

Demanda de inconstitucionalidad en contra del numeral primero del artículo 56 (parcial) de la Ley 1450 de 2011.

El Veinte <direccionelveinte@gmail.com>

Jue 11/11/2021 14:33

Para: Secretaria3 Corte Constitucional <secretaria3@corteconstitucional.gov.co>

Señores

CORTE CONSTITUCIONAL

E. S. D.

Ref.: Demanda de inconstitucionalidad en contra del numeral primero del artículo 56 (parcial) de la Ley 1450 de 2011.

ANA BEJARANO RICAURTE mayor de edad, identificada como aparece al pie de mi firma, EMMANUEL VARGAS PENAGOS mayor de edad, identificado como aparece al pie de mi firma, y VANESSA LÓPEZ OCHOA mayor de edad, identificada como aparece al pie de mi firma, en calidad de ciudadanos, haciendo uso del derecho consagrado en el numeral 4o del artículo 241 de la Constitución Política de Colombia, nos permitimos remitir por este medio **ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD** contra del numeral primero del artículo 56 (parcial) de la Ley 1450 de 2011.

Cordial saludo,

--

Dirección - El Veinte



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Señores
CORTE CONSTITUCIONAL

E. S. D.

Ref.: Demanda de inconstitucionalidad en contra del numeral primero del artículo 56 (parcial) de la Ley 1450 de 2011.

ANA BEJARANO RICAURTE mayor de edad, identificada como aparece al pie de mi firma, EMMANUEL VARGAS PENAGOS mayor de edad, identificado como aparece al pie de mi firma, y VANESSA LÓPEZ OCHOA mayor de edad, identificada como aparece al pie de mi firma, en calidad de ciudadanos, haciendo uso del derecho consagrado en el numeral 4º del artículo 241 de la Constitución Política de Colombia, nos dirigimos a ustedes, de manera respetuosa, con el fin de DEMANDAR LA CONSTITUCIONALIDAD del numeral primero del artículo 56 (parcial) de la Ley 1450 de 2011 por vulnerar los artículos 13, 15, 20, 75, 83 y 333 de la Constitución Política, al igual que los artículos 11 y 13 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y 17 y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con base en el siguiente

ÍNDICE

- I. Norma demandada
- II. Competencia
- III. Normas vulneradas
- IV. Concepto de las violaciones denunciadas
 - a. **PRIMER CARGO:** La norma demandada afecta la estructura de Internet y, por consiguiente, se constituye en una afectación a la libertad de expresión contraria al artículo 20 de la Constitución Política
 - b. **SEGUNDO CARGO:** Violación al artículo 333 de la Constitución Política, por cuanto la disposición demandada permite que se mantenga el statu quo de los servicios de mensajería instantánea en el mercado nacional
 - c. **TERCER CARGO:** El párrafo del artículo 56 de la Ley 1450 de 2011 viola los artículos 20 y 75 de la Constitución Política, por cuanto restringe el pluralismo
 - d. **CUARTO CARGO:** La disposición demandada vulnera los artículos 13 y 15 de la Constitución, pues pone en una situación de indefensión a las personas con menor capacidad económica, en la medida en que les quita la posibilidad de escoger qué servicios, aplicaciones o contenidos usar, de acuerdo con sus políticas de protección de datos personales.
 - e. **QUINTO CARGO:** La disposición demandada vulnera los artículos 13 y 15 de la Constitución, pues permite un perfilamiento y segmentación de usuarios
 - f. **SEXTO CARGO:** La norma demandada viola los artículos 15, 20 y 75 de la Constitución porque no establece ningún tipo de garantía para los usuarios cuando estos cambien sus decisiones personales en el marco del acceso a Internet ni otorga la posibilidad de elegir que fuentes de información quiero (Si no me dejan cambiar se afecta el pluralismo)



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

- g. **SÉPTIMO CARGO:** La disposición demandada viola el artículo 83 de la Constitución y su mandato de buena fe contractual.
 - h. **OCTAVO CARGO:** La norma demandada viola el artículo 333 de la Constitución y su mandato de libertad económica y derechos del consumidor.
 - i. **NOVENO CARGO:** La norma demandada viola el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
 - j. **DECIMO CARGO:** La norma demandada viola el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
 - k. **ONCEAVO CARGO:** La norma demandada viola el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
 - l. **DOCEAVO CARGO:** La norma demandada viola el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- V. **Petición**
 - VI. **Anexos**
 - VII. **Notificaciones**

I. NORMA DEMANDADA

“LEY 1450 DE 2011

(junio 16)

Diario Oficial No. 48.102 de 16 de junio de 2011

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

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

El Congreso de Colombia

Decreta:

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

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

II. COMPETENCIA

El artículo 241 de la Constitución establece la competencia de la Corte Constitucional, así:

“ARTÍCULO 241. A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

(...)

4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”.

Esta demanda versa sobre la inconstitucionalidad de una ley por vicios de contenido material. En ese sentido, en virtud del numeral 4º del artículo 241 de la Constitución, la Corte Constitucional es competente para resolver la presente demanda.

Teniendo en cuenta lo expuesto, consideramos que la norma citada en el primer capítulo de la presente demanda viola las siguientes:

III. NORMAS VULNERADAS

Como se podrá apreciar posteriormente, las disposiciones citadas previamente vulneran los artículos 13, 15, 20, 93 y 333 de la Constitución Política.

El artículo 13 de la Constitución Política establece:

“Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptara medidas en favor de grupos discriminados o marginados. 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”.

El artículo 15 de la Constitución Política dispone:

“Artículo 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en los bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptados o registrados mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. Con el fin de prevenir la comisión de actos terroristas, una ley estatutaria reglamentará la forma y condiciones en que las autoridades que ella señale, con fundamento en serios motivos, puedan interceptar o registrar la correspondencia y demás formas de comunicación privada, sin previa orden judicial, con aviso inmediato a la Procuraduría General de la Nación y control judicial posterior dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes. Al



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

iniciar cada período de sesiones el Gobierno rendirá informe al Congreso sobre el uso que se haya hecho de esta facultad. Los funcionarios que abusen de las medidas a que se refiere este artículo incurrirán en falta gravísima, sin perjuicio de las demás responsabilidades a que hubiere lugar. Para efectos tributarios judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley”.

El artículo 20 de la Constitución Política consagra:

“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, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura”.

Por otra parte, el artículo 75 de la Constitución Política se refiere a:

“Artículo 75. El espectro electromagnético es un bien público inajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado. Se garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a su uso en los términos que fije la ley. Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético”.

A su vez, el artículo 83 de la Carta señala:

“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

Finalmente, el artículo 333 de la Constitución señala que:

“Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”.

De igual manera, se encuentra una discordancia entre la norma demandada y los artículos 11 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 de la Constitución Política.

El artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

La literalidad del artículo 13, Convención Americana sobre Derechos Humanos:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o

por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

Además, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que:

“1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

Por su parte, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone lo siguiente:

“1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin

consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

IV. CONCEPTO DE LAS VIOLACIONES DENUNCIADAS

Descripción de la norma demandada:

El numeral 1 del artículo 56 de la Ley 1450 de 2011 establece que los usuarios de Internet tienen el derecho de utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio lícito a través de Internet. Adicionalmente, la norma establece una prohibición para los prestadores de servicios de Internet (PSI) de bloquear, interferir, discriminar, ni restringir ese derecho. Derivada de esta prohibición, existe una obligación de los PSI de que en la oferta a sus usuarios no se haga distinciones arbitrarias de contenidos, aplicaciones o servicios en razón de la fuente de origen o propiedad de estos. Esto se hará sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 1336 de 2009, “Por medio de la cual se adiciona y robustece la Ley 679 de 2001, de lucha contra la explotación, la pornografía y el turismo sexual con niños, niñas y adolescentes”.

