

EL ACCESO A INTERNET COMO DERECHO FUNDAMENTAL: CASO COSTARRICENSE Y SU VIABILIDAD EN COLOMBIA

Diego Esteban Valderrama Castellanos



Título: Happy Asian boy and grandmother using laptop at home
• Autor: SasinTipcha

EL ACCESO A INTERNET COMO DERECHO FUNDAMENTAL: CASO COSTARRICENSE Y SU VIABILIDAD EN COLOMBIA

DIEGO ESTEBAN VALDERRAMA CASTELLANOS
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA

Resumen

El presente texto tiene como objeto presentar la viabilidad del acceso a Internet como derecho fundamental en el ordenamiento jurídico colombiano desde un estudio comparado con la jurisprudencia costarricense. Para ello, se hará una revisión de las clases de derechos fundamentales a partir de la dogmática constitucional y los criterios dados por la Corte Constitucional. Más adelante se analizará el proyecto de Acto legislativo 08 de 2014, que constituye la primera iniciativa sobre la materia en Colombia. De igual manera, como eje, se examinará la jurisprudencia de Costa Rica, la cual establece el acceso a Internet como derecho fundamental. Por último, se desarrollará el problema jurídico desde una perspectiva en defensa de la libertad de expresión y con fundamento en las ideas liberales clásicas.

Palabras clave: derechos fundamentales, libertad, Internet, constitucional, ONU.

El autor: estudiante de IX semestre del programa de Derecho en la Universidad Católica de Colombia. Correo electrónico: diegovalderrama@gmail.com

Recibido: 13 de diciembre de 2017; **evaluado:** 19 de enero de 2018; **aceptado:** 24 de febrero de 2018.

INTERNET ACCESS AS A FUNDAMENTAL RIGHT: THE COSTA RICAN CASE AND ITS VIABILITY IN COLOMBIA

DIEGO ESTEBAN VALDERRAMA CASTELLANOS
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA

Abstract

This paper aims to analyze the viability of internet access as a fundamental right in the Colombian legal system based on a comparative study of Costa Rican jurisprudence. To do so, it reviews types of fundamental rights from the constitutional dogma and criteria given by the Constitutional Court. Then, it studies the draft of Legislative Act No. 08 of 2014, which represents the first legislative initiative about the subject in Colombia. Similarly, as a central idea, it studies Costa Rican jurisprudence, which establishes internet access as a fundamental right. Finally, the article analyzes this legal problem from a perspective of the defense of freedom of expression and based on classical liberal ideas.

Keywords: fundamental rights, freedom, Internet, constitutional, UN.

Author: Ninth semester law student at the Universidad Católica de Colombia. Email: diegovalderrama@gmail.com

Received: December 13, 2017; **evaluated:** January 19, 2018; **accepted:** February 24, 2018.

Introducción

El acceso a Internet se ha consolidado en el mundo como un elemento indispensable para el desarrollo humano y por ello ha contribuido al surgimiento de nuevos derechos. Los debates académicos se han visto restringidos a discutir los derechos y las obligaciones que han surgido de Internet; sin embargo, la discusión sobre el acceso a Internet como un derecho autónomo no ha sido concebida por el grueso de la comunidad académica. Así, el presente texto busca nutrir el debate al respecto.

Nos hemos valido tanto de la dogmática en materia constitucional como del análisis de factores políticos subyacentes de derecho. De igual forma, fue necesario analizar la jurisprudencia costarricense, pionera en asuntos de acceso a Internet y eje de este documento, por lo que será el referente respecto al ordenamiento jurídico colombiano. Asimismo, se hizo una reflexión sosegada sobre el principio democrático y el liberalismo como elementos intrínsecos que fundamentan el derecho de acceso a Internet.

El presente artículo supone un ejercicio comparativo desde una suerte de panóptico, para fundamentar, desde diversas ópticas, un eventual derecho fundamental del que las democracias modernas no pueden desprenderse.

1. Acceso a Internet como derecho fundamental

En las sociedades democráticas modernas se hace indispensable garantizar la libertad de expresión y el derecho a la información. El avance tecnológico ha influido de manera directa al derecho a expresarse libremente, consagrado en el Artículo 20 de la Constitución Política colombiana.

La tecnología ha puesto sobre el debate algunos problemas jurídicos respecto a la regulación que cada Estado ha adoptado, pues se ha demostrado que las sociedades que informan y reciben información veraz e imparcial tienden a ser más democráticas. Los medios de comunicación han contribuido a ello durante mucho tiempo; no obstante, su labor se ha visto restringida con el avance tecnológico, toda vez que se ha perdido la investigación a profundidad, el contexto y el análisis. Este avance ha permitido que cualquier ciudadano con acceso a Internet difunda sus opiniones y pensamientos a grandes grupos de ciudadanos que confluyen en el entorno digital sin el mismo rigor periodístico de los grandes medios. De esta manera, Internet ha reducido una brecha de desigualdad frente a la información que reciben los

ciudadanos, por lo que supone una herramienta para el ejercicio de un derecho fundamental, esto es, la libertad de expresión, al que no todos tienen acceso por razones económicas e incluso, en países de la región, por razones geográficas.

