechos políticos. De hecho, el enunciado de esta norma está redactado en términos de priorizar el acceso a ciertos contenidos, no en términos de impedirlo a otros contenidos.

La excepción en comento es una de las identificadas por la Relatoría Especial sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, respecto del principio de neutralidad en la red. Obedece a la necesidad de gestionar, temporal y excepcionalmente, la congestión de la red140. En efecto, ante el muy probable aumento de uso de la red, en razón de la medida de aislamiento social, la congestión puede presentarse. Ante esta situación, que es posible, puede resultar necesario gestionarla, en los términos indicados.

Esta medida, si bien está prevista como una cláusula abierta, que parecería referirla también a cualquier evento de pandemia que pudiere llegar a ocurrir en el futuro, debe comprenderse, en su vigencia, a partir de la del decreto legislativo del cual hace parte. En efecto, en el artículo 4 del Decreto 464 de 2020 no se señala de manera expresa su vigencia, como sí se hace, por ejemplo, el artículo 5 ibidem. Al no existir esta previsión, debe seguirse la vigencia general prevista, para todas las medidas sub examine en el artículo 7 del decreto. La vigencia de la medida en comento, es un factor relevante para juzgar su constitucionalidad, dado que extenderla en el tiempo, más allá de lo previsto en el referido artículo 7, como si se tratase de una norma permanente, no estaría justificado en el contexto de la crisis, en tanto y en cuanto dicha extensión no es necesaria para hacer frente a la actual crisis ni a sus efectos.

Es comprensible que existan ciertas prevenciones al abuso que pueda darse con ocasión de la priorización, pero dichos abusos no están amparados por la norma sub examine. En ella existen tres importantes precisiones que hacen injustificables dichos abusos, como pasa a verse.

La primera precisión es la que tiene que ver con lo que se prioriza, que es “el acceso del usuario a contenidos o aplicaciones relacionados con los servicios de salud, las páginas gubernamentales y del sector público, el desarrollo de actividades laborales, de educación y el ejercicio de derechos fundamentales”. Por tanto, esta norma no sólo no prohíbe, en modo alguno, el ejercicio de las libertades de información, de expresión y de los derechos políticos, en tanto que todos ellos son derechos fundamentales, sino que prioriza dicho ejercicio. De la priorización hecha en el artículo 4 del Decreto 464 de 2020 no se sigue, en estricto sentido, que se autorice a bloquear ningún contenido. De hecho, la norma en comento es explícita en

advertir que “En ningún caso, la priorización implicará el bloqueo de algún tipo de aplicación o contenido, salvo aquellos prohibidos expresamente por la Ley.” En realidad, lo que establece la norma sub examine es una eventual ralentización de los servicios de reproducción de video bajo demanda, respecto de los cuales se priorizará su transmisión en formato estándar y no de alta definición o superior, lo que, obviamente, no impide el acceso a dichos contenidos141.

La segunda precisión está relacionada con las circunstancias en las cuales es posible hacer dicha priorización, las cuales pueden considerarse como objetivamente excepcionales. En efecto, la priorización sólo puede darse cuando ocurra una pandemia, así declarada por la OMS. Como lo destaca el Ministerio Público, este es un límite objetivo, que atiende a una situación sanitaria de la mayor gravedad, con un alcance que supera el ámbito nacional.

La tercera precisión es la relativa a la transparencia, que tanto preocupa, y con razón, a los intervinientes. Dado que el tráfico en las redes y la demanda del servicio son factores objetivos y, por tanto, medibles, la norma sub judice impone a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones reportar, por lo menos cada dos días, a la CRC, el comportamiento de dicho tráfico y demanda e incluir en su reporte “la evidencia suficiente que justifique” la priorización, al menos 24 horas antes de implementarla. Dado que esta información no se califica como reservada, conforme a los principios previstos en los artículos 2142 y 3143 de la Ley 1712 de 2014, debe entenderse que el acceso público a ella debe ser libre y respetar los principios de dicha ley.

En vista de las anteriores circunstancias, la medida adoptada en el artículo 4 del Decreto 464 de 2020 supera el juicio de ausencia de arbitrariedad.

4.6.2.8. Dado que ninguna de las medidas sub judice afecta derechos intangibles, esto es, derechos que conforme a la Constitución y a los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por Colombia144 puedan suspenderse bajo estados de excepción, se supera el juicio de intangibilidad.

4.6.2.9. A partir del análisis precedente, este tribunal no observa que alguna de las medidas tenga una contradicción específica con la Constitución y con los tratados internacionales, o que desborden el marco de referencia de las competencias del Ejecutivo en el contexto de un estado de emergencia económica, social y ecológica. Quizá podría existir alguna reserva respecto de la medida de declarar como servicio público esencial a las telecomunicaciones, incluyendo dentro de ellas a los servicios postales, de radiodifusión sonora y de televisión. No obstante, como ya se mostró en el análisis del juicio de ausencia de arbitrariedad145, el derecho a la huelga, que incidiría respecto de los servicios incluidos, al no ser un derecho absoluto y depender de la definición que haga el legislador de un servicio público como

esencial, no puede entenderse como desmejorado, en la medida en que dicha definición corresponde a una explícita competencia otorgada al legislador por la Constitución, a partir de cuyo ejercicio se precisa el sentido y alcance de la garantía constitucional del derecho de huelga, en los términos del artículo 56 de la Carta. Como ya se advirtió, el definir al servicio público de las telecomunicaciones, en relación con los servicios incluidos, como esencial, en el contexto de la presente emergencia, y de manera transitoria, tiene una adecuada justificación constitucional. En consecuencia, se supera el juicio de no contradicción específica.

4.6.2.10. Dado que ninguna de las medidas sub examine suspende la vigencia de ninguna ley, no es necesario argumentar sobre las razones por las cuales dicha vigencia resulta incompatible con el estado de excepción. Por tanto, se supera el juicio de incompatibilidad.

4.6.2.11. Como ya se ha mostrado, de manera repetida en esta sentencia146, para este tribunal es evidente que las medidas sub judice, al contribuir de manera directa y específica a cumplir con dos medidas básicas sanitarias, calificadas como necesarias por la propia OMS, resultan útiles para superar la crisis y evitar la extensión de sus efectos, en la medida en que son herramientas indispensables para el control de la pandemia y para reducir el contagio del virus. El considerar que las telecomunicaciones son una herramienta fundamental para estos propósitos, garantizar el acceso a dicho servicio incluso si se incurre en impagos, el priorizar las tareas propias del comercio electrónico y del acceso a la red, establecer compensaciones para los prestadores del servicio que no recibirán todos sus pagos a tiempo, son medidas que resultan útiles para cumplir con dichas medidas sanitarias y que, además, garantizan, pese a las difíciles circunstancias de la emergencia, el ejercicio de derechos fundamentales y la continuidad de actividades vitales. Por tanto, no se aprecia que exista un error, y menos aún que éste sea manifiesto, al valorar la utilidad de tales medidas para superar la crisis o evitar la extensión de sus efectos. En consecuencia, se advierte que dichas medidas satisfacen el análisis de necesidad fáctica o idoneidad, que hace parte del juicio de necesidad.

En cuanto atañe a la necesidad jurídica o subsidiariedad, que es el segundo análisis que corresponde hacer en el juicio de necesidad, debe anotarse que las medidas adoptadas tienen reserva de ley, valga decir, no podrían haberse tomado por medio de otro tipo de normas jurídicas. A esto debe agregarse que, si bien existían dentro del ordenamiento jurídico ordinario elementos adecuados para los propósitos del decreto, como las leyes que definen el servicio público de telecomunicaciones como esencial, estas no podían predicarse de todos aquellos servicios que en esta sentencia se han denominado como agregados o incluidos, cuya relevancia para controlar la emergencia y evitar la extensión de la misma, es innegable147. El régimen ordinario de las telecomunicaciones, de la prestación de estos servicios, del comercio electrónico, del acceso a la red y de las obligaciones a cargo de los prestadores, no permitía garantizar la prestación ininterrumpida de dicho servicio, garantizar la continuidad del mismo pese al impago, priorizar ciertas actividades en el comercio

electrónico y en el acceso en la red, y otorgar compensaciones a los prestadores, por la afectación patrimonial que implica la postergación de los pagos de los servicios prestados. En consecuencia, también se satisface este análisis y, en consecuencia, las medidas sub judice superan el juicio de necesidad.

4.6.2.12. La crisis global causada por la pandemia del COVID-19, con sus altas tasas de contagio, con la significativa demanda de servicios sanitarios calificados (unidades de cuidados intensivos, internación hospitalaria, etc.), ha sido considerada internacionalmente y en muchos estados, incluyendo la República de Colombia, por los expertos sanitarios, como de suprema gravedad148. El controlar la pandemia y el superarla, es una preocupación de primer orden para todos los estados y personas en este momento, pues de eso depende el poder retomar, en condiciones seguras, las actividades habituales.

Como ya se pudo advertir en el juicio de ausencia de arbitrariedad149, las medidas adoptadas, si bien implican restricciones para los trabajadores de las empresas que prestan servicios de telecomunicaciones, para los prestadores de servicios de telecomunicaciones en la modalidad móvil, para el propio Estado, para los usuarios del comercio electrónico y de la red, estas restricciones no comprometen derechos fundamentales. Las medidas sub examine resultan proporcionales en la medida en que, gracias a ellas, muchas personas pueden cumplir con la medida sanitaria del distanciamiento social y, confinadas en sus hogares, pueden ejercer derechos fundamentales como el trabajo, la educación, el acceso a la información, la libertad de expresión, etc. A esto debe agregarse que, en razón de tales medidas, las personas pueden también mantenerse informadas sobre la crisis y conocer de manera directa las medidas y recomendaciones del personal sanitario.

No se puede pasar por alto la circunstancia de que al hacer posible que las personas desarrollen sus actividades productivas, por medio de canales virtuales, se contribuye de manera significativa al ejercicio de derechos fundamentales, al funcionamiento de tareas públicas y privadas, a la economía y a la buena marcha de la sociedad y del Estado. Sin la posibilidad de acceder a dichos canales virtuales, muchas actividades de la mayor importancia, entre ellas la guarda de la integridad de la Constitución, encomendada a este tribunal, habrían tenido serias dificultades para ejercerse o realizarse de manera segura para las personas a cargo de ellas.

En un análisis anterior150 se puso de presente que dos intervinientes consideran desproporcionada la medida adoptada en el artículo 2 del Decreto 464 de 2020, porque estiman que de ella se seguirá una grave afectación patrimonial para los prestadores del servicio de telecomunicaciones, en la medida en que se afectará su flujo futuro de caja. Para establecer si esta medida es o no proporcional, es necesario establecer primero su sentido y alcance, lo que se hace enseguida.

El primer factor que debe destacarse es el de la duración de la medida en el tiempo, que corresponde a la vigencia del estado de emergencia económica, social y ecológica. No se trata de una medida con vocación de permanencia, sino de una medida transitoria, que en realidad tenía una vigencia de pocos días. En efecto, dado que la emergencia se había declarado por 30 días, a partir del 17 de marzo y que el decreto sub examine se publicó el 23 de marzo, su vigencia fue desde esta última fecha hasta el 16 de abril de 2020, es decir, la medida estuvo vigente durante 25 días.

El segundo factor relevante es el de que, si bien la medida alude a los prestadores del servicio de telecomunicaciones, en realidad no se refiere a todos ellos, sino solo a aquellos que cumplan dos condiciones: 1) que presten el servicio de telefonía móvil, tanto en voz como en datos, en la modalidad de pospago y prepago; y 2) que estén operando al momento de entrar en vigencia el decreto (23 de marzo de 2020) y tengan una antigüedad de 2 meses en su operación. En consecuencia, la medida sólo afecta a los prestadores del servicio de telecomunicaciones móvil. En modo alguno se afecta a los demás prestadores del servicio de telecomunicaciones y, de ninguna manera, se afecta a los prestadores de lo que se ha denominado servicios agregados o incluidos.

El tercer factor a tenerse en cuenta es el de las cargas que asume el prestador del servicio. En el caso del servicio pospago, la medida sólo se refiere a los planes mensuales que no superen dos UVT151, es decir, a planes no superiores a $71.214 pesos. En el caso del servicio prepago, no se hace ninguna distinción. Por tanto, la eventual afectación del prestador del servicio, ocurriría respecto de algunos de sus clientes, no de todos ellos y, en ningún caso, de aquellos que tienen planes más cuantiosos.

El cuarto factor, en el contexto del servicio pospago, admite dos análisis. Desde el usuario del servicio, la medida no lo exonera de pagar por él, sino que le permite pagar lo adeudado hasta 30 días después de terminar el estado de emergencia económica y social. De esto no puede asumirse, como parecen temerlo los intervinientes que consideran la medida como desproporcionada, que todos los planes en comento incurrirán en impago. Es probable que, dadas las dificultades económicas que se derivan de la crisis, algunos lleguen a esa situación y, por tanto, se incremente el porcentaje de impago, pero dicho incremento difícilmente alcanzará a llegar a cubrir a todos los usuarios. Desde el prestador del servicio, la medida le impone dos cargas diferenciadas: 1) si ocurre el impago, el prestador dará 30 días adicionales para el pago y seguirá prestando el servicio en condiciones menores: en planes de 1 Gigabyte o más al mes, se prestará 0.5 Gigabyte; 2) si vencido el anterior término no se hace el pago, el servicio se suspenderá, salvo en unos contenidos mínimos, a saber: a) permitir recargas para el uso del servicio en prepago, b) permitir enviar 200 mensajes de texto, c) permitir recibir mensajes de texto sin restricciones, d) la navegación gratuita a 20 direcciones de internet definidas por MinTic152.

El quinto factor, en el contexto del servicio prepago, también admite dos análisis. Desde el usuario, la medida le permite seguir recibiendo algunos servicios, pese a haber consumido su saldo. Desde el prestador, la medida le obliga a prestar por un período de 30 días, unos servicios mínimos gratuitos: a) enviar 200 mensajes de texto y b) recibir mensajes de texto, sin restricciones.

En vista de los anteriores factores, si bien es innegable que la medida pone sobre algunos de los prestadores del servicio de telecomunicaciones y sólo respecto de algunos de sus usuarios, una carga, ésta, por sus condiciones de temporalidad y por lo que implica en realidad, no puede asumirse, en sí misma, como desproporcionada. En el peor de los casos, la carga de los prestadores será la que corresponde a unos mínimos de servicio: envío limitado de mensajes de texto y recepción ilimitada de los mismos, a los que debe agregarse, en el caso del servicio pospago la navegación gratuita a 20 sitios de internet. La otra carga, predicable sólo del servicio pospago, conforme al límite en los planes ya indicado, dura sólo 30 días y tiene, también, unos servicios inferiores a los ordinarios.

Frente a estas cargas, que existen, y que caen sobre los prestadores del servicio, el Decreto 464 de 2020 prevé, también, a modo de compensación, dos importantes beneficios, en los artículos 5 y 6. El análisis de estas compensaciones es necesario para establecer el alcance de la carga en comento.