No obstante lo dispuesto en el párrafo precedente, el aparte demandado establece un permiso para que los PSI hagan ofertas de acuerdo a las necesidades de los segmentos de mercado o de sus usuarios de acuerdo con perfiles de uso y consumo. El aparte demandado cierra diciendo que lo anterior “no se entenderá como discriminación”, pero no es correcto. El aparte demandado establece la posibilidad de realizar discriminaciones que atentan contra los artículos constitucionales citados en la anterior sección. Los cargos de esta demanda explicarán la forma en que se presentan tales vulneraciones que dan pie a una declaratoria de inconstitucionalidad por parte de la Corte Constitucional.

Como parte importante de esta descripción de la norma se debe entender que los PSI actúan como intermediarios en diferentes relaciones contractuales entre usuarios de Internet y proveedores de servicios, aplicaciones y contenido. Así, se recuerda que la Corte Constitucional ha indicado que “Los intermediarios en Internet son actores, en la mayoría de los casos privados, que de una u otra forma determinan y posibilitan las interacciones en línea. Existen distintos tipos de clasificaciones, pero en términos generales se dividen entre aquellos que suministran la conexión o un servicio técnico relacionado, y aquellos que alojan contenidos o prestan un servicio”. Así, la norma demanda tiene efecto en los PSI como intermediarios del primer tipo (conexión o servicio técnico relacionado) y con efectos de la relación entre usuarios e intermediarios del segundo tipo (alojan contenidos o prestan un servicio).

Esta norma, en su redacción y en la práctica, permite la implementación del *Zero Rating*, consistente en “contratos por los cuales ciertas redes sociales, plataformas o sistemas de mensajería acuerdan con empresas de telecomunicaciones que sus servicios no cuenten para el cómputo de los “datos” que consumen sus usuarios en sus servicios de telefonía

móvil. Ello permite que los usuarios con los planes de datos más económicos utilicen casi en exclusividad esos servicios que no exceden la cuota de datos que han contratado”¹.

En adición a esto, la norma permite la existencia de planes de datos en los que los usuarios solo acceden a una o más apps, pero no a la totalidad de lo que se puede acceder en Internet. También es posible la existencia de planes que tienen una cantidad baja de datos sin uso restringido, pero, al mismo tiempo, datos enfocados de forma ilimitada para pocas aplicaciones.

A continuación se transcriben unos ejemplos de los planes que la norma permite:

“Condiciones Generales de uso de los paquetes de Instagram, Waze, Snapchat y Youtube:

- La vigencia de los paquetes se comenzará a contar a partir del momento en el usuario reciba el mensaje de texto confirmando la compra y activación del paquete.
- Previo a la compra del paquete de APPs, el usuario, debe estar registrado y debe haber iniciado sesión en la APP seleccionada. Estas acciones no están incluidas en los paquetes y su realización se cobrará conforme a las tarifas de navegación del plan prepago. Si el plan del usuario no permite la navegación por demanda, deberá adquirir un paquete de datos para realizar estas acciones.
- Los paquetes de APPs Prepago no incluyen el consumo de datos involucrado en la descarga de las Apps ni las actualizaciones de las mismas. Estas acciones se cobrarán conforme a las tarifas de navegación por demanda del plan prepago. Si el plan del usuario no permite la navegación por demanda, deberá adquirir un paquete de datos para realizar estas acciones.
- No incluye redireccionamientos a links externos al APP.
- No incluye descargas dentro de las aplicaciones.
- Los paquetes cubren únicamente los consumos de datos efectuados en las aplicaciones oficiales y no en navegadores de internet o aplicaciones similares.
- No aplican los redireccionamientos a ninguna red social como Facebook, Twiter, Whatsapp, etc.”²

“Del 11 al 30 de noviembre de 2021 las redes sociales incluidas en los Prepago Todo En Uno y en los combos Todo En Uno son Ilimitadas. Este nuevo beneficio aplica para las redes sociales Chat de Whatsapp, Facebook, Twitter y Waze. Ten en cuenta la siguiente información: **CONDICIONES GENERALES DE USO DE FACEBOOK** El cliente podrá: Invitar y buscar amigos , escribir publicaciones de texto, con foto, con video, con enlace, visualización del muro personal o de cualquier otra persona o grupo, publicar mi “estado” personal o comentar el “estado” de cualquier otra persona o grupo, publicar o cargar fotos en mi muro utilizando las apps oficiales de Facebook® , publicar o cargar Videos en mi muro utilizando las apps oficiales de Facebook® , reproducir videos alojados en Facebook en mi muro o muro de otra persona o grupo, reproducir videos en la opción de Watch de Facebook, guardar publicación de cualquier persona o grupo en mi perfil, ver o Dar “me gusta” a alguna historia personal o de cualquier otra persona o grupo, responder Historias, comentar cualquier historia personal o de cualquier otra persona o grupo, compartir cualquier historia en el muro personal o de cualquier otra Plan Prepago Tarifa Segundo a Todo Operador Tarifa SMS a Todo Operador Tarifa MB TODO EN UNO Oferta no Ilimitada \$5.1 \$152 N/A TODO EN UNO Oferta vigente ILIMITADOS \$6.2 \$160 N/A SUPERCARGAS \$5.1 \$152 \$950 por 15MB Vig (Daiaria) 11:59pm SEGUNDOS \$5.1 \$152 \$950

¹ CIDH, Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales, OEA/Ser.D/XV.22, OEA/Ser.G CP/CAJP/INF.652/19,

² Claro Colombia. Paquete Waze 24 horas: términos y condiciones. Consultado el 11 de noviembre de 2021. Disponible en: <https://www.claro.com.co/personas/servicios/servicios-moviles/prepago/paquetes/942/>



EL VEINTE

JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

por 15MB Vig (Daiaria) 11:59pm TARIFAS POR DEMANDA persona o grupo. recibir notificaciones desde las aplicaciones oficiales de Facebook®, transmitir en Vivo - Facebook Live, escribe una descripción antes de iniciar la transmisión y visualizar el video creado por la transmisión en vivo. Para Facebook Messenger se podrá: Agregar historia, colocar apodo a los amigos, enviar audio, enviar Gif, enviar imagen, enviar videos, envío de texto por Messenger, iniciar nuevo chat, ver historias, ver videos La App Facebook Messenger es una aplicación independiente de App Facebook, con funcionalidad asociada. El uso por parte del cliente de funcionalidades distintas a las mencionadas sí consumirá datos del plan contratado. **CONDICIONES GENERALES DE USO DE WHATSAPP** Las siguientes funcionalidades de WhatsApp incluidas en el Paquete prepago con redes incluidas son las siguientes: Envío de textos (mensajear), envío de notas de voz, envío o compartir fotos, documentos y videos, envío de gif o sticker, poner un mensaje en destacados, enviar mensaje en difusión, descargar o guardar fotos y videos, envío o compartir contactos de la agenda, recibir notificaciones desde la aplicación oficial de WhatsApp®, crear un grupo, agregar o responder estados y configurar la privacidad de los estados, invitar a un amigo, cambiar el perfil de usuario No aplica para llamadas de voz IP ni para realizar video llamadas. El uso por parte del cliente de funcionalidades distintas a las mencionadas sí consumirá datos del plan contratado. **CONDICIONES GENERALES DE USO DE TWITTER** El cliente podrá: Visualizar el timeline personal o de terceros, publicar un tweet, comentar un tweet, dar favorito en un tweet, retwitter un tweet, citar tweet, enviar un mensaje directo, recibir notificaciones, publicar o cargar fotos en tu timeline, descargar fotos y reproducción de Videos alojados en la aplicación El uso por parte del cliente de funcionalidades distintas a las mencionadas sí consumirá datos del plan contratado. **CONDICIONES DE USO WAZE:** Las siguientes funcionalidades están incluidas en el paquete de Waze: Buscar direcciones y agregarlas como rutas de viaje, recalcular rutas y búsqueda de rutas alternas, notificación de voz giro a giro y reportar y visualizar incidencias en tiempo real. El uso por parte del cliente de funcionalidades distintas a las mencionadas sí consumirá datos del plan contratado.”³