Frank La Rue, relator especial sobre promoción y protección del derecho de libertad de expresión, presentó un informe a la Asamblea General de la ONU en el que recomendó consolidar el acceso a Internet como derecho fundamental. En él dejó expresamente dicho que, dado el poder especial que le confería su carácter interactivo, Internet debería considerarse un elemento necesario para el ejercicio de muchos derechos en la esfera socioeconómica y para la promoción de la diversidad cultural en el mundo.¹ Con dicho informe comenzó a gestarse el desarrollo del acceso a Internet como derecho fundamental.

Ahora bien, para entender ese contexto es preciso definir qué se entiende por derecho fundamental, cuáles derechos son fundamentales y sus formas de protección, de acuerdo con la teoría constitucional y un estudio dogmático.

2. Derechos fundamentales

Los derechos fundamentales han tenido diversas concepciones en la teoría constitucional moderna. Sin embargo, la más acogida por la tradición académica ha sido la de Robert Alexy que, estudiada desde la *Teoría de los derechos fundamentales* para efectos del presente documento, sentó las bases del concepto de derecho fundamental.

Para Alexy, en primera medida debe establecerse una distinción sobre el derecho fundamental *per se* y la norma de derecho fundamental. Estos dos conceptos deben guardar relación directa. El análisis del autor implica el entendimiento de la norma de derecho fundamental desde un punto de vista formal, esto es, hacer su examen desde la forma de positivización de la norma de derecho fundamental; en otras palabras, significa reflexionar sobre la norma de derecho fundamental en tanto norma escrita: “[...] todos los enunciados del capítulo de la Ley Fundamental titulado ‘Derechos fundamentales’ son disposiciones de derechos fundamentales, independientemente del contenido y la estructura de aquello que sea estatuido

¹ Organización de Naciones Unidas [ONU], “Resumen de la mesa redonda del Consejo de Derechos Humanos sobre la promoción y la protección de la libertad de expresión en Internet”, http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-30_sp.pdf (acceso junio 12, 2017).

por ellos”². El caso colombiano acoge dicho criterio, con algunas variaciones de acuerdo con el desarrollo normativo y jurisprudencial.

En cuanto a la comprensión de los derechos fundamentales debe existir un análisis lógico de las normas, pues para Alexy la norma de derecho fundamental implica un concepto más amplio que el del derecho fundamental propiamente dicho. Ello en razón de que “toda aseveración acerca de la existencia de un derecho fundamental presupone la vigencia de la correspondiente norma de derecho fundamental”.³ Entonces, la relación entre norma de derecho fundamental y derecho fundamental resulta muy estrecha.

Estos conceptos fueron acogidos por Colombia en la Constitución de 1991 con un desarrollo interesante. El caso colombiano no fue ajeno a la teoría de Alexy, la cual es retomada por el constituyente, al introducir al articulado constitucional un catálogo de “normas de derecho fundamental”, en palabras de Alexy.

El constituyente introdujo en el Capítulo I del Título II de la Constitución Política ese catálogo, que podría interpretarse como una lista cerrada de derechos fundamentales; no obstante, “fue una enunciación susceptible de ser ampliada a otros derechos que, a pesar de no ser tenidos bajo el título de fundamentales, pueden serlo por una interpretación que se haga de ella”.⁴

La vasta jurisprudencia de la Corte Constitucional ha determinado seis criterios bajo los cuales deben interpretarse los derechos fundamentales, es decir, seis tipos de derechos fundamentales distintos. En este trabajo revisaremos cada uno de ellos, para entender el contexto del acceso a Internet como derecho fundamental.

Estos tipos de derechos fundamentales han sido desarrollados con mayor énfasis en las Sentencias T-002 de 1992 y T-406 de 1992, así como también en la doctrina constitucional y se clasifican en: i) derechos de aplicación inmediata; ii) derechos subjetivos susceptibles de ser amparados directamente por el juez, contenidos en el Capítulo I del Título II de la Carta; iii) derechos fundamentales de expreso mandato

² Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), 65.

³ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 48.

⁴ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-406 de 5 de junio de 1992*, M. P. Ciro Angarita Barón.

constitucional; iv) derechos que integran el bloque de constitucionalidad (*strictu sensu*); v) derechos innominados, y vi) derechos fundamentales por conexidad.⁵

2.1. Derechos de aplicación inmediata

Son aquellos contenidos en el Artículo 85 de la Constitución. Reciben ese nombre porque al estar contenidos en el Artículo 85 no requieren un desarrollo legal por el Congreso o una reglamentación especial contenida en otro tipo de norma jurídica, sino que la mera enunciación en la Carta hace de ellos derechos que pueden valerse por sí mismos.

El catálogo está conformado por: i) derecho a la vida; ii) a la integridad personal; iii) a la igualdad; iv) al reconocimiento de la personalidad jurídica; v) a la intimidad y al *habeas data*; vi) al libre desarrollo de la personalidad; vii) a la libertad personal en todas sus formas; viii) a la libertad de conciencia; ix) a la libertad de cultos; x) a la libertad de expresión y de información; xi) a la honra y al buen nombre; xii) a los derechos de petición; xiii) a la libre circulación por el territorio nacional; xiv) a la libertad de escoger profesión y oficio y de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra; xv) al *habeas corpus*; xvi) al debido proceso; xvii) a no ser sometido a las sanciones de destierro, prisión perpetua o confiscación; xviii) a las libertades de reunión y manifestación, y xix) a los derechos políticos.⁶

Los derechos de aplicación inmediata se reducen a la interpretación textual de la Carta.