El primer beneficio, previsto en el artículo 5 del Decreto 464 de 2020, es la suspensión del pago de la contraprestación por concesiones, licencias, permisos, autorizaciones y habilitaciones para la provisión de redes y servicios de comunicaciones y postales hasta el 30 de mayo de 2020. Esta contraprestación está regulada por los artículos 10 y 36 de la Ley 1341 de 2009153, por los artículos 2.2.6.2.1.1. y siguientes del Decreto 1078 de 2015154, en los que se compila las normas del Decreto 542 de 2014155 y por las Resoluciones 290 de 2010156, 2877 de 2011157 y 595 de 2020158 del Min.Tic. Conforme a lo previsto en el artículo 2 de la Resolución 290 de 2010, esta contraprestación, “a partir del 31 de enero de 2010, corresponderá al dos punto dos por ciento (2,2%) sobre los ingresos brutos causados por la provisión de redes y/o servicios de telecomunicaciones excluyendo terminales, del respectivo proveedor.”

El segundo beneficio, previsto en el artículo 6 del Decreto 464 de 2020, es la flexibilización, sin afectar los elementos esenciales para garantizar la provisión del servicio, de las normas relacionadas con el cumplimiento del régimen de calidad y otras obligaciones de los prestadores. Esta flexibilización se concreta en las reglamentaciones expedidas por la CRC159 y por Min.Tic.

A partir de lo ya regulado por la CRC, que es un organismo técnico, que responde a criterios

ídem y que tiene que ver principalmente con aspectos de medición, cálculo y reporte de algunos indicadores, que tienen un marco también técnico (Resolución 5050 de 2016 de la CRC), los reparos hechos por el Ministerio Público a la expresión: “otras obligaciones”, en especial la relativa a una eventual desmejora del servicio no se concretan en la realidad. En efecto, pese a la flexibilización, la Resolución 5952 de 2000 de la CRC, fiel al mandato del artículo 6 del Decreto 464 de 2020, es enfática en disponer, en su artículo 9, que “Sin perjuicio de las suspensiones dispuestas en el presente acto administrativo, los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones deberán garantizar en todo momento la prestación de los servicios de forma continua y eficiente”.

Si se sopesan las cargas establecidas y los beneficios otorgados, que son significativos, en especial en lo que atañe a la contraprestación por concesiones, licencias, permisos, autorizaciones y habilitaciones para la provisión de redes y servicios de comunicaciones y postales, la susodicha carga no aparece como desmesurada, en atención a los factores ya analizados. Por tanto, no se aprecia que exista un desequilibrio tal que justifique medidas adicionales, como la solicitada por algunos intervinientes, en el sentido de que dichas cargas y beneficios se financien con recursos públicos. Tampoco es la tarea de este tribunal el ordenar este tipo de financiación, en el ejercicio del control de constitucionalidad abstracto y en vista de las circunstancias ya analizadas.

La carga en comento, así establecida, tiene como correlato el permitir una comunicación en condiciones mínimas a muchos usuarios, en momentos en que dicha comunicación es una herramienta esencial para el manejo de la crisis y para conocer, de primera mano, su desarrollo y las recomendaciones del personal sanitario. Por tanto, este tribunal considera que se satisface el juicio de proporcionalidad.

4.6.2.13. Por último, en cuanto atañe al juicio de no discriminación debe decirse que, las medidas previstas en el Decreto 464 de 2020 no generan ningún reparo específico, ya que, salvo la adoptada por el artículo 2, no incurren en ninguna diferencia de trato. Respecto de la medida del artículo 2, como ya se advirtió al adelantar el juicio de no arbitrariedad160, dos intervinientes consideran que la diferencia de trato existente carece de justificación constitucional. Por su parte, el Ministerio Público, al estudiar la misma diferencia de trato, la encuentra compatible con la Carta, en tanto y en cuanto se trata de una acción afirmativa.

Al hacer el juicio de proporcionalidad se examinó en detalle el artículo 2161 en comento, y se precisó a partir de cinco factores. En este contexto, los intervinientes que consideran que hay una discriminación injustificada destacan tres escenarios para ilustrar las diferencias de trato. El primer escenario se presenta frente a los beneficiarios de la medida, pues los usuarios en pospago reciben mayores beneficios que los usuarios en prepago, ya que, además de los mensajes de texto enviados y recibidos, que son iguales, cuenta con la

posibilidad de navegar, de manera gratuita, en 20 páginas web. El segundo escenario se construye a partir de la diferencia de trato entre los beneficiarios de la medida: usuarios del servicio de telefonía móvil (voz y datos) en prepago y en pospago con planes de hasta 2 UVT, y los demás usuarios del mismo servicio, valga decir, los usuarios en pospago con planes de un valor mensual superior. El tercer escenario se muestra a partir de la diferencia de trato entre los aludidos beneficiarios de la medida y los demás usuarios de este servicio y de otros servicios de telecomunicaciones no móviles, es decir, de los servicios de telefonía fija o de acceso a internet fijo. Ante estas diferencias, se solicita declarar la exequibilidad condicionada del artículo, bajo el entendido de que los beneficios deben darse de manera igual.

La medida sub examine se funda en las consideraciones décima y undécima del Decreto 264 de 2020. En relación con estas consideraciones y con fundamento en los medios de prueba aportados al proceso se tiene que: 1) en el documento técnico: Encuesta de Calidad de Vida162, se establece que, a diciembre de 2018, más de la mitad de los hogares colombianos contaba con conexión a internet; 2) en el documento técnico: Boletín TIC de Min.Tic163, se señala que al finalizar el tercer trimestre de 2019, se tenía los siguientes datos relevantes: a) en acceso a internet había 7 millones de accesos fijos y 28.9 millones de accesos móviles, lo que da una cifra de acceso, por cada 100 habitantes, de 13.9 para los accesos fijos y de 57.4 para los accesos móviles; y b) en acceso a telefonía hay 6.94 accesos fijos y 65.1 accesos móviles, de los cuales 51.3 son en prepago y 13.9 en pospago; estos accesos móviles, por cada 100 habitantes, dan una cifra de 129.3.

Estas cifras son muy ilustrativas, pues en materia de acceso a internet y de acceso a voz, los accesos móviles son mucho más significativos en números, al punto de cuadruplicar a los accesos fijos en internet y en datos. También es significativo el que, dentro de los accesos móviles, los que tienen la modalidad de prepago sean más de 3.6 veces más que aquellos que tienen la modalidad de pospago. A partir de estos guarismos, este tribunal constata que la medida sub judice tiene la capacidad de afectar a la mayoría de usuarios de servicios de telecomunicaciones en voz y datos.

En cuanto a los escenarios propuestos, debe destacarse que las condiciones económicas de los usuarios y el modo de acceder a los servicios son elementos relevantes para establecer las diferencias de trato. En efecto, los beneficiarios de la medida son personas de una condición económica limitada, que apenas les alcanza para acceder a los servicios de telecomunicaciones móviles (voz y datos) en la modalidad de prepago o en la de pospago, con planes básicos. Por el contrario, el acceder a planes de pospago de un valor mayor, puede indicar una mayor capacidad económica. En vista de esta circunstancia, relevante para el segundo escenario, lo que debe analizarse es si la diferencia en la capacidad económica justifica, en este contexto, una diferencia de trato en favor de aquellos que tienen menos capacidad. La respuesta del Ministerio Público es afirmativa, pues considera que unos y otros no pueden tratarse igual. Este tribunal comparte dicha apreciación y, por tanto,

concluye que la diferencia de trato en el segundo escenario planteado está justificada, en la medida en que obedece a la capacidad económica del usuario, la cual difícilmente sufrirá cambios ostensibles en el período de vigencia de la medida adoptada, y materializa el mandato del artículo 13 de la Carta, conforme al cual el "Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan".

Respecto del tercer escenario, este tribunal encuentra que, en razón de los datos sobre acceso móvil y fijo, la medida tiene razonabilidad, en tanto y en cuanto, los accesos móviles son mucho más numerosos y suelen estar ligados al uso personal, mientras que los accesos fijos, además de ser más reducidos, suelen tener también usos no personales. Debe destacarse que, incluso si los accesos fijos son familiares, existe el riesgo de duplicar el beneficio, pues no es infrecuente que en un mismo hogar se tenga un acceso de voz e internet fijo y, además, uno o varios accesos móviles.

Por último, en cuanto a la diferencia de trato del primer escenario, existen razones jurídicas y técnicas para ello, en tanto y en cuanto, en el servicio prepago no hay cuentas por pagar, sino simplemente saldos por consumir, mientras que en el servicio pospago sí hay cuentas por pagar. En esa medida, incluso si se llega a la situación del impago, y esta no se supera luego del primer mes, hay la posibilidad de un eventual cobro futuro de lo adeudado, lo cual no puede predicarse de la situación del servicio prepago. Por tanto, el trato no puede ser el mismo. De hecho, el otorgar un plazo para pagar la cuenta del servicio es una situación imposible, cuando este es de prepago. Los usuarios en prepago acceden al servicio a partir de su saldo y, por ello, no tienen la carga periódica del pago de facturas, la que sí debe ser asumida por los usuarios en pospago, con las consecuencias que de ella se derivan en caso de no cumplirse con el pago: cobro jurídico, intereses de mora, etc.

En estas condiciones, las medidas sub judice superan el juicio de no discriminación.

4.7. Síntesis

Al analizar el proceso de formación del decreto revisado, se pudo constatar que fue suscrito por el Presidente de la República y todos sus ministros; que se expidió en desarrollo del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, declarado por el Decreto 417 de 2020164 y durante el término de su vigencia; y que el decreto estaba debidamente motivado. Por lo tanto, se concluyó que no hay ningún vicio en el proceso de expedición del Decreto Legislativo 464 de 2020.

Al ocuparse de la revisión del contenido del decreto objeto del control de constitucionalidad, la Corte aplicó los juicios de finalidad, de conexidad material, de motivación suficiente, de ausencia de arbitrariedad, de intangibilidad, de no contradicción específica, de incompatibilidad, de necesidad, de proporcionalidad y de no discriminación, y pudo constatar que todas las medidas adoptadas en este decreto superaban los antedichos juicios. Por lo tanto, concluyó que el Decreto Legislativo 464 de 2020 supera el examen material de constitucionalidad.

Al haberse verificado el cumplimiento de los requisitos formales y materiales, se declaró la exequibilidad del Decreto Legislativo 464 de 2020.

Dentro de los anteriores análisis, la Corte revisó de manera específica cada una de las medidas adoptadas por el referido decreto. En este ejercicio, estableció que la declaratoria como servicio público esencial del servicio de telecomunicaciones, dentro del cual se incluyen los servicios de radiodifusión sonora, los de televisión y los servicios postales (art. 1), era compatible con la Constitución. A esta conclusión se llegó al considerar que la propia Carta (art. 67 CP) faculta al legislador para definir los servicios públicos esenciales; que el legislador ordinario, en diversas oportunidades, ha calificado a las telecomunicaciones como un servicio público esencial; y que, en la coyuntura generada por el COVID-19 y, en particular, en el contexto de las medidas sanitarias de distanciamiento social y de mantenerse informado y seguir las recomendaciones de los profesionales sanitarios, se encuentra que dichos servicios tienen, la condición de herramientas esenciales, durante el período de vigencia del Decreto Legislativo 464 de 2020, que es, según lo previsto en su artículo 7, “desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial y regirá por el término que se mantenga el Estado de emergencia.”

Por otra parte, la Corte encontró que, pese a algunos reparos que se habían presentado sobre la constitucionalidad del artículo 2 debido a las diferencias de trato entre distintos actores que contiene la regulación allí prevista, esas medidas también resultaban acordes con la Constitución. Para la Corte las distintas categorías de sujetos objeto de regulación no son equiparables, sino que presentan diferencias significativas, en función de las cuales resulta admisible un tratamiento diferenciado. En efecto, por sus cifras de usuarios, por su acceso y por sus costos, los usuarios de telefonía fija no son equiparables a los usuarios de telefonía móvil; dentro de estos últimos, no son equiparables los usuarios con planes que tienen un costo mensual superior a dos UVT con los que tienen planes con un costo mensual igual o inferior a dos UVT y a los usuarios en modalidad de prepago. El asumir que si bien los usuarios de telefonía móvil en las modalidades de prepago y pospago, con planes de un costo mensual inferior a dos UVT debían recibir un trato especial durante la vigencia del Decreto 464 de 2020, no constituye una valoración arbitraria. Tampoco lo es el considerar que entre estos dos últimos hay una diferencia importante: los usuarios en prepago acceden al servicio a partir de su saldo, sin tener la carga de pagar de manera periódica las correspondientes facturas, lo que sí deben asumir los usuarios en pospago. Por tanto,

respecto de los usuarios en prepago no es posible otorgar plazos adicionales para el pago de una factura, ni se puede hablar, en caso de impago, de eventuales consecuencias como el cobro jurídico o los intereses de mora.

En cuanto que tiene que ver con las medidas de priorización, adoptadas en el comercio electrónico, la logística en los envíos y en el acceso a internet (art. 3 y 4), para favorecer lo relativo a bienes de primera necesidad (alimentos, medicinas, equipos de comunicaciones) y lo relacionado con servicios de salud, páginas gubernamentales, actividades laborales, educación y el ejercicio de derechos fundamentales, respectivamente, se encontró que estos canales de comercio y comunicación también eran herramientas esenciales, en el contexto de la crisis causada por el COVID-19. Respecto de la priorización en el acceso a internet, el tribunal destacó la importancia constitucional de principio de neutralidad de la red y, al mismo tiempo, las prohibiciones, cautelas y límites previstos en el artículo 4 del Decreto Legislativo 464 de 2020, para que de manera excepcional y con estrictos controles, pueda operar la priorización allí prevista.

Los beneficios otorgados a los prestadores del servicio de telecomunicaciones: suspender transitoriamente los pagos a su cargo (art. 5) y flexibilizar, sin afectar la calidad de prestación del servicio, el cumplimiento de algunas de sus obligaciones (art. 6), se encontraron como medidas proporcionales a las cargas que les corresponden a dichos prestadores (art. 1 y 2), en la medida en que pueden compensar las eventuales dificultades en el equilibrio de caja que pueden tener durante la vigencia del Decreto 464 de 2020.

Por último, la vigencia del Decreto 464 de 2020, al estar circunscrita a la duración del estado de emergencia declarado en el Decreto 417 de 2020, además de ser conforme con la Constitución, fue un elemento relevante para el análisis de algunas de las medidas adoptadas en el mismo.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE el Decreto Legislativo 464 del 23 de marzo de 2020, “Por el cual se disponen medidas con el fin de atender la situación de emergencia económica, social y ecológica de la que trata el Decreto 417 de 2020”.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, y archívese el expediente.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Presidente

Con salvamento parcial de voto

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Con salvamento parcial de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con aclaración de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con salvamento parcial de voto

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Con aclaración de voto

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA C-151/20

DERECHOS Y LIBERTADES-Implica responsabilidades (Salvamento de voto)

DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES-Interpretación extensiva (Salvamento de voto)

SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES-Priorización de contenidos por proveedores de redes y servicios pone en riesgo las libertades (Salvamento de voto)

PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD EN LA RED-Garantiza el acceso igualitario a la información (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente RE-242.