“WHATSAPP, FACEBOOK FLEX Y WAZE ILIMITADOS.:

Todos nuestros planes cuentan con WhatsApp, Facebook Flex y Waze ilimitados una vez se terminen los recursos del plan. WhatsApp ilimitado en todas las redes te permite: (1) Envío de mensajes de texto, (2) Envío de mensajes de voz, (3) Envío y descarga de fotos y videos, (4) Enviar o compartir contactos de la agenda, (5) Recibir notificaciones desde la aplicación oficial de WhatsApp (6) El servicio de llamadas y video llamadas a través de la aplicación. 7) Subir Historias; y 8) Revisión y actualización de estados. No aplica a la navegación o enrutamiento a contenidos alojados en fuentes externas a la aplicación o que para su acceso sea necesario, salir de la aplicación. Waze, para la movilidad y Facebook en su versión Flex.

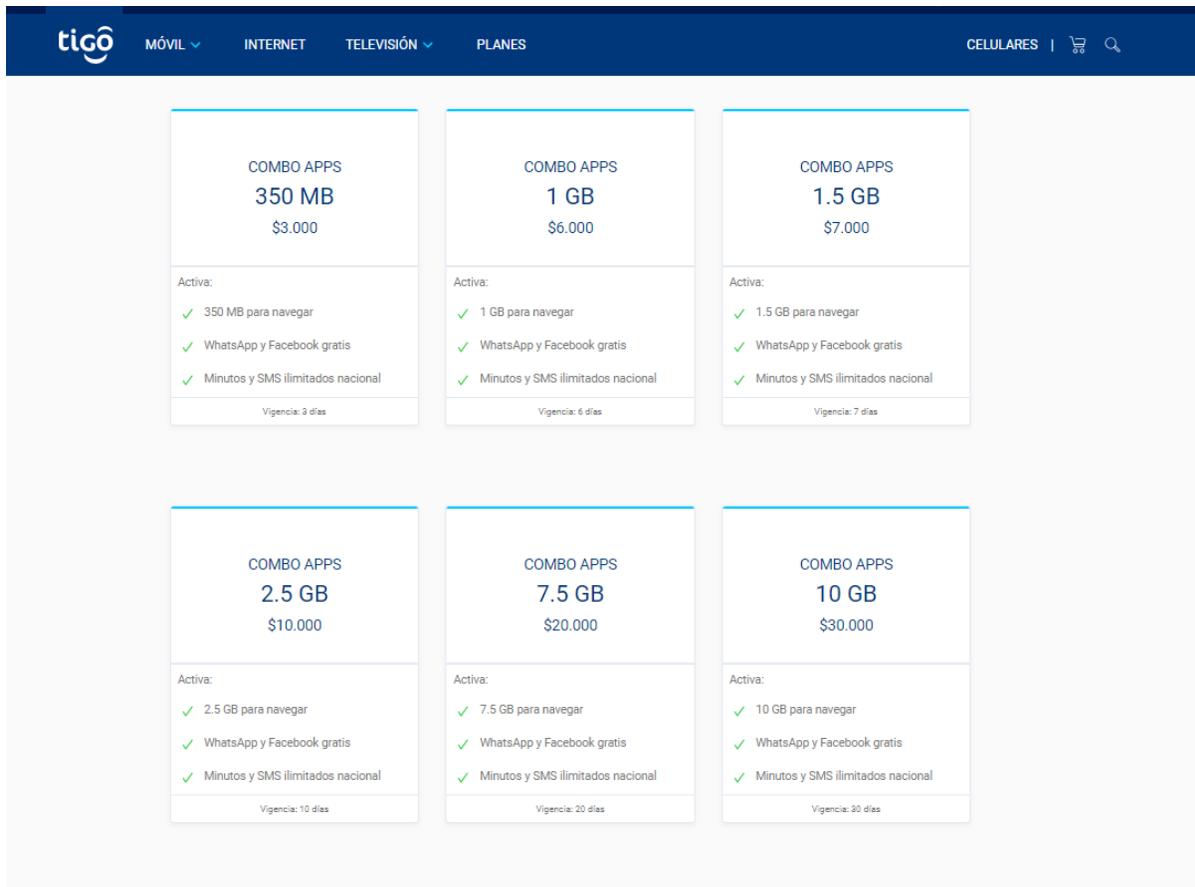
Facebook Flex:

Esta es la versión de Facebook que te permitirá ver los estados de tus amigos, comentarlos y ver las actualizaciones de su red social dentro de la aplicación, no podrás ver las fotos, videos o contenido externo a la aplicación, tampoco chatear o realizar llamadas o video llamadas. Para ingresar a Facebook Flex debes tener la aplicación instalada en tu celular y una vez acabados los recursos de tu plan, al navegar en Facebook la aplicación te consultará

³ Movistar. Oferta Paquetes Prepago desde Pagina web. Consultado el 11 de noviembre de 2021. Disponible en:

https://www.movistar.co/documents/117302439/406653544/T&C+Venta+de+paquetes+prepago+desde+pagina+web+Agosto+2020.pdf/1fa50b91-d78f-22c2-377d-12bb54a0f7e7?_ga=2.31126463.109166180.1636628401-2072453341.1636628401

si deseas activar la versión “Usar Facebook Gratis”, aceptas y tendrás acceso a Facebook Flex.”⁴



Plan	Datos	Precio	Vigencia
COMBO APPS	350 MB	\$3.000	3 días
COMBO APPS	1 GB	\$6.000	6 días
COMBO APPS	1.5 GB	\$7.000	7 días
COMBO APPS	2.5 GB	\$10.000	10 días
COMBO APPS	7.5 GB	\$20.000	20 días
COMBO APPS	10 GB	\$30.000	30 días

De esta forma, la norma permite, tanto en su redacción como en la práctica, que los PSI brinden planes que significan un acceso parcial a los contenidos de Internet.

Tal y como se explicará en los cargos de esta demanda, el aparte demandado vulnera diversas disposiciones constitucionales y de tratados internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad.

De la vulneración a la Constitución Política y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional

PRIMER CARGO: La norma demandada afecta la estructura de Internet y, por consiguiente, se constituye en una afectación a la libertad de expresión contraria al artículo 20 de la Constitución Política

El principio de neutralidad de la red ha sido explicado por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como un aspecto que “se desprende del diseño original de Internet”⁶ y consistente en que “[n]o 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

⁴ Avantel. Términos y Condiciones Planes Pospago LTE Masivo. Consultado el 11 de noviembre de 2021. Disponible en: <https://www.avantel.co/tienda/planpospago>

⁵ Tigo. Compara los paquetes prepago: Combo apps. Consultado el 11 de noviembre de 2021. Disponible en: <https://www.tigo.com.co/comparador/prepago#combo-apps>

⁶ CIDH, Libertad de Expresión e Internet, OEA/Ser.L/V/II. - CIDH/RELE/INF. 11/, 31 diciembre 2013, párr. 27.

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”⁷.