2.2. Derechos subjetivos susceptibles de ser amparados directamente por el juez

Son aquellos que por estar contenidos en el Capítulo I del Título II de la Constitución Política pueden ser calificados como derechos fundamentales, pero su forma hace que sea judicialmente difícil su exigencia, lo que los convierte en una excepción a la regla general.

En suma, son derechos fundamentales por naturaleza, pero su aplicación inmediata no es posible; luego, garantizarlos requiere mayor deliberación, puesto que son

⁵ Catalina Botero Marino, *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano* (Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006), 24.

⁶ Botero Marino, *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, 25.

derechos complejos en razón de su exigencia. Lo anterior, en tanto están dotados de elementos subjetivos. Esta interpretación debe hacerse siempre y cuando el legislador no haya propuesto un desarrollo legal sobre el derecho que se discuta.

Su ejemplo más claro es el derecho a la paz, contenido en el Artículo 22 de la Constitución Política. La paz como derecho se encuentra en el Capítulo I del Título II, lo que le daría la categoría de fundamental. La paz, sin embargo, no podría entrar en la categoría de derechos fundamentales, “pues de una parte el bien jurídico que protege no es susceptible de ser individualizado, y de otro lado, no comporta derechos o deberes concretos cuyo contenido admita una aplicación judicial inmediata”.⁷

La Corte Constitucional ha sostenido esta tesis en las Sentencias C-339 de 1998, T-008 de 1992 y T-028 de 1994.

2.3. Derechos fundamentales por expreso mandato constitucional

Son todos aquellos derechos que surgen del reconocimiento expreso de la Constitución Política. Ello se traduce en los derechos reconocidos como fundamentales de manera clara y precisa en el articulado constitucional:

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y el amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión [...].⁸

Vemos que el Artículo 44 instituye los derechos fundamentales de los niños. La Corte Constitucional ha sido enfática en que “en ningún otro artículo se encuentra tal referencia tan precisa y por lo mismo no ofrece dificultad en su interpretación”,⁹ por lo que este criterio supone una interpretación textual de la norma.

2.4. Derechos que integran el bloque de constitucionalidad

Son aquellos derechos que, si bien no aparecen dentro del articulado de la Carta, gozan del mismo rango constitucional.

⁷ Botero Marino, *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, 17.

⁸ República de Colombia, *Constitución Política* (Bogotá: Legis, 1991), art. 44.

⁹ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-002 de 8 de mayo de 1992*, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Las Sentencias T-409 de 1992 y C-574 de 1992 fueron el punto de gestación del bloque de constitucionalidad, porque en ellas se expresa que existen normas de derecho internacional que deben tener prevalencia sobre el ordenamiento jurídico interno.¹⁰ La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha planteado el concepto del bloque de constitucionalidad con elementos como “bloque en sentido estricto” o “bloque en sentido amplio” que, si bien tienen un importante efecto sobre la interpretación que se hace de las normas constitucionales, no son objeto de estudio del presente documento.

En todo caso, la Carta prevé algunas normas encaminadas al desarrollo del bloque de constitucionalidad, entre ellas: i) el Artículo 53, sobre convenios internacionales de trabajo; ii) el Artículo 93, sobre tratados internacionales de derechos humanos; iii) el Artículo 94, que “incorpora la cláusula de los derechos innominados”;¹¹ iv) el Artículo 214, sobre estados de excepción y las normas de derecho internacional humanitario; v) el Artículo 9, sobre el reconocimiento de los principios de derecho internacional, y vi) el Artículo 102, sobre los tratados aprobados por el Congreso y ratificados por el presidente de la República.

2.5. Derechos fundamentales innominados

Estos derechos no se encuentran textualmente mencionados en la Constitución Política, sino que ha correspondido a la Corte Constitucional hacer una interpretación de las normas para identificarlos; por ejemplo, en la Sentencia T-881 de 2002 hace una mención especial a la dignidad humana.

La Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que “se trata de derechos que también gozan de protección a nivel del derecho internacional de los derechos humanos”¹² y ha identificado como derechos innominados: la dignidad humana, el mínimo vital, la seguridad personal frente a riesgos extraordinarios y la estabilidad laboral reforzada.

Los derechos fundamentales innominados han tenido desarrollo legal respecto a su prevalencia en el Decreto 2591 de 1991:

¹⁰ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-409 de 8 de junio de 1992*, M. P. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz; *Sentencia C-574 de 28 de octubre de 1992*, M. P. Ciro Angarita Barón.

¹¹ Botero Marino, *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, 19.

¹² Botero Marino, *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, 19.

[...] la acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales. Cuando una decisión de tutela se refiera a un derecho no señalado expresamente por la Constitución como fundamental, pero cuya naturaleza permita su tutela para casos concretos, la Corte Constitucional le dará prelación en la revisión a esta decisión.¹³

2.6. Derechos fundamentales por conexidad

Se entiende por estos todos aquellos derechos que por su naturaleza no ostentan la calidad de derechos fundamentales, pero “les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueron protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos”.¹⁴ El caso más común y documentado de derechos fundamentales por conexidad es la salud, pues este adquiere la calidad de derecho fundamental siempre que se ponga en riesgo el derecho a la vida.