Asunto: Revisión de constitucionalidad del Decreto Legislativo 464 de 2020, “Por el cual se disponen medidas con el fin de atender la situación de emergencia económica, social y ecológica de la que trata el Decreto 417 de 2020”.

Magistrado Sustanciador:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, presento a continuación las razones que me conducen a salvar parcialmente mi voto a la decisión adoptada por la Sala Plena en sesión del 27 de mayo de 2020, que por votación mayoritaria profirió la Sentencia C-151 de 2020.

1. La Corte estudió la constitucionalidad del Decreto Legislativo 464 del 23 de marzo de 2020, “por el cual se disponen medidas con el fin de atender la situación de emergencia económica, social y ecológica de la que trata el Decreto 417 de 2020”. La providencia en la que salvo parcialmente mi voto resolvió declarar exequibles todos los artículos del Decreto Legislativo 464 de 2020. En mi concepto, el artículo 4º ameritaba una intervención de la Corte Constitucional que impidiera afectar el principio de neutralidad de la red, garante de derechos y libertades fundamentales, como lo explicaré más adelante.

El problema jurídico fue planteado en el sentido de establecer si la normativa bajo estudio satisfacía o no los requisitos formales para su expedición y, de ser así, si superaba los juicios aplicables al examen material. Para dar respuesta al interrogante, la sentencia se ocupó de los siguientes asuntos: i) la caracterización general de los estados de excepción y, en particular, del estado de emergencia económica, social y ecológica; ii) el fundamento y alcance del control judicial de los decretos de desarrollo y; iii) el estudio de la constitucionalidad del Decreto Legislativo 464 de 2020.

1. En esta oportunidad acompañé la decisión de declarar la exequibilidad de los artículos 1˚, 2º, 3˚, 5˚, 6º y 7˚. No obstante, me aparto de la decisión mayoritariamente adoptada en relación con el artículo 4º. Esta norma dispone que los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones podrán “con sujeción a las necesidades que se generen por aumentos del tráfico que cursa sobre las redes y las mayores demandas del servicio, priorizar el acceso del usuario a contenidos o aplicaciones relacionados con los servicios de salud, las páginas gubernamentales y del sector público, el desarrollo de actividades laborales, de educación y el ejercicio de derechos fundamentales, únicamente durante la ocurrencia de pandemias

declaradas por la Organización Mundial de la Salud (…)”, entre otras disposiciones.

En esta oportunidad, la postura de la mayoría determinó que ese contenido no desconoció la Constitución. Específicamente aclaró que, si bien prevé una excepción al principio de neutralidad en la red, esta no implica el bloqueo de contenidos ni impide el ejercicio de las libertades de información, expresión y de los derechos políticos. En efecto, precisó que la disposición estaba redactada en términos de priorizar el acceso a ciertos contenidos, y no de restringirlos.

Por lo anterior, concluyó que la norma prioriza el ejercicio de los derechos, pues, en un contexto de distanciamiento social, es necesario otorgar las herramientas tecnológicas disponibles para que las personas tengan acceso al teletrabajo, educación, ocio e incluso al abastecimiento de bienes de primera necesidad. Además, precisó que los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones tienen la obligación de reportar a la Comisión de Regulación de Comunicaciones (en adelante, “CRC”) el comportamiento del tráfico en la red. De esta forma, deben incluir en dicho reporte “la evidencia suficiente que justifique” la priorización, al menos 24 horas antes de implementarla. Por estas razones, la Sala decidió que el artículo de la referencia debía declararse exequible.

1. A pesar de los argumentos esgrimidos por la mayoría, encuentro reparos en los criterios que el decreto presenta para priorizar el acceso a la red. En tal sentido, considero que la Corte debió declarar la constitucionalidad condicionada del artículo, bajo el entendido de que, para efectos de la priorización de contenidos, el proveedor sólo tendrá en cuenta el encabezado del paquete de datos; es decir, el origen, el destino del mensaje y los datos relevantes para el transporte del mensaje a través de la red. En caso de que considere necesario inspeccionar el contenido del mensaje, el proveedor deberá obtener autorización de la CRC e informar la manera en que garantizará los derechos y libertades de usuarios y oferentes en la red.

Esta postura se sustenta en que la norma establece que los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones deberán reportar a la CRC el comportamiento del tráfico de sus redes, a efectos de determinar las medidas para priorizar contenidos o aplicaciones. Asimismo, están obligadas a detallar la evidencia suficiente que justifique la priorización de las aplicaciones o contenidos. No obstante, estas obligaciones no especifican la manera en que los proveedores priorizan la información; por lo tanto, es factible que inspeccionen mensajes de datos. Esta situación pone en riesgo las libertades de expresión, de información y de los consumidores; de igual forma, amenaza la garantía de los derechos a la no discriminación y a la privacidad. Por consiguiente, también era primordial determinar que los proveedores debían informar la manera en que garantizarían estas libertades y derechos, en especial cuando inspeccionan el contenido de mensajes de datos.

1. Para ilustrar mi posición (i) explicaré brevemente el principio de neutralidad en la red y sus implicaciones en los derechos y libertades de las personas; (ii) describiré el concepto de “inspección profunda de paquetes”; (iii) presentaré las razones por las cuales la priorización permitida en el artículo 4° del Decreto Legislativo 464 de 2020 implica el uso de una inspección profunda de paquetes, lo cual acarrea el riesgo de vulneración de las mencionadas garantías constitucionales y, (v) finalmente, expondré las razones que sustentan la necesidad de declarar la exequibilidad condicionada de la norma.

Principio de neutralidad en la red

1. El principio de neutralidad implica que cada punto de la red pueda conectarse con cualquier otro punto sin discriminación basada en el origen, destino o tipo de datos. De esta manera, protege todo el contenido y los servicios en Internet, con el fin de que se traten de forma igualitaria, independientemente de las fuentes que los financien165.

1. Los proveedores de servicios de Internet transmiten información en paquetes de datos. La manera en que los datos son enviados y recibidos se compara con la remisión de un libro dividido por páginas en sobres. La oficina postal puede mandar las páginas por diferentes rutas y, cuando se reciben, los sobres son removidos y las páginas puestas de nuevo para armar el libro de forma correcta. En otras palabras, cuando los usuarios se conectan a Internet, cada uno de ellos se torna en un extremo o punto final en la red global, con la libertad de conectarse con cualquier otro punto final, ya sea el computador o dispositivo de otra persona, una página web, un sistema de correo electrónico, una transmisión de video, etc.166.

Bajo este entendido, el desarrollo de Internet está basado en dos componentes cruciales de su arquitectura:

i. Cada dispositivo puede conectarse a cualquier otro dispositivo.

i. Todos los servicios usan un protocolo de Internet, el cual es suficientemente flexible para transportar todo tipo de contenidos: video, e-mail, mensajes de texto, etc167.

En consecuencia, el principio de neutralidad en la red reviste vital importancia, pues garantiza el acceso igualitario a la información. En efecto, es un principio sobre el cual

descansan la libertad de expresión y de información en el medio online, y garantiza que todos los usuarios pueden expresar ideas y acceder a los contenidos de Internet en igualdad de condiciones. Además, realizan estas actividades desde una esfera de privacidad que no puede ser vulnerada por los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones.

1. En suma, este postulado no permite que los intereses a corto plazo de los proveedores de servicios impidan que distintos productos lleguen a los usuarios finales y, de esta manera, dichos intereses entren en conflicto con el interés público de un entorno innovador y competitivo en Internet168.

Inspección profunda de paquetes

1. Los protocolos iniciales asumían que los intermediarios sólo necesitaban escanear el encabezado del paquete para transportarlo a través de la red. Dicha actuación les permitía acceder a información relacionada con el origen de los datos transmitidos, la dirección de destino y otros datos importantes para mover el mensaje a través de Internet. El contenido del paquete, es decir, el texto, imágenes, archivos o aplicaciones remitidos por el usuario, no eran considerados como una cuestión que debiera ser revisada por el operador de la red169.

1. En este contexto, surgió el concepto de “inspección profunda de paquetes” (en adelante, “IPP”) que, contrario a lo expuesto, le permite al intermediario tomar decisiones sobre cómo manejar un flujo de paquetes, con base en el reconocimiento de un patrón en su contenido. Esto posibilita el manejo de la información disponible en la red conforme a las existencias en su contenido. En otras palabras, se trata de una acción de tráfico de información en la red, basada no sólo en el encabezado del paquete, sino en la revisión de su contenido170, lo que posibilita examinar materialmente los mensajes de datos.

La IPP generalmente es usada para interceptar paquetes que contengan programas maliciosos o virus. Asimismo, se utiliza para preservar la seguridad de la red171 y manejar el tráfico de información en la misma. De este modo, los proveedores de servicios de Internet acuden a la IPP para gestionar la red, garantizar una calidad de servicio básica (QoS) para los usuarios finales, evitar la congestión y facilitar la creación de diferentes paquetes de acceso a Internet para los consumidores (“Niveles de acceso”). Bajo este entendido, posibilita que los proveedores garanticen un nivel mínimo de calidad sin congestionar la red. Bajo esta lógica, los usuarios que usan un gran ancho de banda pagan más, y así se brinda el servicio de acceso de Internet a todos los usuarios de manera económicamente eficiente172.

Esta herramienta permite mejorar la infraestructura y prestar un servicio más veloz. Lo anterior debido a que, a juicio de algunos proveedores, los ingresos que se reciben de la priorización en el acceso a la red les permite introducir más enrutadores y servidores que hacen más eficaz la prestación del servicio173.

1. Sin embargo, los usos de la IPP generan preocupaciones en torno a la privacidad y a las libertades de expresión e información. Plausiblemente, esta herramienta puede ser utilizada para censurar información enviada o recibida por los ciudadanos. También es probable que sea empleada para bloquear ciertos usos de la red con base en la banda ancha ocupada por el usuario. En tal perspectiva, es imprescindible que los operadores garanticen el tráfico en Internet únicamente con el reconocimiento del encabezado del paquete. Este postulado maximiza las siguientes acciones:

i. Flexibilidad técnica: Los desarrolladores iniciales de Internet buscaban una arquitectura escalable y eficiente que permitiera la ejecución de cualquier tipo de aplicación, sin importar su contenido.

ii. Libertad política: Una red que no inspeccione el contenido de los paquetes no puede ser usada fácilmente como herramienta de censura.

iii. Transparencia económica: La ausencia de una inspección de paquetes permite que los oferentes del mercado en Internet compitan en igualdad de condiciones. Nadie necesita permiso del operador de la red para entrar a un servicio o contenido comercial. Esto, a su vez, reduce las barreras de entrada y facilita la innovación174.

La garantía del principio de neutralidad en la red

1. La inexistencia de la neutralidad en la red causa que una persona intente entrar a alguna página para ver algún contenido, pero se percate de que esta ha sido ralentizada, por lo que es imposible acceder a esta información. En cambio, si entra a otro sitio web, la persona se da cuenta de que puede ver el mismo contenido sin problemas175. De lo expuesto surge la necesidad de garantizar el principio de neutralidad en la red por las siguientes razones:

i. No discriminación: porque permite que todos los contenidos en Internet se traten igual. Sin este postulado, los proveedores se convertirían en guardianes del acceso al contenido y tendrían el poder de decidir qué se lee, qué se escribe y con quiénes comunicarse.

i. Libertad de expresión: La historia de Internet ha demostrado que este principio exhorta la expresión creativa. La capacidad de expresar opiniones online no depende del estatus social o financiero. Las personas, los pequeños negocios, los medios de comunicación tradicionales y las grandes empresas pueden crear contenido por igual y lograr que esté disponible para todos.

i. Privacidad: como ya se explicó con anterioridad, los usuarios envían y reciben paquetes de datos. Bajo la modalidad de IPP, el proveedor tiene acceso no sólo al encabezado del paquete, sino también a su contenido, lo cual puede usarse para interrumpir o bloquear ciertos mensajes de datos en función de los patrones identificados en su composición. Por consiguiente, en un escenario en el que no existiese el principio de neutralidad en la red, los proveedores podrían monitorear las comunicaciones con el fin de diferenciar entre mensajería, streaming, peer-to-peer (comunicación “entre pares”), etc.

i. Acceso a la información: Los usuarios de Internet, comerciales o no, tienen las mismas condiciones para generar proyectos no lucrativos, blogs, acceder y publicar contenidos. Sin este principio, Internet tendría dos capas completamente asimétricas, donde sólo aquéllos con capacidad de pago gozarían de acceso a la información o recibirían contenido de forma más expedita que otros usuarios.

i. Proceso democrático: en el sentido de que facilita el ejercicio de la democracia al asegurar que Internet permanezca como un foro abierto en el que todas las voces se tratan de forma igualitaria.

i. Lucha contra la censura: Sin este postulado, los proveedores podrían no sólo bloquear páginas web sino también contenido. La infraestructura tecnológica actual facilita revoluciones y la posibilidad de que surjan reformas sociales a través de una mayor transparencia y el libre flujo de información.

i. Libertad del consumidor: Al haber una mayor cantidad de oferentes en el mercado, la cantidad de información es vasta y crece cada día más. Esta situación, a su vez, lleva a mayores interacciones culturales e intelectuales, basadas en el acceso libre de los usuarios, conforme a sus preferencias personales. En cambio, sin neutralidad en la red, los proveedores de servicios tendrían la posibilidad de priorizar aplicaciones y servicios, lo cual permite reconducir los intereses de los consumidores mediante el acceso condicionado a diferentes contenidos. Esta situación genera distorsiones en el mercado y afecta la libertad de los usuarios.

i. Innovación y competición: La posibilidad de que todos tengan acceso a Internet permite

que las pequeñas empresas y emprendimientos compitan contra grandes corporaciones en igualdad de condiciones176.

1. Por consiguiente, este principio tiene los siguientes objetivos: (i) que Internet permanezca neutral y abierto; de esta manera, pretende que, en lo posible, únicamente la información del encabezado se utilice para la administración del tráfico; (ii) mantener el acceso entre los puntos finales sin ninguna forma de discriminación. En tal sentido, prohíbe la ralentización o bloqueo, a menos que sea objetivamente necesario; (iv) que el manejo del tráfico sea excepcional y se realice sólo en los casos en que sea necesario, proporcional y requerido legalmente; (v) que exista claridad legal para determinar qué tipos de manejo de tráfico están legitimados y bajo cuáles circunstancias; y (vi) establecer un conjunto de obligaciones a los proveedores en relación con el acceso a la red y la prestación de los servicios de banda ancha de Internet177.