La Corte Constitucional ha recogido este concepto de la neutralidad de la red y ha indicado que “[n]o existe duda que la neutralidad de Internet, así como sus principios básicos de funcionamiento, se encuentran protegidos por el derecho a la libertad de expresión e información, a su vez consagrados en tratados internacionales sobre derechos humanos y normas constitucionales como aquella contemplada en el art. 20 de la Carta Política. De lo anterior se colige que una afectación de la neutralidad de la red implica a su vez una intromisión con el derecho fundamental a la libertad de expresión e información de todos los usuarios de la red que, por lo tanto, ha de estar sujeta a la prueba tripartita antes mencionada”⁸. Adicionalmente, la Corte ha dicho explícitamente que la existencia de una limitación a este principio es posible cuando esta “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 político”⁹.

Tales consideraciones se desprenden de dos razonamientos dados por la Corte Constitucional: i. El derecho a la libertad de expresión encuentra protegido en cualquier medio de expresión¹⁰ y ii. El derecho a la libertad de expresión está protegido de la misma forma de manera *online* que *offline*¹¹.

La norma demandada, por su parte, establece una excepción al principio neutralidad consistente en una autorización para que los PSI realicen “ofertas según las necesidades de los segmentos de mercado o de sus usuarios de acuerdo con sus perfiles de uso y consumo” . De esta forma, la norma autoriza una interferencia por parte de los PSI en el acceso de los usuarios a Internet y, de esta forma, sobre la forma en que las personas ejercen su derecho a la libertad de expresión consagrada en el artículo 20 de la Constitución, que tiene un efecto directo o indirecto, intencional o accidental, de limitar o restringir el libre flujo de informaciones y opiniones.

La existencia de esta interferencia con la libertad de expresión activa el análisis constitucional a partir de cuatro presunciones constitucionales, a saber:

“4.1.3. Presunción a favor de la libertad de expresión. La multiplicidad de razones que justifica otorgar a la libertad de expresión en sentido genérico un lugar privilegiado dentro del ordenamiento constitucional colombiano, tiene una consecuencia práctica inmediata: existe una **presunción constitucional a favor de la libertad de expresión**. Los principales efectos jurídicos de esta presunción son tres:

4.1.3.1. *Presunción de cobertura de una expresión por el ámbito de protección del derecho constitucional.* En principio, toda expresión se presume cubierta por la

⁷ Ibid., párr. 30.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia T 277 de 2015, M.P.: María Victoria Calle.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C 151 de 2020, M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁰ Ver, entre otros, Corte Constitucional, Sentencia SU 626 de 2015, M.P.: Mauricio González Cuervo; Sentencia C 650 de 2003, M.P.: Manuel José Cepeda; Sentencia T 391 de 2007, M.P.: Manuel José Cepeda.

¹¹ Ver, entre otros, Corte Constitucional, Sentencia SU 420 de 2019, M.P.: Jose Fernando Reyes Cuartas.



EL VEINTE

JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

libertad consagrada en el artículo 20 Superior, salvo que se demuestre en cada caso concreto y de forma convincente que, por sus características, se justifica la limitación de tal expresión, por estar dadas las condiciones constitucionales para ello –que se señalarán en capítulos subsiguientes-.

4.1.3.2. *Presunción de primacía de la libertad de expresión frente a otros derechos, valores y principios constitucionales en casos de conflicto.* Cuandoquiera que el ejercicio de la libertad de expresión entre en conflicto con otros derechos, valores o principios constitucionales, su posición privilegiada exige que se haya de otorgar, en principio, una primacía a la libertad de expresión; dicha primacía cesará cuando se demuestre que el otro derecho, valor o principio constitucional adquiere mayor peso en el caso concreto, a la luz de las circunstancias generales en que el conflicto se ha suscitado, y con cumplimiento de las condiciones constitucionales que admiten la limitación de esta libertad. De esta forma, en varias oportunidades la Corte ha explicado que cuando se presenta un conflicto entre la libertad de expresión y otro derecho fundamental, se ha de proceder a un ejercicio de ponderación sobre la base de la primacía de la libertad de expresión en cualquiera de sus manifestaciones.

Por supuesto, si después de la ponderación resulta claro que los derechos de menores de edad están siendo afectados, y la armonización con la libertad de expresión es imposible, se dará aplicación al artículo 44 de la Carta. Como se verá, no es lo que sucede en el presente caso.

4.1.3.3. *Sospecha de inconstitucionalidad de las limitaciones sobre la libertad de expresión y aplicación de un control de constitucionalidad estricto.* Cualquier limitación estatal sobre la libertad de expresión, a través de los actos de cualquier autoridad pública –en ejercicio de funciones legislativas, administrativas, judiciales, policivas, militares o de otra índole-, se ha de entender como una intervención constitucionalmente sospechosa. En la misma medida en que existe una presunción de protección constitucional de toda expresión, existe una sospecha de inconstitucionalidad de las regulaciones estatales del ejercicio de esta libertad. En consecuencia, toda limitación de la libertad de expresión está sujeta a un control constitucional estricto, en el curso del cual se ha de determinar si están dadas las exigentes condiciones jurídicas que permiten dicha limitación en casos concretos, las cuales imponen a la autoridad que pretende establecer tal limitación una carga de justificación especialmente elevada. El nivel de exigencia del control constitucional, que de entrada es estricto, se puede ver reforzado por el tipo de expresión del cual se trate, por el medio que se utilice para transmitir dicha expresión a otros, o por el carácter de la regulación.

4.1.3.4. *La prohibición de la censura en tanto presunción imbatible.* Si bien las anteriores presunciones pueden ser desvirtuadas, si se cumple la elevada carga de justificación mencionada, la propia Carta enuncia en forma contundente una presunción que no admite ser desvirtuada: la censura previa está prohibida de tal forma que cualquier regulación estatal o decisión de un funcionario del Estado que constituya censura implica, *ipso jure*, una violación del derecho a la libertad de expresión.

El contenido y fundamento jurídico de cada uno de estos elementos se estudian en el Acápite IV-3 de la presente providencia (p. 149), el cual aparece adjunto para

facilitar la lectura de la misma y organizar con mayor claridad las premisas de la decisión”¹².

La norma demandada no logra rebatir tales presunciones, desencadenando así la necesidad de una declaratoria de inconstitucionalidad. Se explica a continuación:

1. La presunción de primacía de la libertad de expresión respecto a otros derechos

La Corte Constitucional ha establecido que la presunción de primacía de la libertad de expresión implica que “en supuestos de colisión normativa, la posición de la libertad de expresión es privilegiada y goza de una prevalencia inicial”¹³. En palabras de la Corte, “dicha primacía cesará cuando se demuestre que el otro derecho, valor o principio constitucional adquiere mayor peso en el caso concreto, a la luz de las circunstancias generales en que el conflicto se ha suscitado, y con cumplimiento de las condiciones constitucionales que admiten la limitación de esta libertad”¹⁴.

En consecuencia, -por disposición constitucional- siempre que la libertad de expresión entre en conflicto con otros derechos o valores, se le preferirá a esta sobre los demás; a excepción de los casos en que se demuestre que el otro derecho adquiere mayor peso en el caso concreto.

En este caso concreto, la presunción de primacía de la libertad de expresión no puede considerarse superada porque ni siquiera existe un derecho, valor o principio constitucional que justifique la medida censurada en esta acción de inconstitucionalidad. Por un lado, esta no se encuentra de forma expresa en la norma y, en todo caso, no se puede observar que el aparte demandado, que constituye una excepción al principio de neutralidad, esté dentro de las causales que la Corte Constitucional haya considerado como legítimas a partir de lo dicho por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH: “(i) preservar la integridad y seguridad de la red; (ii) para prevenir la transmisión de contenidos no deseados por expresa solicitud -libre y no incentivada- del usuario; y (iii) para gestionar temporal y excepcionalmente la congestión de la red”¹⁵.