El constituyente previó un mecanismo de protección de derechos específico para los derechos fundamentales, así como también para los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos colectivos, estos dos últimos por fuera del ámbito de protección de la acción de tutela. No obstante, “en algunos casos excepcionales resulta procedente la protección, por vía de tutela, de los derechos mencionados, cuando su amenaza o vulneración implica la amenaza o vulneración de un derecho fundamental, debido la estrecha y directa relación que existe entre ellos”.¹⁵

3. Primeros acercamientos en Colombia: iniciativas legislativas

En la búsqueda de otorgar el estatus de derecho fundamental al acceso a Internet, el Congreso colombiano ha hecho algunos esfuerzos: en 2014 se presentó ante el Senado el proyecto de Acto legislativo 08, para modificar el Artículo 20 de la Constitución Política e instituir el acceso a Internet por banda ancha como un derecho fundamental. En síntesis, el Acto legislativo consideró incorporar la expresión

¹³ Colombia, Presidencia de la República, *Decreto 2591 de 1991*, “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política” (Bogotá: *Diario Oficial* No. 40.165, 19 de noviembre de 1991), art. 2.

¹⁴ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-571 de 26 de octubre de 1992*, M. P. Jaime Sanín Greiffenstein.

¹⁵ Botero Marino, *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, 32.

“disponer de acceso a banda ancha en internet” al Artículo 20 de la Constitución Política para modificarlo de la siguiente manera:

Artículo 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, disponer de acceso a banda ancha en internet y fundar medios masivos de comunicación [...].¹⁶

El Acto legislativo no obtuvo la votación esperada por los ponentes y, por consiguiente, fue archivado por la Comisión Primera del Senado de la República.

Lo anterior podría considerarse el primer intento formal por consolidar el acceso a Internet como derecho fundamental. Sin embargo, de acuerdo con Sánchez Acevedo,¹⁷ la gestación surgió con la Ley de transparencia y acceso a la información pública.¹⁸

La Corte tiene una extensa línea jurisprudencial sobre la materia. Una de las sentencias más actuales y enfáticas en que la libertad de expresión se extiende hasta las redes sociales es la T-550 de 2012, aunque hay antecedentes importantes como la Sentencia C-488 de 1993, en la cual la Corte establece diferencias entre el derecho a informar, a la información y a la libertad de expresión, que deben guardar conexidad entre sí.

Por lo anterior, el debate del acceso a Internet como un derecho ha tenido su origen en los primeros años de la Corte Constitucional, no de manera directa, sino derivado del derecho a la libertad de expresión, pues el cambio tecnológico ha obligado a los tribunales constitucionales a cambiar su jurisprudencia.

¹⁶ Colombia, Congreso de la República, *Informe de ponencia para primer debate al proyecto de Acto legislativo 08 de 2014 Senado*, “Por el cual se modifica el artículo 20 de la Constitución Política, se establece el acceso a banda ancha en Internet como derecho fundamental y se dictan otras disposiciones”, http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=890&rp_numero=08&rp_consec=39932 (acceso agosto 3, 2017).

¹⁷ Marco Emilio Sánchez Acevedo, “El régimen de responsabilidad de la Administración Pública colombiana por la publicación de contenidos mediante el uso de las tecnologías de la información y comunicación” en *El derecho y las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)*, dir. Jairo Becerra, (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015), 15.

¹⁸ Colombia, Congreso de la República, *Ley 1712 de 2014*, “Por medio de la cual se crea la Ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional y se dictan otras disposiciones” (Bogotá: *Diario Oficial* No. 49.084, 6 de marzo de 2014).

Conforme a ello, el Proyecto de acto legislativo 08 de 2014 buscó reducir la brecha de desigualdad respecto a la información que se consume y se suministra, es decir, establecer un equilibrio entre la población privilegiada que goza de acceso a Internet frente a aquella que durante décadas ha sido ajena a este derecho. En efecto, una ciudadanía con un acceso amplio a la información y con una constante comunicación puede consolidar democracias más sólidas y críticas frente a los mismos ciudadanos y al poder público.

La ONU plantea que:

[...] el acceso a internet también es necesario para asegurar el respeto de otros derechos, como el derecho a la educación, la atención de la salud y el trabajo, el derecho a la reunión y asociación, y el derecho a elecciones libres.¹⁹

Así pues, el proyecto de Acto legislativo se encontraba soportado en ella. Este cambio significativo para el ordenamiento jurídico colombiano nos ubicaría en la vanguardia respecto a los derechos relacionados con la comunicación y las tecnologías de la información y la comunicación.

El acceso a Internet responde a los cambios sociales como una necesidad fundamental y, por ende, es fruto del reconocimiento social que debe cubrirse con esas necesidades, y del grado de legalidad y de legitimidad que ellas revisten, una vez admitidas en el sistema jurídico.²⁰ Conforme a ello, en Colombia se ha entendido que el acceso a Internet es una necesidad no fundamental, toda vez que por razones económicas e incluso geográficas existen lugares del territorio nacional a los que no han llegado con eficacia las tecnologías de la información y la comunicación.

Así las cosas, el acceso a Internet, asumido como necesidad fundamental y herramienta indispensable para la retribución de nuevos derechos —por ejemplo, al trabajo y a la educación—, es un elemento que se ubica en concordancia por lo dispuesto en los principios constitucionales de nuestro ordenamiento jurídico.

¹⁹ Organización de Naciones Unidas [ONU], “Informe del Relator especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, Frank La Rue”, <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9691.pdf?view=1> (acceso agosto 2, 2017).