1. En suma, la neutralidad en la red no es un derecho en sí mismo, pero si es un principio que materializa garantías fundamentales en Internet, tales como los derechos a la privacidad y a la no discriminación; igualmente, las libertades de expresión y de información. Además, los consumidores tienen acceso a un único mercado digital, donde pueden encontrar todo tipo de oferentes en la red global. Por esta razón, varios países han adoptado medidas para salvaguardar el libre acceso a Internet mediante el principio de neutralidad en la red178, entre ellos Colombia.

1. Precisamente, el artículo 56 de la Ley 1450 de 2011 establece que los proveedores del servicio de Internet 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”. Si bien pueden hacer ofertas según las necesidades del mercado y de sus usuarios, tienen la obligación de ofrecer acceso sin distinguir arbitrariamente contenidos, aplicaciones o servicios, basados en la fuente de origen o propiedad de estos. De igual forma, deben publicar en un sitio web toda la información relativa a las características del acceso a Internet ofrecido, su velocidad y calidad del servicio. También están obligados a implementar mecanismos para preservar la privacidad de los usuarios y la seguridad de la red.

Por su parte, el numeral 6 del artículo 2º de la Ley 1341 de 2009 dispone que, en virtud del Principio de Neutralidad Tecnológica, el Estado debe fomentar la eficiente prestación de servicios, contenidos y aplicaciones que usen tecnologías de la información y las comunicaciones, y garantizar la libre y leal competencia. El artículo 3º reconoce el desarrollo de los contenidos y aplicaciones como uno de los pilares para la consolidación de las sociedades de la información y del conocimiento. Finalmente, el artículo 4º consagra como uno de los fines de la intervención del Estado en el sector de las tecnologías de la

información y las comunicaciones, la promoción de contenidos y aplicaciones.

La Resolución 3502 de 2011 toma como punto de partida las disposiciones anteriormente reseñadas para enumerar en su artículo 3° los principios de (i) libertad para utilizar, enviar o recibir cualquier contenido, así como usar cualquier clase de instrumento en red que sea legal y que no dañe o perjudique la calidad y seguridad de esta; (ii) no discriminación entre tipos de contenido en razón a su origen o propiedades; (iii) transparencia en políticas y gestión del tráfico; y (iv) suministro de información asociada a las condiciones de la prestación del servicio a los usuarios. Además, el artículo 5º prohíbe el bloqueo de contenidos; el 7º establece que los proveedores podrán implementar medidas de tráfico que sean razonables y no discriminatorias; y el 8º consagra que los proveedores no pueden llevar a cabo conductas de priorización, degradación o bloqueo que contravengan lo previsto en la normativa.

1. De la normativa citada se desprende que, si bien priorizar contenidos y aplicaciones no está estrictamente prohibido en el ordenamiento jurídico colombiano, dicha acción debe obedecer a ciertas reglas específicas. En este sentido, conforme al artículo 7º en comento, los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones pueden adelantar esta actuación con el fin de (i) reducir o mitigar los efectos de la congestión sobre la red; (ii) garantizar la seguridad e integridad de esta; (iii) salvaguardar la calidad del servicio a los usuarios; (iv) priorizar tipos o clases genéricas de tráfico en función de requisitos de calidad del servicio (QoS) o; (v) proporcionar servicios o capacidades de acuerdo con la elección de los usuarios, que atiendan los requisitos técnicos, estándares o mejores prácticas adoptadas por iniciativas de gobernanza de Internet u organizaciones de estandarización.

Con todo, las razones por las que los proveedores priorizan contenidos en la red están encaminadas a que todos los usuarios tengan acceso a los sitios web u oferentes de su elección; esto es, el manejo del tráfico resulta de la necesidad de mejorar la calidad del servicio o mitigar la congestión en la red. Ninguna de estas razones contempla la priorización de contenidos en función de alguna actividad en particular, pues esto obligaría a que los proveedores inspeccionaran el contenido de los paquetes de datos, lo cual, a su turno, pone en riesgo las libertades y derechos protegidos por el principio de neutralidad en la red.

Por esta razón, la exequibilidad simple artículo 4° pone en riesgo los derechos y libertades de los usuarios de Internet. A continuación, expongo los argumentos que sustentan mi postura.

El artículo 4° del Decreto 464 de 2020 permite la inspección rofunda de paquetes y pone en riesgo el principio de neutralidad en la red

1. El artículo 4° del Decreto 464 de 2020 dispone que, con sujeción a las necesidades que se generen por aumentos del tráfico que cursa sobre las redes y las mayores demandas del servicio, los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones podrán "(…) priorizar el acceso del usuario a contenidos o aplicaciones relacionados con los servicios de salud, las páginas gubernamentales y del sector público, el desarrollo de actividades laborales, de educación y el ejercicio de derechos fundamentales, únicamente durante la ocurrencia de pandemias declaradas por la Organización Mundial de la Salud".

1. Al respecto, considero que los criterios incluidos para priorizar el acceso a la red son tan amplios, que obliga a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones a inspeccionar el contenido de los paquetes de datos, con el fin de identificar qué actividades son servicios de salud, páginas gubernamentales y del sector público, laborales, educativas o destinadas al ejercicio de derechos fundamentales. Además, existen innumerables páginas web que pueden ser usadas para este tipo de actividades –desde redes sociales hasta revistas electrónicas, tiendas online, páginas electrónicas destinadas a facilitar investigaciones académicas o laborales, e incluso plataformas de streaming y video–. La gran cantidad de sitios web que pueden ser utilizados para estos fines torna casi imposible el manejo del tráfico en la red sin priorizar una u otra página, uno u otro oferente, o uno u otro usuario final mediante una inspección profunda de paquetes que saque a la luz los contenidos de los mensajes de datos.

1. Contrario a los criterios que refiere la Resolución 3502 de 2011 para que los proveedores gestionen el tráfico en la red, la normativa analizada autoriza la priorización de contenidos, páginas de gobierno y aplicaciones en razón a las actividades específicas que realicen los usuarios finales. Por consiguiente, el precepto suscita riesgos plausibles de vulneración a los derechos a la privacidad y a la no discriminación, así como también a las libertades de expresión, de información y de los consumidores.

De otra parte, determinar y priorizar los contenidos o aplicaciones del gobierno o aquellas que son utilizadas para actividades laborales, educativas o para ejercer derechos fundamentales no es una labor que se desempeñe con base en qué tanta congestión exista en la red. Tampoco se realiza con el único fin de mantener la seguridad e integridad del sistema, o para proporcionar servicios o capacidades de acuerdo con la elección de los usuarios. En tal sentido, para cumplir con el artículo 4º del Decreto 464 de 2020 e identificar los contenidos o aplicaciones que son usados para actividades políticas, laborales, educativas o para ejercer derechos fundamentales, el proveedor se ve en la obligación de inspeccionar los mensajes de datos. Esto, con el fin de esclarecer qué información, aplicaciones o contenidos debe priorizar en virtud de la norma que fue objeto de estudio por la Sala Plena.

En definitiva, la priorización dispuesta por esta norma no atiende a requisitos técnicos referentes a la calidad del servicio en Internet; por el contrario, se cimienta en el análisis de contenido de actividades particulares. Por lo tanto, los operadores eventualmente pueden verse obligados a inspeccionar el contenido de los mensajes que envían y reciben los usuarios y, a su juicio y previa autorización de la CRC, priorizar unas u otras ocupaciones en la red. Esta situación, eventualmente, podría desconocer la esfera de privacidad a la que tienen derecho los usuarios, conforme al artículo 15 de la Carta Política179.

De otro lado, la norma posibilita que los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones prioricen a algún actor del mercado. Lo anterior, porque deben gestionar el tráfico con base en las actividades que realicen los usuarios finales para ejercer derechos fundamentales, dentro de las cuales se encuentra el abastecimiento de bienes de primera necesidad. Darle preferencia a uno u otro oferente por la razón expuesta acarrea el riesgo de discriminar a los demás participantes en el mercado, quienes pueden ser pequeñas empresas, emprendimientos u organizaciones que, al encontrar barreras en los proveedores de redes como intermediarios, pierden capacidad para competir contra grandes corporaciones. De este modo, se diluye el único mercado digital al que aspira un Internet libre y de innovación y, eventualmente, algunos oferentes pueden ser víctimas de discriminación. Además, se limita la libertad de los consumidores a acceder a todos los productos disponibles en la web en un contexto de distanciamiento social. En otras palabras, se genera una falla en el mercado que atenta contra la libertad de los consumidores para elegir y desplaza a los competidores más débiles.

Finalmente, existe la posibilidad de que la cualidad de Internet como un foro abierto se vea afectada por la priorización de unas voces sobre otras y los usuarios finales no tengan acceso a todas las fuentes de información. Precisamente, parte de la doctrina jurídica ha advertido los perjuicios que el uso de la IPP trae para la libre expresión en Internet. En este sentido, ha afirmado que se corre el riesgo de que, paulatinamente, Internet se convierta en un campo donde unos pocos controlen el acceso y la distribución de contenido y decidan qué ver y de qué forma. Previo a la aparición de Internet, la transmisión de información era unidireccional y, con la aplicación de la IPP, Internet puede llegar a asemejarse a este modelo; no obstante, su origen significó exactamente lo contrario180.

En relación con lo anterior, la norma que fue objeto de estudio por la Sala Plena no prevé que los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones prioricen contenidos con fines lucrativos. Sin embargo, inspeccionar paquetes de datos con el fin de identificar qué acciones tienen objetivos laborales, educativas o son destinadas a ejercer derechos fundamentales puede presentar las mismas consecuencias y suscitar riesgos desproporcionados a las garantías superiores expuestas. Irremediablemente, tener control sobre el tráfico en la red con base en este criterio podría restringir desproporcionada e injustificadamente el acceso a sitios web que, con todo, materializan el derecho a la libertad de expresión. De esta manera, Internet, que nació como un campo donde todas las voces eran recibidas, se torna en un

ambiente en el que la información ya no fluye de forma multidireccional.

1. Por estas razones, a mi juicio, debió declararse la exequibilidad condicionada del artículo 4° del Decreto 464 de 2020, en el sentido de establecer que, para efectos de la priorización, el proveedor sólo tendrá en cuenta el encabezado del paquete de datos; es decir, el origen, el destino del mensaje y los datos relevantes para el transporte del mensaje a través de la red y, en caso de que considere necesario inspeccionar el contenido del mensaje para saber si debe priorizarlo o no, deberá obtener previamente la autorización de la CRC. En dicha solicitud, tendría que informar la manera en que garantizará los derechos y libertades de usuarios y oferentes en la red.

De este modo, la sentencia habría garantizado que los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones cumplieran la priorización mediante la inspección del encabezado del paquete de datos, y que la revisión del contenido de la información fuera excepcional y sometida a la autorización previa de la CRC. Con base en lo expuesto, el artículo 4º del Decreto Legislativo 464 de 2020 habría salvaguardado las libertades de expresión y de información, así como los derechos a la privacidad, a la igualdad, a la libertad de los consumidores y al libre acceso al mercado económico. Esto habría obligado a los proveedores a ofrecer acceso a todos los usuarios, sin distinguir arbitrariamente contenidos, aplicaciones o servicios, basados en la fuente de origen o propiedad de estos, y a preservar la privacidad de quienes usan sus servicios. Asimismo, permitiría materializar el deber del Estado de fomentar la eficiente prestación de servicios, contenidos y aplicaciones que usen tecnologías de la información y las comunicaciones y garantizar la libre y leal competencia.

1. En suma, el artículo 4º del Decreto 464 de 2020 tendría que haber sujetado la priorización de contenidos y aplicaciones a fines exclusivamente relacionados con la calidad del servicio, la seguridad o congestión en la red. En el evento en que el manejo del tráfico no fuera suficientemente eficiente bajo estas directrices, los proveedores habrían sido apremiados a argumentar la necesidad de aplicar una inspección profunda de paquetes y a explicar la manera en que garantizarían los derechos y libertades de los participantes de la red global.

Por el contrario, sin esta orden, considero que el margen de actuación de estos proveedores es amplio y pueden generar barreras de entrada que coarten las esferas de privacidad y libertad de los usuarios finales y de los actores en el mercado digital.

En estos términos quedan expuestas las razones que me llevaron a salvar parcialmente el voto en la Sentencia C-151 de 2020.

Fecha ut supra

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA

DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA C-151/20

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de ausencia de arbitrariedad (Salvamento parcial de voto)

PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD EN LA RED-Busca evitar medidas que promuevan la discriminación (Salvamento parcial de voto)

PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD EN LA RED-Garantía debe tener en cuenta estándar interamericano de protección a la libertad de expresión (Salvamento parcial de voto)

Referencia: RE-242

Revisión de constitucionalidad del Decreto Legislativo 464 de 2020, “Por el cual se disponen medidas con el fin de atender la situación de emergencia económica, social y ecológica de la que trata el Decreto 417 de 2020”

Magistrado ponente:

Luis Guillermo Guerrero Pérez

1. Mediante la Sentencia C-151 de 2020, la Sala Plena declaró la exequibilidad del Decreto legislativo 464 de 2020 al verificar el cumplimiento de los requisitos formales y materiales para su expedición. Me aparté parcialmente de la posición mayoritaria en lo relacionado con la exequibilidad pura y simple del artículo 4º del decreto examinado.181

2. En mi concepto, en el juicio de ausencia de arbitrariedad era necesario un condicionamiento orientado a asegurar el principio de neutralidad de la red frente a la potestad otorgada a la Comisión de Regulación de Comunicaciones para priorizar el acceso de los usuarios a determinados contenidos o aplicaciones.

3. En contraste, la posición mayoritaria sostuvo que la priorización excluía la prohibición o el bloqueo de contenidos, solo era posible ante una pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud y no se afectaba la transparencia en tanto "el tráfico en las redes y la demanda del servicio son factores objetivos y, por tanto, medibles, la norma sub judice impone a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones reportar, por lo menos cada dos días, a la CRC, el comportamiento de dicho tráfico y demanda e incluir en su reporte "la evidencia suficiente que justifique" la priorización, al menos 24 horas antes de implementarla.182 Adicionalmente, encontró justificada la no aplicación del principio de neutralidad en la necesidad de gestionar, temporal y excepcionalmente, la congestión de la red.

4. Como lo sostuve durante el debate, considero insuficientes los parámetros contenidos en artículo estudiado para garantizar los derechos a la libertad de expresión y el acceso a la información en términos de neutralidad. En particular, creo que se requería un condicionamiento para evitar medidas que promuevan la discriminación entre aplicaciones y contenidos o frente un determinado proveedor de contenidos o servicios, o a un grupo de éstos, respecto de otros proveedores. Lo anterior, de conformidad con el estándar interamericano de protección a la libertad de expresión que en materia de neutralidad de la red: "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. En este último caso, las medidas empleadas no deben discriminar entre tipos de aplicaciones o servicios. Asimismo, en algunas normas ya se ha establecido que las medidas de gestión de tráfico deben ser necesarias para un uso eficiente y seguro de Internet y no pueden discriminar arbitrariamente a un determinado proveedor de contenidos o servicios, o a un grupo de éstos, frente a otros proveedores."183

5. A mi juicio, el estudio de constitucionalidad del artículo 4º del decreto legislativo examinado exigía la inclusión de criterios adicionales a efectos de garantizar el principio de neutralidad de la red para el ejercicio de la potestad regulatoria de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, máxime si se tiene en cuenta el contexto de estado de excepción en que se concede tal atribución.