Todo lo contrario. Los términos de redacción de la norma parecen estar inspirados en la finalidad de cumplir un interés comercial, “ofertas”, “necesidades de mercado”, “perfiles de uso y consumo”. Así, la norma no solo carece de una justificación expresa que sirva para siquiera evaluar si la presunción es superada o no, sino que, de una simple lectura de esta, solo se puede identificar un interés comercial de los PSI que en ningún caso podría considerarse como superior a la libertad de expresión.

2. Sobre las disposiciones que limitan la libertad de expresión recae una sospecha de inconstitucionalidad

Otra de las consecuencias que ha sido establecida jurisprudencialmente, derivada de la presunción existente en favor de la libertad de expresión, es que cualquier disposición que imponga limitaciones a este derecho se encuentra per se cobijada por una sospecha de inconstitucionalidad, por lo que debe ser estudiada de manera más estricta. En este sentido, en el presente caso basta con acreditar que el texto demandado impone una limitación a la

¹² Corte Constitucional, Sentencia T 391 de 2007, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C 091 de 2017, M.P.: María Victoria Calle Correa.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T 546 de 2016, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU 420 de 2019, M.P.: Jose Fernando Reyes Cuartas.

libertad de expresión, para que el estudio de esta demanda se realice a la luz de los más estrictos estándares de constitucionalidad.

Así las cosas, se debe poner de presente que la limitación que la norma demandada impone a la libertad de expresión no es menor, pues implica una intervención en la estructura de Internet, consistente en una excepción al principio de neutralidad que está por fuera de los criterios constitucional e internacionalmente aceptados. La norma demandada establece una facultad amplia, extralimitada y ambigua sobre los PSI con respecto a los servicios, aplicaciones y contenidos que sus usuarios pueden acceder a través de Internet.

3. La prohibición de censura es imbatible

Otra de las consecuencias de la presunción constitucional en favor de la libertad de expresión, que ha sido desarrollada por la Corte Constitucional y que merece ser traída a colación, es que la prohibición de censura es imbatible. En consecuencia, no existe ningún argumento legal o constitucional que la justifique, por lo que cualquier disposición que “*constituya censura implica, ipso jure, una violación del derecho a la libertad de expresión*”¹⁶.

En este punto es importante resaltar que la Corte Constitucional ha dicho que “la prohibición de la censura cobija **cualquier** tipo de control, obstaculización, interferencia o restricción previa, que tenga por propósito o por efecto, directo o indirecto, intencional o accidental, limitar o restringir el libre flujo social de comunicaciones”¹⁷.

En este caso, la norma establece la facultad unilateral de decisión de los PSI sobre el tipo de contenidos, servicios y aplicaciones que sus usuarios pueden obtener a través de Internet. Se hace énfasis: la norma permite que los PSI hagan ofertas a partir de criterios propios, como son las segmentaciones y perfilamientos. Es decir, la oferta no se supedita a la elección del usuario, que, en el caso del uso de una herramienta como es Internet, está estrechamente ligado a los distintos actos de buscar, recibir y difundir informaciones y opiniones por cualquier medio de expresión.

Dicho esto, se recuerda que el estudio sobre la materia, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, debe surtir unas cargas que, como se observará, no permiten la permanencia de la norma demandada en el sistema jurídico. Tales cargas son:

“4.1.4.1. Carga definitoria: Es la carga de decir en qué consiste la finalidad que se persigue mediante la limitación de la libertad de expresión; cuál es su fundamento legal preciso, claro y taxativo; y cuál es de manera específica la incidencia que tiene el ejercicio de la libertad de expresión sobre el bien que se pretende proteger mediante la limitación. Esta carga definitoria debe cumplirse en el acto mismo en el cual se adopta la limitación, como parte constitutiva de su fundamentación jurídica. Así, por ejemplo, no cumple esta carga la autoridad que, para justificar el establecimiento de una limitación sobre la libertad de expresión, invoca la moralidad pública en abstracto. La importancia de esta carga de definir las bases que se invocan para justificar cierta limitación de la libertad de expresión, reside en que cumple una función antiintuitiva, es decir, busca evitar que el subjetivismo de la autoridad, en lugar de parámetros objetivos, sea la base explícita o implícita del establecimiento de limitaciones sobre esta importante libertad constitucional.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T 391 de 2007, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia T 391 de 2007, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.



EL VEINTE

JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

4.1.4.2. Carga argumentativa: Con base en el cumplimiento de la carga definitoria, compete a las autoridades que pretenden establecer limitaciones a la libertad de expresión plasmar, en el acto jurídico de limitación, los argumentos necesarios para demostrar fehacientemente que se han derrotado las distintas presunciones constitucionales que amparan la libertad de expresión, y que se ha cumplido con cada uno de los requisitos que deben reunir las limitaciones a dicha libertad, según se explican más adelante.

4.1.4.3. Carga probatoria: Finalmente, las autoridades que limitan la libertad de expresión deben asegurarse de que los elementos fácticos, técnicos o científicos que sustentan su decisión de limitar la libertad de expresión cuenten con una base sólida en evidencias que den suficiente certeza sobre su veracidad. Por ejemplo, cuando se invoca como justificación para limitar la expresión la posible generación de impactos psicológicos o sociales nocivos, éstos impactos han de estar sólidamente demostrados con evidencias científicas y técnicas que comprueben su objetividad y provean, así, un sustento a las decisiones que se adoptarán.

Una vez cumplidas estas cargas, el juez podrá determinar si las presunciones enunciadas han sido desvirtuadas, y por lo tanto concluir que las limitaciones razonables y proporcionadas a la libertad de expresión se ajustan a la Constitución¹⁸.

Como se evidencia del aparte transcrito, la permanencia en el ordenamiento jurídico de una norma como la acusada exigiría que, por lo menos, se acreditara: (i) la existencia de un fundamento legal que justifique la limitación a la libertad de expresión; (ii) el cumplimiento de una carga argumentativa suficiente que permita desestimar las presunciones existentes en favor de la libertad de expresión; y (iii) la comprobación de que existen factores fácticos, técnicos y científicos que justifican la limitación al derecho en cuestión.

En el caso particular, no hay evidencia de que se cumpla ninguno de esos requisitos. En primera medida, se hace énfasis en que el nivel de amplitud de la facultad que permite la norma demandada hace que la limitación a la libertad de expresión pierda el carácter de legalidad en sentido material, toda vez que no permite establecer con plena certeza cuáles son las limitaciones de actuación de los PSI a la hora de establecer la limitación. En segunda medida y como ya se expresó, no hay argumentos que permitan darle validez a una interferencia como la cuestionada en esta acción de constitucionalidad. En tercera medida, si bien la medida tiene efecto sobre un aspecto técnico de la libertad de expresión (el acceso a Internet), no existen fundamentos fácticos, técnicos o científicos que demuestren la necesidad y proporcionalidad de una norma que permita una interferencia unilateral y amplia de los PSI como intermediarios de los servicios, contenidos y aplicaciones a los que acceden sus usuarios.