²⁰ Jheison Torres Ávila, “La fundamentación de los derechos: el caso del derecho a la inclusión digital” en *El derecho y las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)*, dir. Jairo Becerra (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015), 170.

El principio democrático también responde al desarrollo de Internet, pues la ausencia de disponibilidad de TIC y el acceso a la red representan una talanquera clara para la existencia de la democracia material.²¹ Es bien documentado por los medios de comunicación que los principales debates de las democracias modernas se presentan en entornos digitales.

Ahora bien, los cambios sociales y la incorporación de nuevos derechos a los ordenamientos jurídicos atienden a la constitucionalización de los derechos, la cual se consolida mediante los jueces constitucionales, puesto que se trata de derechos reconocidos jurisprudencialmente, es decir, de creación pretoria o que han sido positivizados en textos normativos, incluso constitucionales.²² En Colombia, los jueces constitucionales no se han involucrado de manera directa y el único intento que ha habido en el Congreso de la República no obtuvo buenos resultados.

Entonces, es posible afirmar que la constitucionalización intenta generar un ámbito de aplicación diferenciado y protegido de los derechos, pero estos no han logrado desvincularse del regateo político.²³ Sumado a ello, existen factores económicos y fiscales que intervienen en la toma de decisiones sobre un cambio tan sustancial al ordenamiento jurídico. Sin embargo, conforme a los intereses políticos dentro de los cuerpos legislativos, podría entenderse que iniciativas como el proyecto de Acto legislativo 08 de 2014 no prosperen, pues los derechos, desde su fundamentación moderna por Locke, se comprenden como límites a los otros individuos y al poder del Estado.²⁴ Encontramos que el acceso a la red, por un lado, permite la concepción de derecho fundamental autónomo y, por otro, se consolida como una garantía frente a los abusos del Estado por su carácter democrático y participativo.

De lo anterior es razonable entender la estrecha relación entre política y derecho, pues ambos se requieren para su desarrollo recíproco. La Constitución es su punto de confluencia y por ello se yergue como una norma jurídico-política y no solo jurídica.²⁵ Ejemplos como el del Acto legislativo objeto de discusión suponen una

²¹ Torres Ávila, “La fundamentación de los derechos: el caso del derecho a la inclusión digital”, 170.

²² Haideer Miranda Bonilla, “El acceso a Internet como derecho fundamental”, *Revista jurídica IUS Doctrina*, núm. 15 (2016), 8, <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/download/27476/27648> (acceso septiembre 7, 2017).

²³ Torres Ávila, “La fundamentación de los derechos: el caso del derecho a la inclusión digital”, 169.

²⁴ Torres Ávila, “La fundamentación de los derechos: el caso del derecho a la inclusión digital”, 169.

²⁵ Roberto Niembro, “Una mirada al constitucionalismo popular”, *Isonomía*, núm. 38 (2013), http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182013000100007 (acceso septiembre 14, 2017).

deliberación amplia en la que se articulan elementos técnicos y jurídicos e intereses políticos.

Existe una barrera que hasta ahora parece insuperable. Por una parte, la jurisprudencia constitucional colombiana, contrario a la costarricense, no ha otorgado el estatus de derecho fundamental al derecho de acceso a Internet, pero sí ha dado la discusión en diversas sentencias. Como se mencionó, hay toda una línea jurisprudencial que versa sobre libertad de expresión y en sentencias recientes se han trabajado los límites y alcances de la libertad de expresión en entornos digitales.²⁶ Por otra parte, el Congreso de la República no se ha encargado de hacer un nuevo debate.

¿Existe entonces alguna salida razonable para que el acceso a Internet sea consolidado como un derecho fundamental? Los derechos son el resultado de luchas históricas y de presiones sociales, pero además son demandas de la sociedad, lo que en últimas implica que son fruto de reivindicaciones de sectores sociales que se sienten excluidos de dichos procesos y ven cómo se afectan sus intereses tanto individuales como sociales.²⁷ El derecho al acceso a Internet no es ajeno a ello, puesto que tanto este derecho como todos los relacionados con las TIC funcionan como vehículos de una sociedad que sufre profundas transformaciones en sus procesos de comunicación, producción de conocimiento e interacción con sus instituciones.²⁸ En síntesis, el clamor de la sociedad es el llamado a hacer las demandas y las presiones efectivas correspondientes para que la población y en especial los sectores históricamente excluidos y ubicados en las periferias de los centros de poder puedan tener un goce efectivo de sus derechos.

4. Estudio de caso: Costa Rica

Para el estudio propuesto tomaremos como referente la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en particular el caso Carlos Esquivel contra el Instituto Costarricense de Electricidad y la Superintendencia de Telecomunicaciones, del año 2014.²⁹

²⁶ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-040 de 28 de enero de 2013*, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; *Sentencia T-550 de 13 de julio de 2012*. M. P. Nilson Pinilla.

²⁷ Torres Ávila, “La fundamentación de los derechos: el caso del derecho a la inclusión digital”, 167.

²⁸ Torres Ávila, “La fundamentación de los derechos: el caso del derecho a la inclusión digital”, 167.

²⁹ Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, *Sentencia 13-007483-0007-CO de 17 de enero de 2014*, Sala Constitucional.