Fecha ut supra

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

A LA SENTENCIA C-151/20

SERVICIOS PUBLICOS ESENCIALES-Desconocimiento de precedente sobre calificación de las actividades que lo constituyen (Aclaración de voto)

DERECHO DE HUELGA-Prohibición exige la determinación previa de la actividad como servicio público esencial (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente RE-242

Asunto: Revisión de constitucionalidad del Decreto Legislativo 464 de 2020, “[p]or el cual se

disponen medidas con el fin de atender la situación de emergencia económica, social y ecológica de la que trata el Decreto 417 de 2020”.

Magistrado Ponente:

Luis Guillermo Guerrero Pérez

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Plena, aclaro mi voto en relación con las consideraciones expuestas en la sentencia C-151 de 2020 para declarar exequible el artículo 1 del Decreto 464 de 2020. Si bien estoy de acuerdo con la decisión de considerar el servicio de telecomunicaciones como un servicio público esencial durante la vigencia de la emergencia, me aparto de la jurisprudencia citada para llegar a esta conclusión. La Sala motivó su decisión con base en dos sentencias de esta Corporación cuyos fundamentos no solo no comparto, sino que actualmente no se encuentran vigentes y no podrían ser utilizados como precedente.

La Sala sostiene que el artículo 1 del decreto bajo estudio es constitucional porque las sentencias C-450 de 1995 y C-663 de 2000 declararon exequibles, en situación de normalidad, dos normas que calificaron como esencial el servicio público de telecomunicaciones. Según estos pronunciamientos, el carácter esencial del servicio de telecomunicaciones –y de cualquier otro servicio público– se predica de su capacidad de contribuir de manera directa a la “protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales”184. En particular, la sentencia C-450 de 1995 sostiene que el derecho a la huelga de los trabajadores, si bien representa un derecho constitucional protegido, no es oponible a los derechos fundamentales de los usuarios de los servicios públicos calificados como esenciales.

Me aparto de esta argumentación debido a que la Sala omitió señalar que la posición jurisprudencial establecida por la sentencia C-450 de 1995 y reiterada por la sentencia C-663 de 2000 para determinar la “esencialidad” de un servicio público fue modificada por la sentencia C-691 de 2008.185 En este fallo, la Corte expuso que el criterio jurisprudencial empleado hasta el momento para definir si un servicio público es esencial era demasiado amplio y podía desnaturalizar el derecho a la huelga, por lo que estimó necesario adoptar una nueva tesis más restringida siguiendo la doctrina del Comité de Libertad Sindical de la OIT.186

Según el nuevo criterio, los servicios públicos esenciales son solo aquellos “cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en todo parte de la

población”187

En el año 2008 la Corte cambió el precedente sobre las actividades que pueden ser consideradas como servicios públicos esenciales, acotando su alcance y estableciendo como regla general el ejercicio del derecho a la huelga.188 Por este motivo me aparto de la argumentación de la sentencia C-151 de 2020 en lo relativo al juicio de ausencia de arbitrariedad (apartado 4.6.2.7.1), pues las sentencias allí citadas fueron emitidas en un contexto diferente al actual y no constituyen un precedente adecuado para declarar exequible el artículo 1 del Decreto 464 de 2020. No suscribo lo que afirma la sentencia en ese apartado. Mi posición respecto a la declaratoria de una actividad como servicio público esencial y la subsiguiente prohibición de la huelga se circunscribe a lo expuesto por el Comité de Libertad Sindical de la OIT en su doctrina y a lo establecido por la Corte en la sentencia C-691 de 2008.

En tal virtud, aunque la suscrita comparte la decisión de la Sala Plena, considera que la sentencia debió aludir a las diferencias anotadas.

Fecha ut supra,

Cristina Pardo Schlesinger

Magistrada

1 La remisión fue hecha por la ciudadana Clara María González Zabala, en su condición de Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República, actuando en nombre y representación del Presidente de la República, conforme a lo dispuesto en los Decretos 1605 del 21 de agosto de 2018 y 1786 del 4 de octubre de 2019 y la Resolución 092 del 11 de febrero de 2019.

2 Estos documentos son: 1) el boletín técnico denominado “Encuesta Nacional de Calidad de Vida (ECV) 2018”, elaborado por el DANE el 3 de mayo de 2019; 2) el “Boletín trimestral de las TIC. Cifras Tercer Trimestre de 2019”, elaborado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en enero de 2020; 3) la “Directiva Presidencial No. 02”, del 12 de marzo de 2020; 4) la “Circular No. 0021 de 2020”, del Ministerio del Trabajo, dirigida a empleadores y trabajadores del sector privado; 5) el “Acuerdo PCSJA20-11518”, del 16 de

marzo de 2020, del Consejo Superior de la Judicatura; y 5) la “Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19 celebrada el 11 de marzo de 2020”.

3 Los documentos remitidos fueron recibidos en la secretaría general de este tribunal el 24 de marzo de 2020.

5 Pandemia: Una epidemia que se ha extendido a varios países o continentes que generalmente afecta a un gran número de personas. OMS.

6 El concepto técnico lo suscriben los ciudadanos J. Kenneth Burbano Villamarín y Javier Santander Díaz, en su condición de director y de coordinador del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la universidad, respectivamente.

7 Interviene el ciudadano Camilo Armando Sánchez Ortega, en su condición de representante legal de ANDESCO.

8 Intervienen los ciudadanos Catalina Botero, directora de la Fundación Karisma, Pedro Vaca Villareal, director de la Fundación para la Libertad de Prensa, Julio Gaitán, director del Centro de Estudios en Internet y Sociedad y el ciudadano Emmanuel Vargas Penagos.

9 Interviene el ciudadano Antonio Medina Gómez, en su condición de presidente y representante legal de ACUI.

10 Interviene la ciudadana Clara María González Zabala, en su condición de Secretaría Jurídica del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, quien actúa en virtud de la delegación de funciones dispuesta en la Resolución 092 del 11 de febrero de 2019 de la Presidencia de la República.

11 El concepto técnico lo suscriben los ciudadanos Luz Mónica Herrera Zapata, Sandra Milena Ortiz Laverde y Juan Carlos Upegui Mejía, profesores investigadores de los Departamentos de Derecho de las Telecomunicaciones y Derecho Constitucional y del Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita de la universidad, respectivamente.

12 Para presentar los dos criterios alude a las Sentencias C-450 de 1995, C-691 de 2008, C-349 de 2009, T-171 de 2011, T-082 de 2012, C-122 de 2012 y C-796 de 2014.

13 Conforme al criterio orgánico debe verificarse que la calificación expresa de un servicio público como esencial, hecha por el legislador.

14 Conforme al criterio material la mera calificación no es suficiente, sino que se requiere, además, que el servicio público sea materialmente un servicio esencial, para lo cual debe establecerse la relación entre este servicio y la garantía de derechos y libertades fundamentales.

15 Esto lo ilustra con las cifras relativas a proveedores de los servicios, tomadas del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. A partir de estas cifras destaca que ningún prestador cubre más de la mitad del mercado y existen múltiples prestadores, para afirmar que la huelga que llegare a afectar a alguno de los prestadores no

afectará de manera sustancial la prestación del correspondiente servicio.

16 Para ilustrar la categoría servicio mínimo, alude a la Sentencia C-691 de 2008.

17 Destaca que el artículo 73 de la ley, si bien dice que a las empresas de telecomunicaciones y a las prestadoras del servicio de telefonía básica conmutada, de telefonía móvil en el sector rural y de telefonía de larga distancia no les será aplicable la Ley 142 de 1994, a modo de regla, dispuso también una serie de excepciones, dentro de las cuales está la relativa a la aplicación del artículo 4 de la Ley 142 de 1994, sobre el carácter esencial de tales servicios.

18 Destaca, como relevantes para el estudio de este fenómeno, las Sentencias C-473 de 1994 y C-075 de 1997.

19 Califica estas medidas como requisición u ocupación temporal, que son, a su juicio, las más severas que pueden tomarse en una economía social de mercado, y las equipara a la Defense Production Act de 1950 en los Estados Unidos.

20 Para ilustrar el tema, manifiestan que, según los cálculos hechos por un solo operador, en el término de 12 meses, en el Departamento de Cundinamarca, el valor de la inversión sería de once millones doscientos setenta y ocho mil cuatrocientos treinta y ocho ciento setenta dólares.

21 Para mostrar el esfuerzo de los prestadores, manifiesta que, incluso antes de conocerse el decreto, ellos adoptaron algunas medidas, a saber: "1. Para los usuarios de internet fijo: se incrementó la capacidad de internet a cerca de 400.000 hogares, sin costo adicional alguno; 2. Para los usuarios móviles prepago (o por demanda): – Se reforzaron capacidades para que se puedan hacer recargas, sin salir de casa, a través de canales digitales. Los usuarios podrán adquirir diferentes paquetes de comunicaciones con tarjeta débito, crédito y otros medios de pago virtuales. – Se activaron funcionalidades que le permitirá a los clientes no bancarizados recibir recargas de aquellos clientes que sí cuentan con una cuenta bancaria, tarjeta de débito o tarjeta de crédito. – En recargas digitales para montos iguales o superiores a $1.000 en promedio, se incluyeron gratis algunas aplicaciones como WhatsApp, Facebook y 100 MB por un periodo de 3 días promedio; 4. Para clientes empresariales: – Se ofrece gratuitamente, en algunos casos, herramientas de trabajo remoto hasta por 6 meses, directamente o en conjunto con nuestros aliados Microsoft y Cisco. – Contamos con soluciones tecnológicas como escritorios virtuales y redes privadas virtuales (VPN) que posibilitan el acceso seguro y de forma remota a la información y aplicaciones de las empresas; 5. Se pusieron a disposición de los usuarios móviles, sin consumo de los recursos de su respectivo plan, la aplicación CoronApp, aplicación que brinda ayuda y orientación respecto de la emergencia y el virus; 6. Algunas de nuestras empresas afiliadas han participado, en conjunto con el DNP, en la identificación de los beneficiarios del programa Ingreso Solidario, a quienes previa identificación de sus números móviles, se les envía un SMS gratuito en donde se informa del procedimiento para que puedan registrarse y recibir las ayudas; 7. Se desarrollan campañas de sensibilización y prevención, haciendo uso de los canales corporativos y llegando a millones de colombianos; 8. Remitimos información a través de nuestras redes móviles: al 30 de marzo se han enviado, de manera gratuita, más 40 millones de SMS, con la información definida por los canales oficiales; 9. Campañas de

sensibilización: en las diferentes redes sociales corporativas, se han alcanzado a la fecha más de 2 millones de impresiones en internet. 10. En las pantallas digitales a nivel nacional hemos publicado recomendaciones del correcto lavado de manos e información para mitigar el riesgo de contagio. 11. Se han enviado más de 2,3 millones de correos electrónicos a usuarios de las redes de nuestras empresas afiliadas, con recomendaciones de buen uso de la red durante el aislamiento obligatorio nacional. 12. Se ha realizado acciones para el apoyo a las campañas gubernamentales de control de la pandemia mediante el #quedateencasa".

22 Para ilustrar este costo, ponen de presente los siguientes elementos de juicio: 1) el sector TIC se ha desacelerado, con un crecimiento promedio en los cuatro últimos años de 0.9% y con algunos años con decrecimiento: (-0.7% en 2016 y -0.2 en 2017); 2) este sector se ha visto muy afectado por la devaluación, pues sus insumos se importan y pagan en dólares y esta moneda ha pasado de una tasa de cambio de dos mil pesos a cuatro mil pesos; 3) este sector soporta una elevada carga tributaria, con impuestos como el IVA y con contraprestaciones al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y por uso del impuesto radio eléctrico, con la contribución para que opere la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y con los impuestos locales. A estos costos debe agregarse el que ahora se impone en el decreto legislativo.

23 Este fondo está regulado en el artículo 35 de la Ley 1341 de 2009, modificado por la Ley 1978 de 2019.

24 El interviniente manifiesta que los recursos del fondo, a diciembre de 2019, eran de 1.37 billones de pesos y que, de esta suma, 1.09 billones fueron generados por tasas y contraprestaciones por la prestación de servicios de telecomunicaciones.

25 Para ilustrar este aserto alude a la Sentencia C-467 de 2017, en la cual se consideró como necesaria la medida de crear una radio comunitaria dedicada a difundir contenidos relacionados con la emergencia y con la recuperación de los daños causados por ella.

26 La intervención alude al documento "COVID-19: Los gobiernos deben promover y proteger el acceso y la libre circulación de la información durante la pandemia – Expertos Internacionales", disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1170&lID=2, que corresponde a una declaración conjunta de "los garantes para la libertad de expresión y la libertad de los medios de comunicación de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa"; y a la Resolución 01 de 2020 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, disponible en: www.oas.org/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es,, que lleva por título "Pandemia y Derechos Humanos en las Américas".

27 La lista de las veinte URLs, informa la intervención, se concretó en la Resolución del MinTIC 000639 del 1 de abril de 2020, disponible en: https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-126471_res_639.pdf, incluye los sitios web de las entidades que aparecen en el siguiente enlace: https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-126471_Listado_url.pdf

28 Esta afirmación se hace con fundamento en los estándares desarrollados por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que pueden consultarse en el documento: “Estándares para una internet libre, abierta e incluyente”.

29 La intervención cita el “REGLAMENTO (UE) 2015/2120 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de noviembre de 2015 por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta y se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y el Reglamento (UE) no 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión.”

30 La congestión temporal es “una situación específica de corta duración en la que un incremento súbito del número de usuarios, además de los usuarios habituales, o un incremento súbito de la demanda de un contenido específico, aplicación o servicio, pueda superar la capacidad de transmisión de ciertos elementos de la red y mermar la capacidad de reacción de las demás partes de la red”.

31 La congestión excepcional es “una situación imprevisible e inevitable de congestión, tanto en las redes móviles como en las fijas”, que puede deberse a “cambios inesperados en el encaminamiento del tráfico o grandes aumentos del tráfico en la red debidos a situaciones de emergencia o de otro tipo ajenas al control del proveedor de servicios de acceso a internet”.

32 Al respecto, se alude al único reporte de la Comisión de Regulación de las Comunicaciones, que antes de la intervención estaba disponible (www.crcom.gov.co/es/noticia/primer-reporte-de-tr-fico-de-internet-durante-el-aislamiento-preventivo), para destacar las dificultades que existen para acceder a él, los problemas en la periodicidad en la entrega de la información y lo poco específica de la misma.