SEGUNDO CARGO: Violación al artículo 333 de la Constitución Política, por cuanto la disposición demandada permite que se mantenga el statu quo de los servicios de mensajería instantánea en el mercado nacional

La disposición demandada vulnera el artículo 333 de la Constitución Política, puesto que establece que los operadores del servicio de internet pueden hacer ofertas según las necesidades del mercado o de los usuarios, de acuerdo con perfiles de uso o de consumo, sin que ello sea considerado discriminación. Tanto en su redacción como en la práctica, esta norma permite que PSI den tratos preferenciales a ciertas aplicaciones de mensajería

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia T 391 de 2007, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

instantánea, así como a redes sociales o plataformas de correo electrónico, perpetuando la dominancia en el mercado de determinadas empresas sobre las otras. Esto ocurre, por cuanto hay ciertos planes de telefonía que ofrecen determinadas aplicaciones de manera gratuita, o incluida dentro del pago mensual. En este sentido, para obtener tales aplicaciones no es necesario pagar valores adicionales en el plan de datos y voz, mientras que para utilizar ciertas otras sí se generan cargos extra. La norma permite que esto suceda sin que los usuarios puedan determinar cuál es la aplicación a la que desean tener acceso gratuito, o sin que empresas dueñas de plataformas no dominantes tengan la oportunidad de ofrecer su servicio. Así, por ejemplo, la norma permite que los PSI ofrezcan planes de datos con acceso gratuito a Whatsapp, Facebook o Twitter, sin la posibilidad de que el servicio ofrecido o elegido sea el de aplicaciones de otras empresas que ofrezcan los mismos servicios. Igualmente, esta norma podría permitir que las plataformas determinen que el perfil de un usuario es el de alguien que consume determinados contenidos, como noticias o deportes, y reciba gratuitamente - o solo tenga acceso a-, los contenidos que el prestador de servicios considera que se ajustan mejor a dicho perfil.

El hecho de generarse cobros adicionales por el uso de determinados servicios o de determinadas aplicaciones genera una clara desventaja en el mercado, que termina por favorecer a unas empresas y por dificultar, de manera injustificada, que otras emerjan. Esta situación, a su vez, vulnera la disposición contenida en el artículo 333 de la Constitución Política, según la cual: *“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común”; “La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades” y “[e]l Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional”.*

En efecto, autorizar ofrecer beneficios en favor de determinadas empresas, seleccionadas bajo la discrecionalidad de las operadoras de datos móviles y servicios de comunicaciones, obstruye la libertad económica e impide que los usuarios realicen elecciones basadas en los beneficios, por ejemplo, de seguridad cibernética y respeto de protección de datos que ofrecen las aplicaciones. En su lugar, la elección de aplicaciones de mensajería instantánea o de redes sociales termina siendo determinada por la posibilidad de acceder a ellas sin que se genere un mayor costo.

Este desequilibrio económico que se genera se encuentra revestido de la mayor gravedad, pues no puede ser revertido por el mercado en sí mismo, sino que depende de la regulación sobre la materia. Ciertamente, mientras siga existiendo el aparte demandado del numeral primero del artículo 56 de la Ley 1450 de 2011, es casi que nula la posibilidad de determinadas aplicaciones de mensajería instantánea y otras de posicionarse en el mercado, pues están compitiendo en situaciones de desigualdad.

Esta dificultad para modificar el statu quo de empresas dominantes en el mercado de las tecnologías se acentúa en Colombia, por tratarse de un mercado en el que la mayor parte de su población debe optar por las opciones más económicas. En efecto, esta situación elimina poco a poco la posibilidad de elección y, consecuentemente, la capacidad de las empresas emergentes de competir en igualdad de condiciones.

Sobre el concepto de libertad económica, la Corte Constitucional ha conceptualizado:

“Desde una óptica subjetiva, la libertad económica, que involucra la de empresa y dentro de ella la libertad de competencia que es su principio básico de operación, **es un derecho no fundamental de todas las personas a participar en la vida económica de la nación** que el



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

poder público no sólo debe respetar, sino que, además, debe promover. Para ello debe remover los obstáculos que impiden el libre acceso a los mercados de bienes y servicios. En este sentido, la Carta explícitamente enuncia que "La libre competencia económica es un derecho de todos..." y añade que "El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica".

No obstante, como todos los derechos y libertades, la económica y de empresa no son absolutas. Ellas tienen límites concretos que la Constitución expresamente menciona cuando afirma: "La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación." Además, la noción misma de empresa, similarmente a lo que sucede con el concepto de propiedad, es entendida como una función social que implica obligaciones. (C.P art. 333)

[...]

Sobre este punto la Corte ha hecho ver que "si bien las libertades económicas no son derechos fundamentales per se y que, además, pueden ser limitados ampliamente por el Legislador, no es posible restringirlos arbitrariamente ni es factible impedir el ejercicio, en igualdad de condiciones, de todas las personas que se encuentren en condiciones fácticamente similares (C.P. art. 13 y 333). Por consiguiente, es viable predicar la ius fundamentalidad de estos derechos cuando se encuentren en conexidad con un derecho fundamental, esto es, cuando su ejercicio sea el instrumento para hacer efectivo un derecho fundamental, como por ejemplo el de igualdad. Corte Constitucional, Sentencia SU- 157 de 1999."¹⁹

Adicionalmente, la Corte ha establecido que la libertad económica es el género, del que se desprenden la libertad de empresa y de competencia, comprendidas en los siguientes términos:

“La Corte Constitucional ha dicho que el derecho a la libertad económica es el género de los derechos económicos, que se despliega en los derechos a la libertad de empresa y la libertad de competencia:

La libertad de empresa es aquella que se le **reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo para la realización de actividades económicas, para la producción e intercambio de bienes y servicios**, conforme a las pautas o modelos de organización propias del mundo económico contemporáneo, con el objetivo de obtener beneficios o ganancias.

La libertad de competencia por su parte, acontece cuando un conjunto de empresarios o de sujetos económicos, bien se trate de personas naturales o jurídicas, **dentro de un marco normativo y de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos a la conquista de un mercado de bienes y servicios en el que operan otros sujetos con intereses similares.** Se trata propiamente de la libertad de

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-615 de 2002. (M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra).



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

concurrir al mercado ofreciendo determinados bienes y servicios, en el marco de la regulación y en la ausencia de barreras u obstáculos que impidan el despliegue de la actividad económica lícita que ha sido escogida por el participante.

5.2. La Corte ha identificado los contenidos del derecho a la libre competencia, señalando que “La libre competencia, por su parte, consiste en la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones. Según la jurisprudencia constitucional, esta libertad comprende al menos tres prerrogativas: **(i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario.** En este orden de ideas, esta libertad también es una **garantía para los consumidores, quienes en virtud de ella pueden contratar con quien ofrezca las mejores condiciones dentro del marco de la ley** y se benefician de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos de precio y calidad de los bienes y servicios, entre otros.”²⁰

De lo anteriormente transcrito, se observa que la Corte ha considerado que la libertad económica no puede ser restringida arbitrariamente por el Legislador, así como tampoco es posible que se impida su ejercicio, en condiciones iguales, a empresas con situaciones fácticas similares. Estas restricciones arbitrarias pueden darse por limitaciones a la igualdad de condiciones en la forma en que los sujetos económicos ponen sus esfuerzos o recursos para la conquista de un mercado, al igual que por limitaciones a la concurrencia al mercado, a la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas que se estimen oportunas y la posibilidad de contratar. Adicionalmente, se observa que las limitaciones no solo afectan a los oferentes de un servicio o bien, sino a sus usuarios.