La Sentencia resulta de la interposición de una acción de amparo contra el Instituto Costarricense de Electricidad y la Superintendencia de Telecomunicaciones, en razón de que la población donde reside el accionante, esto es, Santa Ana de Nicoya, no cuenta con los servicios de Internet y telefonía celular, con lo que se violan los derechos a disponer de comunicación y a la libre expresión.

El Instituto Costarricense de Electricidad, por su parte, argumentó que “en Santa Ana de Nicoya no existe ni ha existido cobertura móvil, pues no es posible brindar el servicio con los recursos existentes actualmente, dado que la zona está muy lejos y aislada por colinas”.³⁰ Asimismo, sostuvo que no era financieramente sostenible y que era la Superintendencia de Telecomunicaciones la que debía velar por los servicios de telefonía celular en la región.

La Corte falló en favor del accionante y ordenó a las entidades demandadas ejecutar las acciones que estuvieran dentro de sus competencias para que se valorara la posibilidad de instalar la infraestructura necesaria para brindar los servicios de Internet y telefonía celular en la comunidad de Santa Ana de Nicoya.

En Colombia, dadas las circunstancias geográficas, los servicios de comunicación no llegan con eficacia en las periferias del territorio nacional por las mismas razones expuestas en la Sentencia objeto de estudio. El asunto reviste complejidad, puesto que se presentan colisiones de derechos. Por una parte, existe la libertad de empresa y la iniciativa privada, por la que los proveedores de servicios de comunicación decidan que resulta favorable para ellos y, por otra parte, la obligación del Estado de garantizar la libertad de expresar sus opiniones y de informar y recibir información, en los términos del Artículo 20 de la Constitución Política.

Para Miranda Bonilla,³¹ el acceso a Internet consta de una serie de principios orientadores, entre los que se destacan: i) acceso; ii) pluralismo; iii) no discriminación, y iv) privacidad. Un análisis del caso permite concluir que la Sala Constitucional se acoge a dichos principios y marca así un hito en materia de comunicaciones en la región.

Si bien la Sentencia no expresa que el acceso a la red es un derecho fundamental, en su parte resolutive determina los elementos para concluir tal afirmación. Así,

³⁰ Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, *Sentencia 13-007483-0007-CO de 17 de enero de 2014*.

³¹ Miranda Bonilla, “El acceso a Internet como derecho fundamental”, 21.

la Sala Constitucional establece como prioridades el acceso universal, servicio universal y solidaridad en los siguientes términos:

Que todos los usuarios finales puedan obtener una conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija. La conexión debe ofrecer al usuario final la posibilidad de efectuar y recibir llamadas telefónicas y permitir comunicaciones de fax y datos a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a Internet [...]. Que todos los usuarios finales puedan contar con acceso a Internet de banda ancha, posibilitando, a mediano plazo, el uso de tecnologías inalámbricas en las comunidades donde los costos para la instalación y el mantenimiento de la infraestructura es elevado.³²

Para la Sala Constitucional es relevante proteger el derecho sin interferir en los réditos económicos que obtengan los prestadores del servicio privados, puesto que la obligación es impuesta a la Superintendencia de Telecomunicaciones, esto es, al Estado.

Ahora bien, el carácter universal otorgado por la Sala Constitucional está ligado al concepto de los derechos fundamentales sostenido por Ferrajoli, porque al ser revestidos de universalidad, se considera que son fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar.³³ Soportada en los conceptos de Ferrajoli, la Sala es consecuente al incluir en la Sentencia los costos elevados de la infraestructura, toda vez que los derechos fundamentales, a diferencia de los demás derechos, vienen a configurarse como otros tantos vínculos sustanciales normativamente impuestos —en garantía de intereses y necesidades de todos estipulados como vitales, por eso “fundamentales” (la vida, la libertad, la subsistencia)— tanto a las decisiones de la mayoría como al libre mercado.³⁴

Los anteriores puntos que relacionan la tesis de Ferrajoli con la decisión de la Sala Constitucional son el eje del análisis, en razón de que el carácter universal que otorga el Alto Tribunal al derecho de acceso a Internet permite inferir que, como fundamento de dicha decisión, se tiene el principio de igualdad; se comprende que somos iguales ante la ley en la medida en que somos titulares de las mismas

³² Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, *Sentencia 13-007483-0007-CO de 17 de enero de 2014*.

³³ Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid: Trotta, 2001), 19.

³⁴ Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 32.

situaciones que esta dispone de forma universal, sean libertades o poderes, obligaciones o prohibiciones³⁵. De esta forma, el acceso a Internet se consolida como un derecho fundamental para la Sala Constitucional de Costa Rica, no de manera expresa, pero sí con los elementos que le otorgan el carácter universal, pues los derechos —en especial, los fundamentales— se ven más allá de su aspecto defensivo, para configurarlos como necesarios instrumentos del desarrollo social.³⁶ En el análisis expuesto por la Sala se otorga un alcance mayor a los derechos de libertad de expresión y de informar y recibir información.

Por último, el derecho al acceso a Internet como derecho fundamental confiere una obligación exigible al Estado, pero también consolida un límite al poder del Estado, al tener como fundamento el principio democrático por su connotación pluralista y participativa.

5. ¿El acceso a Internet es un derecho que el Estado debe garantizar?

Una vez expuestos los conceptos y elementos requeridos para identificar un derecho fundamental, entender el contexto histórico y político de los primeros intentos de consolidar el acceso a Internet como derecho fundamental y tomar como referente la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica, se hace necesario responder el problema jurídico que da lugar al presente trabajo.