33 Se alude de manera expresa al Fondo Único de las TIC.

34 Se argumenta que al asumir los prestadores del servicio directamente los costos, se afecta su operación en el mediano y largo plazo, pues de ello puede sobrevenir una disminución en los prestadores y una desmejora en la calidad, competencia y variedad de precios, lo cual afectará a los usuarios de los servicios, pues de algún modo los prestadores buscarán recuperar los recursos.

35 La imprecisión consiste en que en este considerando se alude al artículo 2.10 de la Ley 1341 de 2009, pero sin tener en cuenta la reciente modificación hecha a este numeral por el artículo 3 de la Ley 1978 de 2019. Conforme a esta modificación, el texto del numeral es el siguiente: “10. Acceso a las TIC y despliegue de infraestructura. Con el propósito de garantizar el ejercicio y goce efectivo de los derechos constitucionales a la comunicación, la vida en situaciones de emergencia, la educación, la salud, la seguridad personal y el acceso a la información, al conocimiento, la ciencia y a la cultura, así como el de contribuir a la

masificación de los trámites y servicios digitales, de conformidad con la presente Ley, es deber de la Nación asegurar la prestación continua, oportuna y de calidad de los servicios públicos de comunicaciones, para lo cual velará por el despliegue de la infraestructura de redes de telecomunicaciones, de los servicios de televisión abierta radiodifundida y de radiodifusión sonora, en las entidades territoriales."

36 Se alude a las disposiciones adoptadas en el Perú, Ecuador y España. En el caso de Perú, se hace referencia al Organismo Supervisor de la Inversión Privada de Telecomunicaciones (Osipitel). En el caso de Ecuador, se menciona a la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (Arcotel). En el caso de España se analiza el Real Decreto-Ley 8/2020, artículo 18 y siguientes (https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3824).

37 De manera particular destaca las libertades de expresión y de información y el derecho al trabajo (teletrabajo).

38 Para este propósito, considera relevantes las Sentencias C-927 de 2006 y C-403 de 2010.

39 Para ilustrarlo alude, a modo de ejemplo, a las Resolución 5050 de 2016.

40 Este capítulo se ha apoyado en las consideraciones contenidas entre otras, en las Sentencias C-136/09 M.P. Jaime Araújo Rentería, C-145/09 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, C-224/09 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, C-225/09 M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez, C-226 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, C-911/10 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, C-223/11 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, C-241/11 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, C-671/15 M.P. Alberto Rojas Ríos, C-701 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, C-465/17 M.P. Cristina Pardo Schlesinger, C-466/17 M.P. Carlos Bernal Pulido y C-467/17 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Varios de los párrafos corresponden a transcripciones literales de algunas de dichas sentencias.

41 Sentencia C-466 de 2017 M.P. Carlos Bernal Pulido, citando a su vez la sentencia C-216/11 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

42 Ibidem.

43 El carácter reglado, excepcional y limitado se refleja en varios requerimientos: (i) la Constitución prevé específicas causales para decretar los estados de excepción; (ii) la regulación de los estados de conmoción interior y de emergencia económica, social y ecológica, se funda en el principio de temporalidad (precisos términos para su duración); y (iii) la Constitución dispone limitaciones materiales estrictas para los estados de excepción, tales como que (a) los civiles no sean juzgados por autoridades militares (art. 213 de la CP), (b) los derechos humanos no puedan ser limitados (art. 93 de la CP) y (c) el derecho internacional humanitario debe ser respetado (art. 214 de la CP).

44 El control judicial está a cargo de la Corte Constitucional respecto de los decretos legislativos, según lo dispone el numeral 7 del artículo 241 de la Carta Política, y del Consejo de Estado, tal como lo dispone el numeral 8 del artículo 111 de la Ley 1437 de 2011, al prescribir que le corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado "[e]jercer el control inmediato de legalidad de los actos de carácter general dictados

por autoridades nacionales con fundamento y durante los estados de excepción".

46 La Corte ha aclarado que el estado de excepción previsto en el artículo 215 puede tener diferentes modalidades, dependiendo de los hechos que motiven su declaratoria. Así, se procederá a declarar la emergencia económica, cuando los hechos que dan lugar a la declaración se encuentren relacionados con la perturbación del orden económico; social, cuando la crisis que origina la declaración se encuentre relacionada con el orden social; y ecológica, cuando sus efectos se proyecten en este último ámbito. En consecuencia, también se podrán combinar las modalidades anteriores cuando la crisis que motiva la declaratoria amenace con perturbar estos tres órdenes de forma simultánea, quedando, a juicio del Presidente de la República, efectuar la correspondiente valoración y plasmarla así en la declaración del estado de excepción.

47 Decreto 333 de 1992.

48 Decreto 680 de 1992.

49 Decreto 1178 de 1994, Decreto 195 de 1999, Decreto 4580 de 2010 y Decreto 601 de 2017.

50 Decreto 80 de 1997.

51 Decreto 2330 de 1998.

52 Decreto 4333 de 2008 y 4704 de 2008.

53 Decreto 4975 de 2009.

54 Decreto 2963 de 2010 y Decreto 1170 de 2011.

55 Este capítulo se ha apoyado en las consideraciones contenidas entre otras, en las Sentencias C-465/17 M.P. Cristina Pardo Schlesinger, C-466/17 M.P. Carlos Bernal Pulido y C-467/17 M.P. Gloria Stella Ortiz. Varios de los párrafos corresponden a transcripciones literales de dichas sentencias.

56 La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre este juicio en las Sentencias C-467/17 M.P. Gloria Stella Ortiz, C-466/17 M.P. Carlos Bernal Pulido, C-465/17 M.P. Cristina Pardo Schlesinger, C-437/17 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo y C-434/17 M.P. Diana Fajardo Rivera, entre otras.

57 Ley 137 de 1994. Art. 10. "Finalidad. Cada una de las medidas adoptadas en los decretos legislativos deberá estar directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos."

58 Sentencia C-724/15 M.P. Luis Ernesto Vargas. "Las medidas adoptadas por el Gobierno al amparo de la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica (i) deben estar destinadas exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos; y (ii) deberán referirse a asuntos que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia". Sentencia C-700/15, M.P. Gloria Stella Ortiz. El juicio de finalidad "(…) es una

exigencia constitucional de que todas las medidas adoptadas estén dirigidas a solucionar los problemas que dieron origen a la declaratoria de los estados de excepción. En otras palabras, es necesario que el articulado cumpla con una finalidad específica y cierta".

59 La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre este juicio en las Sentencias C-517/17 M.P. Iván Escrucería Mayolo, C-467/17 M.P. Gloria Stella Ortiz, C-466/17 M.P. Carlos Bernal Pulido, C-437/17 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo y C-409/17 M.P. Alejandro Linares Cantillo, entre otras.

60 Constitución Política. Art. 215. "Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes".

61 Ley 137 de 1994. Art. 47. "Facultades. En virtud de la declaración del Estado de Emergencia, el Gobierno podrá dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Los decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con dicho Estado".

62 Sentencia C-409/17. M.P. Alejandro Linares Cantillo. "La conexidad interna refiere a que las medidas adoptadas estén intrínsecamente vinculadas con las consideraciones expresadas por el Gobierno Nacional para motivar el decreto de desarrollo correspondiente". En este sentido, ver, también, la Sentencia C-434/17 M.P. Diana Fajardo Rivera.

63 Sentencia C-724/15. M.P. Luis Ernesto Vargas. "La conexidad en el control de constitucionalidad de los Decretos legislativos dictados con base en la declaratoria del estado de emergencia social, económica y ecológica, se dirige entonces a verificar determinadas condiciones particulares, relacionadas con la vinculación de los objetivos del Decreto con los motivos que dieron lugar a la declaratoria de emergencia, y con los hechos que la ocasionaron". En este sentido, ver, también, la sentencia C-701/15 M.P. Luis Guillermo Guerrero.

64 El juicio de motivación suficiente de las medidas ha sido desarrollado por esta Corte en las Sentencias C-467/17 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, C-466/17 M.P. Carlos Bernal Pulido, C-434/17 M.P. Diana Fajardo Rivera, C-409/17 M.P. Alejandro Linares Cantillo, C-241/11 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, C-227/11 M.P. Juan Carlos Henao Pérez, C-224/11 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y C-223/11 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

65 Sentencia C-466/17 M.P. Carlos Bernal Pulido. En la providencia se reiteran las consideraciones de las Sentencias C-722/15 M.P. Myriam Ávila Roldán y C-194/11 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

66 Al respecto, en la Sentencia C-753/15 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, la Corte Constitucional sostuvo que "en el caso de que la medida adoptada no límite derecho alguno resulta menos exigente, aunque los considerandos deben expresar al menos un motivo que la justifique".

67 Ley 137 de 1994, "Por la cual se regulan los Estados de Excepción en Colombia", artículo 8.

68 Sobre el juicio de ausencia de arbitrariedad se pueden consultar las Sentencias C-467/17 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, C-466/17 M.P. Carlos Bernal Pulido, C-434/17 M.P. Diana Fajardo Rivera, C-409/17 M.P. Alejandro Linares Cantillo, C-241/11 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, C-227/11 M.P. Juan Carlos Henao Pérez y C-224/11 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

69 Sentencia C-466/17 M.P. Carlos Bernal Pulido, en la cual se reiteran las consideraciones de las Sentencias C-723/15 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y C-742/15 M.P. María Victoria Calle Correa.

70 Artículo 7º de la Ley 137 de 1994. "Vigencia del Estado de Derecho. En ningún caso se podrá afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales. El Estado de Excepción es un régimen de legalidad y por lo tanto no se podrán cometer arbitrariedades so pretexto de su declaración. Cuando un derecho o una libertad fundamentales puedan ser restringidos o su ejercicio reglamentado mediante decretos legislativos de Estados de Excepción, estos no podrán afectar el núcleo esencial de tales derechos y libertades".

71 Sentencia C-149/03 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Reiterada, entre otras, en las Sentencias C-224/09 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, C-241/11 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y C-467/17 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

72 El juicio de intangibilidad ha sido desarrollado por este Tribunal en las Sentencias C-517 de 2017 M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo, C-468 de 2017 M.P. Alberto rojas Ríos, C-467 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, C-466 de 2017 M.P. Carlos Bernal Pulido, C-409 de 2017 M.P. Alejandro Linares Cantillo, C-751 de 2015 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, C-723 de 2015 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y C-700 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, entre otras.

73 Al respecto pueden consultarse, entre otras, las Sentencias C-467/17 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, C-466/17 M.P. Carlos Bernal Pulido, C-437/17 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, C-434/17 M.P. Diana Fajardo Rivera, C-409/17 M.P. Alejandro Linares Cantillo y C-723/15 Luis Ernesto Vargas Silva.

74 Esta Corporación se ha referido a este juicio en las Sentencias C-466/17 M.P. Carlos Bernal Pulido, C-434/17 M.P. Diana Fajardo Rivera, C-136 de 2009, C-409/17 M.P. Alejandro Linares Cantillo y C-723/15 Luis Ernesto Vargas Silva.

75 Sobre el particular se han pronunciado, entre otras, las Sentencias C-517/17 M.P. Iván Humberto Escrucería Mayolo, C-467/17 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, C-466/17 M.P. Carlos Bernal Pulido, C-465/17 Cristina Pardo Schlesinger, C-437/17 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, C-409 de 2017 M.P. Alejandro Linares Cantillo y C-723/15 Luis Ernesto Vargas Silva.

76 Sobre el juicio de proporcionalidad es posible consultar las Sentencias: C-467/17 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, C-466/17 M.P. Carlos Bernal Pulido, C-227/11 M.P. Juan Carlos Henao Pérez, C-225/11 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, C-911/10 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, C-224/09 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, C-145/09 M.P. Nilson Pinilla Pinilla y C-136/09 M.P. Jaime Araújo Rentería.

78 “Artículo 14. No discriminación. Las medidas adoptadas con ocasión de los Estados de Excepción, no pueden entrañar discriminación alguna, fundada en razones de raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica (…)”.

79 Sobre el particular, cabe resaltar que dicho listado de categorías sospechosas no es taxativo, pues de conformidad con el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “la ley prohibirá toda discriminación”.

80 En este sentido, en la Sentencia C-156/11 M.P. Mauricio González Cuervo, esta Sala explicó que el juicio de no discriminación pretende hacer efectivo “el principio de igualdad ante la ley del artículo 13 de la Constitución Política, en el sentido de establecer que todas las personas recibirán el mismo trato y no se harán distinciones basadas en criterios de raza, lengua, religión, origen familiar, creencias políticas o filosóficas”.

81 Supra 4.5.2.

82 Supra II.

83 Por medio del Decreto 459 del 22 de marzo de 2020, el Presidente de la República designó como Ministro de Relaciones Exteriores ad hoc al Ministro de Defensa Nacional. Esta designación se hizo, según lo previsto en el artículo 1 de este decreto, de manera específica para el proyecto de decreto “Por el cual se disponen medidas con el fin de atender la situación de emergencia económica, social y ecológica de la que trata el Decreto 417 de 2020, preparado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y radicado en Secretaría Jurídica el 19 de marzo de 2020”. Según se señala en las consideraciones del referido decreto, las razones de la designación fueron las siguientes: 1) en el Consejo de Ministros del 22 de marzo de 2020, le fueron aceptados a la Ministra de Relaciones Exteriores dos impedimentos, el segundo de los cuales es el que acaba de indicarse; y 2) al aceptarse el impedimento de un ministro, conforme a lo previsto en el artículo 8 de la Ley 63 de 1923, le corresponde a este separarse del asunto y al Presidente de la República encomendarlo a otro cualquiera de los ministros del despacho, lo cual hizo conforme al principio de verdad sabida y buena fe guardada.

84 Cfr., artículo 4 de este decreto.

85 Cfr., artículo 1 de este decreto.

86 Supra II.

87 Esta motivación aparece en los cuatro primeros párrafos de las consideraciones.

88 Esta motivación empieza en el cuarto párrafo de las consideraciones y se extiende hasta el final de las mismas.

89 Supra 4.5.2.

90 Cfr., primera consideración del decreto.

91 Cfr., segunda consideración del decreto.

92 Cfr., “Alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19 celebrada el 11 de marzo de 2020”, disponible en: https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19—11-march-2020

93 Cfr., “Medidas de protección básicas contra el nuevo coronavirus”, disponible en: https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public

94 “Mantenga el distanciamiento social

Mantenga al menos 1 metro (3 pies) de distancia entre usted y las demás personas, particularmente aquellas que tosan, estornuden y tengan fiebre.

¿Por qué? Cuando alguien con una enfermedad respiratoria, como la infección por el 2019-nCoV, tose o estornuda, proyecta pequeñas gotículas que contienen el virus. Si está demasiado cerca, puede inhalar el virus.”

95 “Manténgase informado y siga las recomendaciones de los profesionales sanitarios

Manténgase informado sobre las últimas novedades en relación con la COVID-19. Siga los consejos de su dispensador de atención de salud, de las autoridades sanitarias pertinentes a nivel nacional y local o de su empleador sobre la forma de protegerse a sí mismo y a los demás ante la COVID-19.