Complementariamente, se destaca que la Corte Constitucional ha establecido que es posible establecer limitaciones a la libertad económica en sus diferentes formas. No obstante, estas deben cumplir con unos requisitos estrictos, a saber:

“Un asunto central es el de los límites de actuación que tienen los actores del mercado, y más precisamente, los límites que deben ser impuestos a la libertad económica, que se materializan en el régimen de protección de la competencia. Al respecto pueden ser identificados dos clases de límites: los que se imponen libremente los propios actores, dispuestos entre otros instrumentos, en los “manuales de buenas prácticas”, y los que les son impuestos por medio de la regulación, de la ley, entre los que se encuentran el conjunto de reglas que protegen el derecho a la libre competencia. La Corte Constitucional ha sido clara en señalar, que la libre competencia es un derecho cuyo ejercicio conlleva limitaciones, relacionadas entre otros elementos, con la introducción de **excepciones y restricciones** a quienes concurren al mercado a ejercer su derecho. Así en la Sentencia C-616 de 2001 señaló:

“La Constitución contempla la libre competencia como un derecho. La existencia del mismo presupone la garantía de las mencionadas

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-032 de 2017. (M.P.: Alberto Rojas Ríos).

condiciones, no sólo en el ámbito general de las actividades de regulación atenuada, propias de la libertad económica, sino también en aquellas actividades sujetas a una regulación intensa pero en las cuales el legislador, al amparo de la Constitución, haya previsto la intervención de la empresa privada.

Se tiene entonces que, por un lado, a la luz de los principios expuestos, el Estado, para preservar los valores superiores, puede regular cualquier actividad económica libre introduciendo excepciones y restricciones sin que por ello pueda decirse que sufran menoscabo las libertades básicas que garantizan la existencia de la libre competencia. Por otro lado dichas regulaciones sólo pueden limitar la libertad económica cuando y en la medida en que, de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ello sea necesario para la protección de los valores superiores consagrados en la Carta.”²¹

La forma en que dichos criterios de razonabilidad y proporcionalidad se manifiestan han sido establecidos por la Corte en los siguientes términos:

“[L]as limitaciones a la libertad económica y de contratación tampoco pueden inferirse o imponerse por el Estado de una manera arbitraria e infundada. Así, esta Corte ha señalado que “las limitaciones constitucionales de la libertad de empresa, para que sean legítimas, deben emanar o ser dispuestas en virtud de una ley y no afectar el núcleo esencial del derecho. La legitimidad de las intervenciones depende de la existencia de motivos adecuados y suficientes para limitar los procesos de creación y funcionamiento de las empresas” (subrayas no originales) ^[1]. En efecto, debe reconocerse que “el derecho consagrado en el artículo 333 de la Constitución no solo entraña la libertad de iniciar una actividad económica, sino de mantenerla o proseguirla en condiciones de igualdad y libertad”^[12]. Igualmente, la “libertad de contratación deriva de la Constitución una doble garantía: su propia condición exige que sus limitaciones generales tengan una base legal y que se justifique socialmente en cuanto se enderecen a garantizar relaciones justas y libres. Esto último debe hacer la ley cuando la autonomía se revele insuficiente para asegurarlas y dicha intervención venga exigida por el principio de solidaridad”^[13].²²

La norma demandada evidentemente va en contravía de todas estas consideraciones, pues en este caso el Legislador está autorizando que empresas de PSI realicen un tratamiento diferenciado respecto de distintas aplicaciones, contenidos o servicios en el mercado, sin que se cuente en realidad con ninguna justificación jurídica para ello. Así, establece facultades sobre los PSI como intermediarios de relaciones comerciales entre los oferentes de servicios, aplicaciones y contenidos en Internet que pueden resultar en la limitaciones de las posibilidades de determinados oferentes para poner esfuerzos para la conquista del mercado, a la posibilidad de concurrir en este, a ofrecer condiciones y ventajas. Como se mencionó, tales restricciones son puestas en la práctica a través de planes de datos que brindan acceso gratuito a determinadas aplicaciones elegidas por el PSI. Es decir, la norma permite que los PSI brinden una ventaja económica injustificada a dichas aplicaciones, toda vez que los usuarios pueden acceder a ellas

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017. (M.P.: Alberto Rojas Ríos).

²² Corte Constitucional. Sentencia C-1262 de 2000. (M.P.: Carlos Gaviria Díaz)

sin ningún costo en términos financieros, mientras que otras empresas interesadas en ofrecer otras aplicaciones no contarán con esa facilidad. Ciertamente, no existe siquiera algún grado de supervisión sobre las decisiones que toman estas empresas y que terminan favoreciendo a unas y afectando a otras.

No es posible considerar que los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad se cumplen en el caso de esta restricción a la libertad económica. No existe en ninguna forma un motivo adecuado y suficiente en términos constitucionales para decir que las PSI como intermediarios entre relaciones comerciales puedan perfilar a usuarios o segmentar el mercado para establecer ofertas específicas de acceso o acceso preferente a determinadas aplicaciones, servicios y contenidos.

Por otra parte, en la jurisprudencia transcrita también se observa que el deber del Estado sobrepasa la obligación de respetar la libertad económica, y trasciende a la obligación de protegerla. En este sentido, no se trata de un deber pasivo, sino por el contrario de uno activo que exige tomar las medidas necesarias para eliminar la desigualdad injustificada que ha generado el aparte demandado en el mercado. En razón de lo anteriormente expuesto, se puede concluir que la norma demandada viola la libertad económica prevista en el artículo 333, toda vez que va en contravía de la obligación estatal de proteger la libertad de competencia. En el contexto de Internet, esto desencadena en que la oferta de servicios y contenidos en línea se vea limitada a la de unas pocas empresas que puedan ser escogidas a partir de un perfilamiento y segmentación de los PSI. A raíz de esto, se genera una desigualdad para empresas nacionales o con base en el exterior que puedan brindar servicios o contenidos novedosos diversos a los de aquellos que lograron acceder al mercado en el pasado. De esta forma, la ley actúa en contra del precepto constitucional de que “[e]l Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional”. La norma, contrario a ese mandato, facilita la creación artificial de posiciones dominantes y el abuso por parte de las personas o empresas que las obtengan.

En consideración de lo anterior, no cabe duda de que la norma demandada debe ser retirada del ordenamiento jurídico, pues de no ser así no se podría garantizar el principio constitucional de libertad económica en el mercado de las aplicaciones móviles.

TERCER CARGO: El párrafo del artículo 56 de la Ley 1450 de 2011 viola los artículos 20 y 75 de la Constitución Política, por cuanto restringe el pluralismo

La disposición demandada viola los artículos 20 y 75 de la Constitución Política, por cuanto limita el acceso de la ciudadanía a determinadas aplicaciones, servicios y contenidos en las que se da flujo de información y opiniones y por esa vía, limita su derecho a recibirlas. Se hace énfasis en que la Corte Constitucional ha establecido que “así como la protección a la libertad de expresión comprende el *contenido* y el *medio empleado* para difundir el pensamiento” y que “una de las principales características de Internet es el pluralismo, pues busca maximizar el número y la diversidad de voces que puedan participar de la deliberación pública, condición y finalidad esencial del proceso democrático. En este sentido, las garantías robustas para el ejercicio de la libertad de expresión a través de Internet son, en la actualidad, una condición de posibilidad para esa apertura de la esfera pública.”²³

²³ Corte Constitucional, Sentencia SU-355 de 2019. (M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez).



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Valga resaltar que las distintas “ofertas” que podrían hacer los PSI en razón de la norma demandada tendrían efectos sobre la forma en que acceden a Internet y, por consiguiente, a la forma en que las personas buscan, reciben y difunden informaciones y opiniones, al igual que sobre el contenido de estas. Así, la disposición demandada autoriza a los PSI a realizar ofertas a sus usuarios que privilegian determinadas plataformas, sin que se le pueda considerar discriminación. De esta forma, la norma acusada crea la facultad de los PSI para ejercer un control sobre el flujo de información e ideas.