En primera medida, se da por sentado que los esfuerzos políticos por considerar el acceso a la red como derecho fundamental han sido limitados y vemos que la única vía posible, dadas las circunstancias, recae sobre los jueces constitucionales. En efecto, el Artículo 241 de la Constitución les otorga a los jueces constitucionales, en particular a la Corte Constitucional, la guarda de la integridad de la Constitución.

En términos de Henao Pérez, las cortes también poseen legitimidad, otorgada por la Constitución. Esto implica que, en cumplimiento de sus funciones, la obligación del juez es garantizar el goce pleno de derechos.³⁷ Este argumento resultaría criticable desde un punto de vista dogmático de la escuela estrictamente positivista, la cual considera que los derechos fundamentales son aquellos contenidos en una norma

³⁵ Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 26.

³⁶ Torres Ávila, “La fundamentación de los derechos: el caso del derecho a la inclusión digital”, 185.

³⁷ Juan Carlos Henao Pérez, “El juez constitucional: un actor de las políticas públicas”, *Revista de Economía Institucional* 15, núm. 29 (2013): 76.

constitucional. No obstante, la Corte Constitucional ha zanjado esta discusión con la aparición de los derechos fundamentales por conexidad.³⁸ El caso más notable de estos últimos es el del derecho a la salud, pues en diversas sentencias se expuso la tesis de considerarse un derecho fundamental por conexidad en razón de su relación con el derecho a la vida. Hoy en día, el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo.

Ahora bien, para responder al cuestionamiento se debe abordar el fundamento del derecho al acceso a Internet. Para Ferrajoli, existen cuatro criterios axiológicos para la fundamentación de un derecho fundamental: i) el nexo entre derechos fundamentales e igualdad; ii) el nexo entre derechos fundamentales y democracia; iii) el nexo entre derechos fundamentales y paz, y iv) el papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil. La fundamentación del derecho al acceso a Internet será acogida desde el segundo principio, el cual tiene una notable conexión con el primero.

El nexo entre derechos fundamentales y democracia es útil como base de los primeros, en razón de que la existencia misma de la democracia —política y civil— no quedaría garantizada sin los límites que le imponen los derechos fundamentales y su destino sería resultar subvertida por la ilimitada potestad del pueblo de suprimir los propios derechos políticos y civiles.³⁹ De la misma forma, la Constitución impone límites sustanciales al poder político, mediante la creación de un Gobierno representativo que estará restringido en su poder: casi una prefiguración de la “democracia constitucional”.⁴⁰ Este argumento involucra el eje del fundamento del acceso a Internet como derecho fundamental respecto a su relación con la democracia.

La tesis anterior se yuxtapone a la sostenida por algunos filósofos liberales como Locke o John Stuart Mill. Para Mill, la libertad y en especial la libertad de expresión dotan a las democracias de beneficios para toda la sociedad, pues aun cuando una opinión reducida al silencio fuera un error, puede contener una porción de verdad, lo que sucede en la mayoría de las veces.⁴¹ No obstante, en cuanto a la verdad no hay otra oportunidad de conocerla por completo más que por medio de la colisión

³⁸ Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-571 de 26 de octubre de 1992*.

³⁹ Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 68.

⁴⁰ Michelangelo Bovero, “Democracia y derechos fundamentales”, *Isonomía*, núm. 16 (2002): 31.

⁴¹ John Stuart Mill, *Sobre la libertad* (Madrid: Aguilar, 1859), 66.

de opiniones adversas,⁴² lo que en últimas implica una estrecha relación con la sustentación del derecho fundamental en estudio, debido al flujo de información y de opiniones que involucra.

No sobra decir que la libertad está coligada al derecho al acceso a la red, toda vez que contar con las redes informáticas y con la energía eléctrica y los equipos necesarios para desarrollar las actividades propias del ambiente digital se acompaña de la elección de qué páginas se visitan, qué expresiones se emiten y qué servicios se escogen, para desarrollarse como ciudadano digital.⁴³

Es razonable establecer un nexo entre la libertad y el derecho fundamental al acceso a Internet, asumido este último como una conquista histórica de los denominados “nuevos derechos”, esto es, los fenómenos evolutivos que contradicen la idea de que los derechos humanos son un complejo normativo cumplido, estático y universal.⁴⁴ Así las cosas, la relación del acceso a Internet con diversos principios y derechos vigentes en el ordenamiento jurídico es insoslayable.

En síntesis, el acceso a Internet supone un derecho que debe ser garantizado por el Estado desde tres puntos de vista. El primero, desde su relación con otros derechos como a la educación y al trabajo, puesto que permite su desarrollo recíproco; el segundo, desde un punto de vista democrático, en razón de los límites que puede establecer al Estado y de la participación en los debates públicos de sectores históricamente excluidos debido a factores geográficos y económicos; el tercero implica una visión más amplia de la libertad de expresión y del desarrollo del Artículo 20 de la Constitución, lo que conllevaría a una democracia más sólida, en la que los diversos sectores de la sociedad puedan exponer ideas mediante los entornos digitales.

Conclusiones

El acceso a Internet supone una deliberación mucho más sesgada que otro tipo de derechos, a causa del poder que puede tener frente al Estado y a los actores políticos, sobre todo a los cuerpos legislativos.

⁴² Mill, *Sobre la libertad*, 66.