¿Por qué? Las autoridades nacionales y locales dispondrán de la información más actualizada acerca de si la COVID-19 se está propagando en su zona. Son los interlocutores más indicados para dar consejos sobre las medidas que la población de su zona debe adoptar para protegerse.”

96 Cfr., cuarta consideración del decreto. En esta consideración se alude a las tecnologías y a los servicios de información y comunicaciones como una “herramienta esencial” para cumplir con la medida sanitaria y, de este modo, proteger la vida y la salud de los colombianos.

97 Cfr., “Declaración conjunta de la UIT y la OMS: Desencadenar el potencial de la tecnología de la información para derrotar la COVID-19”, disponible en: https://www.who.int/es/news-room/detail/20-04-2020-itu-who-joint-statement-unleashing-information-technology-to-defeat-covid-19

98 Este real decreto, del 17 de marzo de 2020, contiene una serie de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

99 Cfr., artículo 5.

100 Cfr., artículo 18.

102 Conforme a lo previsto en el artículo 1 del Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, el estado de excepción fue declarado por un término de 30 días calendario, a partir de su vigencia. Dado que este decreto rigió, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 ibídem, a partir de su publicación, lo cual ocurrió el 17 de marzo de 2020, al publicarse en el Diario

Oficial 51.259 de esta fecha (páginas 1 a 5), su vigencia se prolongó hasta el 16 de abril de 2020.

103 Conforme al reparto hecho, la sustanciación del proceso de control de constitucionalidad de este decreto (Expediente RE-282) también le correspondió al suscrito magistrado sustanciador.

104 Conviene precisar que el texto de los enunciados de los artículos 1 y 5 de los Decretos Legislativos 464 y 555 de 2020 es el mismo, mientras que el de los artículos 2, 3, 4 y 6 es muy semejante, aunque hay algunos cambios, y que en el último de tales decretos se agrega un nuevo artículo, el 7.

105 Supra 4.6.2.1.

106 "ARTÍCULO 69. DECLARACIÓN DE EMERGENCIA SANITARIA Y/O EVENTOS CATASTRÓFICOS. El Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS) podrá declarar la emergencia sanitaria y/o eventos catastróficos, cuando se presenten situaciones por riesgo de epidemia, epidemia declarada, insuficiencia o desabastecimiento de bienes o servicios de salud o eventos catastróficos que afecten la salud colectiva, u otros cuya magnitud supere la capacidad de adaptación de la comunidad en la que aquel se produce y que la afecten en forma masiva e indiscriminada generando la necesidad de ayuda externa. // En los casos mencionados, el MSPS determinará las acciones que se requieran para superar las circunstancias que generaron la emergencia sanitaria y/o eventos catastróficos con el fin de garantizar la existencia y disponibilidad de talento humano, bienes y servicios de salud, de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional. Cuando las acciones requeridas para superar dichas circunstancias tengan que ver con bienes en salud, la regulación que se expida deberá fundamentarse en razones de urgencia extrema. // Lo dispuesto en este artículo podrá financiarse con los recursos que administra el Fosyga o la entidad que haga sus veces, o por los demás que se definan."

107 Supra 4.6.2.1.

108 Cfr., "COVID-19: cronología de la actuación de la OMS", que está disponible en: https://www.who.int/es/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline—covid-19

109 Supra 4.6.2.1.

110 Supra 4.6.2.4.

111 "Que los servicios de telecomunicaciones y postales permiten la protección de bienes jurídicos ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales y hacer efectivas las garantías dispuestas para su amparo, con el fin de asegurar su respeto y efectividad. Si bien los artículos 10 y 73 de la Ley 1341 de 2009, 1 de la Ley 182 de 1995 y 1 de la Ley 1369 de 2009, definen que estos servicios son públicos, no han determinado que revisten la naturaleza de esenciales, adicionalmente, fueron expresamente excluidos del régimen de los servicios públicos domiciliarios por el citado artículo 73. Esta declaratoria es especialmente importante para garantizar la operación, adecuación y mantenimiento de las redes e infraestructura de telecomunicaciones y

postales, de manera ininterrumpida, durante la emergencia, porque estos servicios habilitan la comunicación remota, que es fundamental para permitir el desarrollo de actividades en condiciones no presenciales que permitan el distanciamiento social y aislamiento, acciones claves para la contención y mitigación del COVID-19 (antes coronavirus)."

112 "Que la Corte Constitucional, en sentencia C-691 del 9 de julio de 2008, estableció el criterio para determinar si un servicio público es esencial, señalando "(...) cuando "las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales"".

113 "Que en esa medida los servicios de telecomunicaciones y postales se convierten en una herramienta esencial para permitir la protección de bienes jurídicos ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales y hacer efectivas las garantías dispuestas para su amparo, con el fin de asegurar su respeto y efectividad, por tanto, los servicios de telecomunicaciones y postales, revisten naturaleza de esenciales y debe garantizarse la adecuación y mantenimiento de las redes e infraestructura de telecomunicaciones y postales, de manera ininterrumpida".

114 "Que es necesario garantizar la continua y oportuna comunicación entre las autoridades, personal de atención médica, la población afectada, en riesgo, y el resto de los ciudadanos, para que conozcan, entre otras, las medidas a implementar, los canales de atención, los beneficios que sean entregados, entre otra información útil, que debe estar disponible y ser transmitida mediante los servicios de telecomunicaciones incluyendo la televisión, así como los servicios postales, según la necesidad de difusión de la información por parte de las autoridades."

115 "Que de acuerdo con la Encuesta de Calidad de Vida (ECV) del DANE, a diciembre de 2018 el 53,0% (8,2 millones) de hogares colombianos contaban con Internet (fijo y móvil), adicionalmente, el país cuenta con 22,19 millones de conexiones de más de 10 Mbps, de las cuales 2,82 millones son residenciales fijas y 19,37 millones son móviles en tecnología 4G. En relación con los accesos residenciales de Internet fijo el 81,5% (5.200.806) disponen de velocidad de bajada mayor o igual a 5 Mbps. El 60,2% (3.844.776) tienen acceso a Internet fijo con velocidad de descarga mayor o igual a 10 Mbps. Las anteriores cifras demuestran que, si bien el país ha avanzado de manera importante en la provisión de los servicios de telecomunicaciones aún no existe servicio universal, por ello, se precisan medidas para que las personas en necesidad de comunicarse y acceder a la información no vean restringidas sus posibilidades debido a problemas económicos derivados de la emergencia."

116 "Que según las cifras del Boletín TIC del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, con corte al tercer trimestre de 2019, en el país había 12.412.834 abonados al servicio de Internet móvil por suscripción y 13.854.011 abonados al servicio de voz móvil por suscripción, esto es, usuarios en la modalidad de pospago que, podrían ver afectada su capacidad de pago por las restricciones en la disponibilidad de flujo de caja y el comportamiento en la tasa de cambio, como se expresa en la parte motiva del Decreto 417 de 2020. En consecuencia, para garantizar que la población acceda de manera permanente a los servicios de telecomunicaciones y postales, para asegurar su oportuna atención así

como el ejercicio de sus derechos durante la emergencia, se deben adoptar medidas para que el servicio no sea suspendido por razones patrimoniales como la falta de pago o la mora en el pago del servicio, durante la emergencia."

117 "Que en el mismo sentido, es necesario garantizar la provisión de bienes y servicios adquiridos mediante empresas que ejercen actividades de comercio electrónico será priorizada en aquellos bienes y servicios de primera necesidad que permitan el abastecimiento de la población, con prelación de los bienes y servicios adquiridos de manera previa a la emergencia o que no son de primera necesidad, a efectos de garantizar que la población mantenga las medidas de distanciamiento social y aislamiento, mediante el uso del comercio electrónico y, al mismo tiempo, preservar los derechos de los consumidores por medios no presenciales."

118 "Que la Directiva Presidencial 002 de 2020, la Circular 21 de 2020 del Ministerio del Trabajo, el Acuerdo PSJA20-11518 del Consejo Superior de la Judicatura, así como los actos administrativos expedidos por cada entidad, de manera particular, imparten lineamientos para promover e intensificar el trabajo desde la casa, con el fin de fortalecer las medidas de distanciamiento social y aislamiento, condición fundamental para la contención y mitigación de la pandemia del COVID-19. Esto ha sido reforzado con medidas del orden territorial para restringir la movilidad, que faciliten el aislamiento. Lo anterior se reflejará en el incremento del trabajo desde los hogares, aunado al aumento de las clases virtuales, genera cambios en el tráfico que cursa sobre las redes, así como mayores demandas del servicio. Esta medida fue adoptada tanto en el sector público como en el privado, por ejemplo, en el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y en la Procuraduría General de la Nación el 95% de los colaboradores se encuentra trabajando desde su hogar. Así mismo, de acuerdo con datos publicados por la Secretaría de Movilidad de Bogotá, con corte al 18 de marzo de 2020, la cantidad de usuarios de Transmilenio se redujo en un 42%, esto implica que los ciudadanos no se están trasladando de sus hogares."

119 "Que dadas las circunstancias y medidas de cuidado para preservar la salud y la vida, especialmente el distanciamiento social, debido a la ocurrencia de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud, es necesario adoptar acciones que permitan enfocar los esfuerzos en el cumplimiento de las obligaciones que garanticen la continuidad en la prestación de los servicios de comunicaciones y, especialmente, que permitan de manera prioritaria el funcionamiento de los servicios de telecomunicaciones y postales para el acceso a los servicios de salud, el desarrollo de actividades laborales y el ejercicio de derechos fundamentales, que prevalecen frente a servicios simplemente recreativos o de ocio."

120 "Que con el fin de contrarrestar los efectos negativos que se presenten como consecuencia de la disminución en los ingresos de los prestadores de redes y servicios de comunicaciones, cuyas operaciones son igualmente impactadas por la ocurrencia de la pandemia del COVID-19 (antes coronavirus) y la probable disminución del flujo de caja que esto genera en la economía así como la disminución de ingresos derivada de las obligaciones en dólares que se ven afectadas por las fluctuaciones en la tasa de cambio, como se expresa en la parte motiva del Decreto 417 de 2020, y con el fin de garantizar el funcionamiento de estos servicios esenciales, se requiere dictar medidas orientadas a unificar los periodos de pago de las contraprestaciones con el fin de facilitar y prorrogar la cancelación de las cargas

económicas que estos agentes deben a la Nación con ocasión de sus licencias, títulos y permisos.”

121 “Que al respecto, es de resaltar que las sumas pagadas al Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones no tienen naturaleza tributaria ni parafiscal, porque se trata de un precio público por la habilitación para la provisión de un servicio público y el uso de un recurso escaso. En ese sentido, y como fue objeto de control de constitucionalidad en la revisión del artículo 36 de la Ley 1341 de 2009 “el dinero se cobra con independencia de cuáles sean las funciones del Fondo, y precisa y estrictamente en virtud de la habilitación o concesión que hace el Estado a quienes estén interesados en prestar el servicio público de provisión de redes y servicios de telecomunicaciones” (Corte Constitucional, Sentencia C-403/10).”

122 “Que teniendo en cuenta que los proveedores de redes y servicios de comunicaciones deben cumplir con estándares de calidad so pena de verse incursos en sanciones de acuerdo con el artículo 64 de la Ley 1341 de 2009 y 37 de la 1369 de 2009 “Por medio de la cual se establece el régimen de servicios postales y se dictan otras disposiciones” y que es previsible que debido a la alta demanda de los servicios de comunicaciones que se incrementará en virtud de la intensificación de las medidas de trabajo y educación desde la casa, se produzca la saturación de las redes y no sea posible el cumplimiento de los estándares de calidad vigentes, se hace necesario facultar al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y a la Comisión de Regulación de Comunicaciones para que suspendan el régimen de calidad y otras obligaciones de los prestadores de redes y servicios de telecomunicaciones y de los servicios postales, en la medida en que no constituyan elementos esenciales para garantizar la provisión del servicio.”

123 Supra 4.6.2.5.

124 Supra 3.1.

125 Supra 3.2.

126 Cfr., Sentencias C-473 de 1994, C-450 de 1995, C-696 de 2008, C-349 de 2009, C-122 de 2012, C-796 de 2014 y SU-432 de 2015.

127 Supra 3.1.2.

128 “A las telecomunicaciones, y a las empresas que prestan los servicios de telefonía pública básica conmutada, telefonía local móvil en el sector rural y larga distancia no les será aplicable la Ley 142 de 1994 respecto de estos servicios, salvo en el caso de estas empresas, lo establecido en los artículo 4o sobre carácter esencial, 17 sobre naturaleza jurídica de las empresas, 24 sobre el régimen tributario, y el Título Tercero, artículo 41, 42 y 43 sobre el régimen laboral, garantizando los derechos de asociación y negociación colectiva y los derechos laborales de los trabajadores. En todo caso, se respetará la naturaleza jurídica de las empresas prestatarias de los servicios de telefonía pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural, como empresas de servicio público.”

129 “ARTÍCULO 4o. SERVICIOS PÚBLICOS ESENCIALES. Para los efectos de la correcta

aplicación del inciso primero del artículo 56 de la Constitución Política de Colombia, todos los servicios públicos, de que trata la presente Ley, se considerarán servicios públicos esenciales.”

130 Este artículo fue declarado exequible en la Sentencia C-663 de 2000, a partir de los criterios fijados en las Sentencias C-473 de 1994 y C-450 de 1995.

131 “ARTICULO 430. PROHIBICION DE HUELGA EN LOS SERVICIOS PUBLICOS. <Artículo modificado por el artículo 1o. del Decreto Extraordinario 753 de 1956. El nuevo texto es el siguiente:> De conformidad con la Constitución Nacional, está prohibida la huelga en los servicios públicos.

Constituyen, por tanto, servicio público, entre otras, las siguientes actividades:

a) Las que se prestan en cualquiera de las ramas del poder público;

b) Las de empresas de transporte por tierra, agua y aire; y de acueducto, energía eléctrica y telecomunicaciones;” (Subrayas agregadas)

132 “Por medio de la cual se establece el régimen de los servicios postales y se dictan otras disposiciones.”

133 “por la cual se reglamenta el servicio de televisión y se formulan políticas para su desarrollo, se democratiza el acceso a éste, se conforma la Comisión Nacional de Televisión, se promueven la industria y actividades de televisión, se establecen normas para contratación de los servicios, se reestreucturan <sic> entidades del sector y se dictan otras disposiciones en materia de telecomunicaciones.”

134 Esta calificación no ha sido modificada por la Ley 335 de 1996 ni por la Ley 680 de 2001.

135 Supra 4.6.2.1.

136 Supra 4.6.2.5.

137 Supra 3.1.3. y 3.1.6.

138 Supra 3.1.2. y 3.1.4.

139 Supra 3.1.3., 3.1.6.

140 Esta excepción aparece en el párrafo 30 del documento Libertad de expresión e Internet, publicado por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el año 2013. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_Internet_WEB.pdf

141 Cfr., Resolución 5951 del 26 de marzo de 2020 de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, “Por medio de la cual se da cumplimiento a lo establecido en el artículo 4 del Decreto 464 de 2020, y

se dictan otras disposiciones", disponible en: https://www.crcom.gov.co/uploads/images/files/Resoluci%C3%B3n%20CRC%205951%20de%202020.pdf

142 Según el principio de máxima publicidad para titular universal, si una información no se califica como reservada por la Constitución o por la ley, es pública.