⁴³ Torres Ávila, “La fundamentación de los derechos: el caso del derecho a la inclusión digital”, 182.

⁴⁴ Miranda Bonilla, “El acceso a Internet como derecho fundamental”, 8.

La vía democrática para consolidar nuestro derecho en discusión como derecho fundamental no es, al menos en el corto plazo, una vía razonable. Queda entonces un nuevo desafío en manos de los jueces constitucionales, quienes durante los últimos años han permitido el acceso de nuevos derechos al ordenamiento. El acceso a Internet, esperamos, sea un pilar en las discusiones del constitucionalismo moderno.

Sobre el concepto de universalidad otorgado a los derechos fundamentales por parte de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, se puede concluir que los contextos en relación son notablemente similares por razones poblacionales y geográficas, así como por la línea progresista de las decisiones tanto del Tribunal Constitucional de Costa Rica como de la Corte Constitucional de Colombia. En cuanto al análisis propuesto por la Sala Constitucional resulta relevante el acogimiento que hacen frente a los principios orientadores de los que consta el derecho al acceso a internet; y, en este mismo sentido, resulta notable la relación de las bases teóricas de Ferrajoli frente a la decisión.

En suma, el carácter de universalidad expuesto por la Corte supone una nueva concepción en cuanto a las dinámicas sociales y tecnológicas. Por ello, Costa Rica se posiciona como el país que marca la pauta en la región sobre libertad de expresión. En Colombia, esta vía no está del todo abierta, por lo que se esperan esfuerzos; consolidar el acceso a Internet como un nuevo derecho supone una defensa férrea sobre la libertad de expresión como elemento esencial para el funcionamiento de la democracia y para sentar las bases sobre las cuales el Estado debe garantizarlo, pues él mismo será el beneficiario de lo derivado de ese derecho. De igual manera, se busca dar visibilidad a una población que, a lo largo de la historia reciente, no ha tenido participación en los debates públicos. Por ello, el acceso a la red es un elemento de robustecimiento de la participación y del debate de ideas, así como la puerta de entrada para nuevos derechos que traen los cambios tecnológicos.

Referencias

- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Botero Marino, Catalina. *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006.
- Bovero, Michelangelo. “Democracia y derechos fundamentales”. *Isonomía*, núm. 16 (2002): 21-38.
- Colombia, Congreso de la República. *Ley 1712 de 2014*, “Por medio de la cual se crea la Ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional y se dictan otras disposiciones”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 49.084, 6 de marzo de 2014.
- Colombia, Congreso de la República. *Informe de ponencia para primer debate al proyecto de Acto legislativo 08 de 2014 Senado*, “Por el cual se modifica el artículo 20 de la Constitución Política, se establece el acceso a banda ancha en Internet como derecho fundamental y se dictan otras disposiciones”. http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=890&p_numero=08&p_consec=39932 (acceso agosto 3, 2017).
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-571 de 26 de octubre de 1992*. M. P. Jaime Sanín Greiffenstein.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia C-574 de 28 de octubre de 1992*. M. P. Ciro Angarita Barón.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-002 de 8 de mayo de 1992*. M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-406 de 5 de junio de 1992*. M. P. Ciro Angarita Barón.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-409 de 8 de junio de 1992*. M. P. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-550 de 13 de julio de 2012*. M. P. Nilson Pinilla.
- Colombia, Corte Constitucional. *Sentencia T-040 de 28 de enero de 2013*. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Colombia, Presidencia de la República. *Decreto 2591 de 1991*, “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”. Bogotá: *Diario Oficial* No. 40.165, 19 de noviembre de 1991.
- Costa Rica, Corte Suprema de Justicia. *Sentencia 13-007483-0007-CO de 17 de enero de 2014*. Sala Constitucional.
- Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.
- Henoa Pérez, Juan Carlos. “El juez constitucional: un actor de las políticas públicas”. *Revista de Economía Institucional* 15, núm. 29 (2013): 67-102.

- Mill, John Stuart. *Sobre la libertad*. Madrid: Aguilar, 1859.
- Miranda Bonilla, Haideer. “El acceso a Internet como derecho fundamental”. *Revista jurídica IUS Doctrina*, núm. 15 (2016). <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/download/27476/27648> (acceso septiembre 7, 2017).
- Niembro, Roberto. “Una mirada al constitucionalismo popular”. *Isonomía*, núm. 38 (2013). http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182013000100007 (acceso septiembre 14, 2017).
- Organización de Naciones Unidas [ONU]. “Informe del Relator especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, Frank La Rue”. <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9691.pdf?view=1> (acceso junio 12, 2017).
- Organización de Naciones Unidas [ONU]. “Resumen de la mesa redonda del Consejo de Derechos Humanos sobre la promoción y la protección de la libertad de expresión en Internet”. http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-30_sp.pdf (acceso junio 12, 2017).
- República de Colombia, *Constitución Política*. Bogotá: Legis, 1991.
- Sánchez Acevedo, Marco Emilio. “El régimen de responsabilidad de la Administración Pública colombiana por la publicación de contenidos mediante el uso de las tecnologías de la información y comunicación” en *El derecho y las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)*, dirigido por Jairo Becerra, 15-38. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015.
- Torres Ávila, Jheison. “La fundamentación de los derechos: el caso del derecho a la inclusión digital” en *El derecho y las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)*, dirigido por Jairo Becerra, 10-37. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015.