143 Esta información está sujeta en su acceso a los principios de transparencia, buena fe, facilitación, no discriminación, gratuidad, celeridad, eficacia, calidad de la información, divulgación proactiva de la información y responsabilidad en el uso de la información.

144 Ninguna de las medidas sub judice suspende el ejercicio de los derechos enunciados en los artículos 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

145 Supra 4.6.2.7.1.

146 Supra 4.6.2.1., 4.6.2.3., 4.6.2.4., 4.6.2.5. y 4.6.2.7.

147 Supra 4.6.2.7.1.

148 Supra 4.6.2.1.

149 Supra 4.6.2.7.

150 Supra 4.6.2.7.2.

151 El valor de la unidad de valor tributario, UVT, para el año 2020 fue de $35.607 pesos. Este valor fue establecido por la DIAN, en la Resolución 84 del 28 de noviembre de 2019, disponible en: https://www.dian.gov.co/normatividad/Normatividad/Resoluci%C3%B3n%20000084%20de%2028-11-2019.pdf

152 Estas direcciones fueron definidas en la Resolución 639 del 1 de abril de 2020, disponible en: https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-126471_res_639.pdf Esta resolución, luego de haberse dictado el Decreto Legislativo 555 de 2020, fue modificada por la Resolución 711 del 27 de abril de 2020.

153 El artículo 36 de la Ley 1341 de 2009, que fue modificado por el artículo 23 de la Ley 1978 de 2019, regula la "contraprestación periódica única a favor del Fondo Único de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones". En esta norma se precisa que el valor de la contraprestación se fijará "como un único porcentaje sobre sus ingresos brutos por concepto de provisión de redes y servicios excluyendo terminales" y será determinado por Min.Tic., por medio de acto administrativo en un término de seis meses a partir de la promulgación de la ley, pudiendo ser revisado cada cuatro años.

154 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones", disponible en: http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/30019521

155 “Por el cual se reglamentan los artículos 10, 13 y 36 de la Ley 1341 de 2009 y se dictan otras disposiciones”, disponible en: http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1117007

156 “Por la cual se fija el monto de las contraprestaciones establecidas en los artículos 13 y 36 de la Ley 1341 de 2009 y se dictan otras disposiciones”, disponible en: http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Resolucion/30038502

157 “Por el cual se modifican y derogan algunos artículos de la Resolución 290 del 26 de Marzo de 2010 y se dictan otras disposiciones”, disponible en: https://mintic.gov.co/portal/inicio/3782:Resolucion-2877-de-2011

158 “Por la cual se establece el cronograma de pagos de las contraprestaciones que efectúan los proveedores de redes y servicios de comunicaciones, los concesionarios, los operadores postales y los titulares de permisos para el uso de recursos escasos, según el artículo 5 del Decreto-ley 464 de 2020”, disponible en: https://www.mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-Prensa/Noticias/126388:Resolucion-595-del-27-de-marzo-de-2020

159 El régimen de calidad para los servicios de telecomunicaciones está regulado en la Resolución 5050 de 2016 de la CRC. En esta resolución, artículo 4.14.1.5. se prevé que, durante la atención de emergencias, como la que dio lugar al estado de excepción, “no se hará exigible el cumplimiento de los indicadores de calidad en los servicios de telecomunicaciones prestados por los PRST en las zonas afectadas”. En la Resolución 5952 de 2020 de la CRC, se decide lo siguiente: “ARTÍCULO 1. Extender para la provisión de redes y servicios de televisión en todas sus modalidades, la aplicación de lo previsto en el artículo 4.14.1.5. del Capítulo 14 del Título IV de la Resolución CRC 5050 de 2016, de conformidad con lo previsto en el parágrafo del artículo 1 de la Ley 1341 de 2009, modificado por el artículo 2 de la Ley 1978 de 2019. // ARTÍCULO 2. Suspender los efectos de las disposiciones asociadas a la medición, cálculo y reporte de los indicadores de calidad frente a la provisión del servicio de datos móviles para tecnología de acceso 3G, contenidas en el artículo 2.9.2.1 del Capítulo 9 del Título II y en los numerales 5.1.3.3.3, 5.1.3.3.4, 5.1.3.3.5 del artículo 5.1.3.3 del Capítulo 1 del Título V de la Resolución CRC 5050 de 2016 hasta el 31 de mayo de 2020. En consecuencia, dichas disposiciones volverán a entrar en vigor a partir del 1 de junio de 2020. // ARTÍCULO 3. Suspender los efectos de las disposiciones asociadas a la medición, cálculo y reporte de los indicadores de calidad de la transmisión frente a la provisión de los servicios de televisión por cable HFC analógico, televisión por cable HFC digital, televisión satelital y televisión con tecnología IPTV, contenidas en los artículos 5.2.2.4, 5.2.2.5, 5.2.2.6, 5.2.2.7 y 5.2.3.2 del Capítulo 2 del Título V de la Resolución CRC 5050 de 2016 hasta el 31 de mayo de 2020. En consecuencia, dichas disposiciones volverán a entrar en vigor a partir del 1 de junio de 2020. // ARTÍCULO 4. Suspender los efectos del Formato 2.8 -INDICADORES DE CALIDAD PARA EL SERVICIO DE DATOS MÓVILES BASADOS EN MEDICIONES EXTERNAS PARA TECNOLOGÍA DE ACCESO 3G- del Capítulo 2 de la Sección 2 del Título de Reportes de Información de la Resolución CRC 5050 de 2016. En consecuencia, dicho formato volverá a entrar en vigor a partir del 1 de junio de 2020. // ARTÍCULO 5. Suspender los efectos del literal C -FORMATO DE REPORTE QoS2 “CALIDAD DE LA TRANSMISIÓN”- del Formato 2.1 del Capítulo 2 de la Sección 2 del Título de Reportes de Información de la Resolución CRC 5050

de 2016. En consecuencia, dicho formato volverá a entrar en vigor a partir del 1 de junio de 2020. // ARTÍCULO 6. Suspender los efectos del Anexo 5.3- MEDICIONES EN CAMPO DE PARÁMETROS DE CALIDAD- del Título de Anexos de la Resolución CRC 5050 de 2016. En consecuencia, dicho Anexo volverá a entrar en vigor a partir del 1 de junio de 2020. // ARTÍCULO 7. Suspender los efectos del numeral 5.1.1.3.7. del artículo 5.1.1.3. y el artículo 5.1.8.1. del Capítulo 1 del Título V de la Resolución CRC 5050 de 2016, en relación con el Formato 2.8 del Capítulo 2 de la Sección 2 del Título de Reportes de Información de la Resolución CRC 5050 de 2016.

En consecuencia, dichos efectos volverán a entrar en vigor a partir del 1 de junio de 2020. // ARTÍCULO 8. Suspender los efectos de los incisos 4 y 5 del artículo 5.1.6.3. del Capítulo 1 del Título V de la Resolución CRC 5050 de 2016, en lo que concierne a la realización del reporte inicial y el reporte ampliado de afectaciones en el servicio de telecomunicaciones, lo cual incluye la suspensión de dichos reportes respecto de aquellas afectaciones que se originen por causas de fuerza mayor, caso fortuito o hecho atribuible a un tercero a las que se refiere el parágrafo del mismo artículo. En consecuencia, dichas disposiciones volverán a entrar en vigor a partir del 1 de junio de 2020. // ARTÍCULO 9. Sin perjuicio de las suspensiones dispuestas en el presente acto administrativo, los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones deberán garantizar en todo momento la prestación de los servicios de forma continua y eficiente. Para estos efectos, la CRC o el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, podrá requerir a los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones aquella información relacionada con la calidad de los servicios que se encuentre disponible. // ARTÍCULO 10. Las mediciones y cálculos realizados hasta la fecha de entrada en vigor del presente acto administrativo, respecto de los indicadores de calidad de datos móviles para tecnología de acceso 3G y de los indicadores de calidad de la transmisión de televisión por cable HFC analógico, televisión por cable HFC digital, televisión satelital y televisión con tecnología IPTV, deberán ser reportados en los términos dispuestos en la Resolución CRC 5050 de 2020.”

160 Supra 4.6.2.7.2.

161 Supra 4.6.2.12.

162 Este documento fue remitido como adjunto al Decreto 464 de 2020 por la Presidencia de la República.

163 Este documento fue remitido como adjunto al Decreto 464 de 2020 por la Presidencia de la República.

164 Este decreto fue declarado exequible en la Sentencia C-145 de 2020.

165 CHUNG, Alex; ZING, Chi (2011). The Ethics of Net Neutrality, p.3. Disponible en: https://web.cs.ucdavis.edu/~rogaway/classes/188/fall11/p211.pdf URL 3/06/2020.

166 Ibidem p. 5-6.

167 Ibidem, p. 5.

168 CHUNG, Alex; ZING, Chi (2011). The Ethics of Net Neutrality, p.3. Disponible en: https://web.cs.ucdavis.edu/~rogaway/classes/188/fall11/p211.pdf URL 3/06/2020

169 BENDRATH, Milton; MUELLER, Milton (2010). The End of the Net as we know it? Deep Packet Inspection and Internet Governance, p. 3-4. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1653259

170 Ibidem, p.4.

171 Ibidem, p.4-5.

172 Daly, Angela (2014). The Legality of Deep Packet Inspection. International Journal of Communications law & Policy, No.14 p.9. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1628024

173 CHUNG, Alex; ZING, Chi (2011). The Ethics of Net Neutrality, p.3. Disponible en: https://web.cs.ucdavis.edu/~rogaway/classes/188/fall11/p211.pdf URL 3/06/2020.

175 European Digital Rights (EDRi) (2013). Net Neutrality. Issue 08, p. 9. Disponible en: https://edri.org/files/EDRi_NetNeutrality.pdf

176 Ibidem, p.10.

177 Ibidem, p.22.

178 Por ejemplo, la Unión Europea adoptó el Reglamento 2015/2120, “por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta y se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y el Reglamento (UE) no 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión”.

Asimismo, Chile promulgó la Ley de Internet y Neutralidad de Red (Ley 20.453); Argentina expidió la Ley 27.078 de 2014, mediante la cual se declara de “interés público el desarrollo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, las Telecomunicaciones, y sus recursos asociados, estableciendo y garantizando la completa neutralidad de las redes” (art.1); y en India se expidió la Regulación sobre “prohibición de tarifas discriminatorias para los servicios de datos”. Disponible en: https://dot.gov.in/net-neutrality URL 3/06/2020.

179 Esta norma dispone: “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar (…)”

180 DALY, Angela (2010). The Legality of Deep Packet Inspection. International Journal of Communications Law & Policy, No. 14 (2011). Disponible en:

https://ssrn.com/abstract=1628024 o http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1628024

181 Decreto 464 de 2020. Artículo 4. “Prioridad en el acceso. Adiciónese un parágrafo al

artículo 56 de la Ley 1450 de 2011 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010- 2014”, así: // PARÁGRAFO SEGUNDO. La Comisión de Regulación de Comunicaciones en los tres (3) días siguientes a la vigencia del presente Decreto definirá las reglas y eventos en los que los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, que prestan servicios de conexión a Internet podrán, con sujeción a las necesidades que se generen por aumentos del tráfico que cursa sobre las redes y las mayores demandas del servicio, priorizar el acceso del usuario a contenidos o aplicaciones relacionados con los servicios de salud, las páginas gubernamentales y del sector público, el desarrollo de actividades laborales, de educación y el ejercicio de derechos fundamentales, únicamente durante la ocurrencia de pandemias declaradas por la Organización Mundial de la Salud. // Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones, que prestan servicios de conexión a Internet deberán reportar, mínimo cada dos días, a la Comisión de Regulación de Comunicaciones el comportamiento del tráfico de sus redes a efectos de determinar oportunamente las medidas a implementar para priorizar contenidos o aplicaciones, durante la ocurrencia de pandemias declaradas por la Organización Mundial de la Salud. Adicionalmente, deberán reportar la evidencia suficiente que justifique la priorización de las aplicaciones o contenidos antes mencionados, al menos 24 horas antes de iniciar la priorización de la que trata el presente parágrafo transitorio. Este informe deberá contener también la fecha y hora exacta de inicio y la fecha y hora exacta de finalización de la priorización, sin que pueda exceder la durante la ocurrencia de pandemias declaradas por la Organización Mundial de la Salud. En ningún caso, la priorización implicará el bloqueo de algún tipo de aplicación o contenido, salvo aquellos prohibidos expresamente por la Ley. // Durante la ocurrencia de pandemias declaradas por la Organización Mundial de la Salud, los servicios de reproducción de video bajo demanda sobre Internet priorizarán la transmisión de sus contenidos en formato de definición estándar, es decir, que no sea de alta definición ni superior.”

182 Fundamento jurídico 4.6.2.7.3. de la Sentencia C-151 de 2020. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

183 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, “Libertad de Expresión en Internet”, párrafo 30.

184 Corte Constitucional, sentencia C-450 de 1995 (M.P. Antonio Barrera Carbonell). Por su parte, la sentencia C-663 de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) expuso que el servicio de telecomunicaciones es esencial porque es un servicio público domiciliario, lo que lo convierte en un instrumento que “contribuye al logro de los cometidos sociales mencionados [artículos 365 y 366 de la Constitución], y a la realización efectiva de ciertos derechos fundamentales de las personas”.

185 Corte Constitucional, sentencia C-691 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

186 Sobre el particular, la Sala Plena aclaró que “si bien los principios y reglas adoptados por los órganos pertenecientes a la OIT no ostentan la calidad de normas jurídicas directamente vinculantes en el ordenamiento jurídico colombiano, sí constituyen criterios orientadores para los distintos órganos del Estado colombiano y, en consecuencia, son relevantes para la interpretación de las disposiciones constitucionales relacionadas con el derecho laboral”.

187 Bajo ese entendido, en la sentencia C-691 de 2008 la Sala Plena declaró inexequible el literal g) del artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo relativo a la prohibición de huelga en las actividades de explotación, elaboración y distribución de sal.

188

Al respecto, expuso lo siguiente: “Los derechos laborales colectivos han de ser interpretados en beneficio del ejercicio libre, desinhibido y autónomo de la actividad sindical como una manifestación de la democracia participativa. (…) [E]l artículo 56, que amplió el alcance del derecho de huelga, se aplica de manera directa e inmediata. Además, el silencio del legislador no obsta para que los sindicatos ejerzan el derecho de huelga y para que este derecho sea interpretado y aplicado en un sentido amplio en punto a los ámbitos de actividad en los cuales este derecho está garantizado.”