Así, se resalta que la Corte Constitucional ha dispuesto que “la prohibición de la censura cubija **cualquier** tipo de control, obstaculización, interferencia o restricción previa, que tenga por propósito o por efecto, directo o indirecto, intencional o accidental, limitar o restringir el libre flujo social de comunicaciones”²⁴.

Esta autorización legal para realizar este tipo de ofertas contraría el pluralismo informativo que se predica en la Constitución, pues permite que se creen prácticas monopolísticas y que se limite la difusión y el acceso a la información y opinión. Esta limitación puede ser más evidente en el caso de las personas que cuentan con menos recursos económicos, pues son quienes tendrán menos libertad para decidir contratar planes ofrecidos por los PSI, orientándose hacia la opción que sea más favorable económicamente en virtud del perfilamiento y segmentación. En la práctica, estos planes son los que brindan acceso gratuito a ciertas aplicaciones pre establecidas. Así, por efecto de esta norma, se autoriza un control que tiene el efecto de reducir la cantidad y diversidad de informaciones y opiniones a las que las personas pueden recibir, sobre lo que la Corte Constitucional ha dicho que “la Carta y los tratados de derechos humanos no sólo protegen la diversidad del discurso y la pluralidad de los mensajes sino también su cantidad, por lo cual son inconstitucionales las medidas que, a pesar de ser neutras e imparciales frente a los contenidos, restringen indebidamente la abundancia de discurso disponible en una sociedad democrática”²⁵.

En palabras de la Corte Constitucional, el concepto de pluralismo informativo, vulnerado por la norma acusada, se manifiesta en la posibilidad de las personas para recibir “diferentes contenidos que sean reflejo de la realidad circundante, así como en la multiplicidad de puntos de vista en los contenidos de los medios de comunicación ya sea en términos políticos, étnicos, religiosos, culturales, etc. de modo que la inmensa variedad de realidades sociales encuentre su lugar y representación en los medios de comunicación”²⁶.

En este sentido, la norma restringe el pluralismo, toda vez que autoriza a los PSI para que, a través de la segmentación o perfilamiento, determinen el tipo de aplicaciones, servicios o contenidos que los usuarios pueden recibir, lo que constituye en una facultad privada para interferir en la cantidad, diversidad, multiplicidad de informaciones y puntos de vista. Se vulneran así muchos derechos conexos y se impide la deliberación informada de la ciudadanía. La existencia de una norma que afecta de esta forma el pluralismo es contraria al rol esencial del Estado como garante del pluralismo. Así lo ha conceptuado la Corte Constitucional:

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-391 de 2007. (M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa).

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-010 de 2000. (M.P.: Alejandro Martínez Caballero).

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-654 de 2003. (M.P.: Clara Inés Vargas Hernández).



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

“La salvaguarda del pluralismo informativo constituye uno de los principales valores constitucionales, en la órbita de los medios masivos de comunicación, por cuyo intermedio pueden reproducirse a gran escala las distintas corrientes de pensamiento y expresión que conviven en una sociedad. Si no existiere o no fuera respetada, no sería posible que los ciudadanos receptores de información de cualquier tipo pudiesen elegir reflexiva y libremente dentro de las alternativas existentes, qué es lo mejor para sí mismos, según sus convicciones”²⁷.

La gravedad de esta restricción se ve reforzada por el hecho de que una parte importante del acceso a Internet sucede a través de conexiones móviles a través del uso del espectro electromagnético. Así, se resalta que el artículo 75 constitucional le otorga una protección reforzada al pluralismo informativo en el uso del espectro electromagnético en los siguientes términos:

“Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético”.

Esto ha sido interpretado por la Corte Constitucional en el sentido de que “por definición constitucional *“el espectro electromagnético es un bien público”*, para cuyo uso la propia Carta *“garantiza la igualdad de oportunidades”* conforme a la ley, pero de tal manera que quede a salvo el derecho de los ciudadanos al *“pluralismo informativo”*, según lo establecido por el artículo 75 superior, derecho éste al que no resulta oponible, en ningún caso, el interés privado de los concesionarios que utilicen ese medio masivo de comunicación.”²⁸ Así, existe un deber del Estado de “velar por la protección de la competencia en sí misma considerada, razón por lo cual, puede, mediante el ejercicio de las atribuciones consagradas en los artículos 75 y 334 de la Constitución intervenir en la economía para fomentar la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y por lo tanto, evitar la ocurrencia de prácticas monopolísticas y eventuales abusos de posiciones dominantes en el mercado”²⁹.

Así, la Corte Constitucional ha dispuesto lo siguiente al analizar normas relacionadas con la administración del espectro como recurso escaso y su relación con el pluralismo informativo:

“Una segunda interpretación de la regla cuestionada permitiría la asignación directa de las bandas a determinadas personas cuando la disponibilidad del recurso esté desaprovechada y no exista peligro de que el recurso escasee. Esta interpretación, que es sin duda compatible con el principio de eficiencia administrativa, tampoco es ajena a reparos de naturaleza constitucional. **Incluso en los casos en los que se pretenda asignar directamente el uso de las bandas cuando estén desaprovechadas o exista abundancia en el recurso, el fin último de la norma es promover el acceso a los servicios de telecomunicaciones, facilitando la entrada a todos aquellos que**

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-327 de 2010. (M.P.: Nilson Pinilla Pinilla).

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-1172 de 2001. (M.P.: Alberto Beltrán Sierra).

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-815 de 2001. (M.P.: Rodrigo Escobar Gil).

en las condiciones expuestas estén interesados en asumir la responsabilidad, en igualdad de condiciones.

En este escenario, el sacrificio de los principios de igualdad de oportunidades y libre competencia, es desproporcionado en términos del riesgo de afectación del pluralismo informativo y de concentración de los medios de comunicación y de prácticas monopolísticas y del hecho que en todo caso, la asignación de las bandas mediante procedimientos de selección objetiva, permite alcanzar los mismos objetivos, sin sacrificar otros valores constitucionales.

A todas luces, resulta inconstitucional y contrario a los principios de transparencia y objetividad, igualdad de oportunidades y libre competencia, delegar en la administración facultades tan amplias y subjetivas,^[34] a través de las cuales pueda acudir al mecanismo de asignación directa que aumenta el riesgo de concentración de los medios y de prácticas monopolísticas, especialmente porque la norma no define en qué condiciones se entiende que los niveles de la banda o la suficiencia del recurso lo permitan.

En este evento, el medio escogido la asignación directa de las bandas cuando el nivel de ocupación de la banda y la suficiencia del recurso lo permitan - no resulta efectivamente conducente para garantizar el acceso al uso del espectro radioeléctrico, pues la alteración de la regla general, afecta desproporcionadamente valores constitucionales superiores como la igualdad de oportunidades, la libre competencia y el pluralismo informativo, e incrementa además el riesgo de concentración de los medios de comunicación en manos de unos pocos particulares y la ocurrencia de prácticas monopolísticas, prohibidos por el artículo 75 constitucional³⁰ (Subrayo)

En razón de esto, la Constitución establece una facultad del Estado para intervenir en el acceso, uso y gestión del espectro como bien escaso. Esto se materializa en la práctica en los procesos de concesión para que los PSI. La obligación estatal no se limita a evitar las prácticas monopolísticas en el acceso primario a Internet, sino también a evitar que las empresas concesionarias establezcan prácticas monopolísticas con quienes proveen contenidos, aplicaciones y servicios en línea. En efecto, como se evidencia de las consideraciones transcritas, la Corte Constitucional ha determinado que es esencial garantizar el acceso de la mayor cantidad de conglomerados informativos posibles al espectro electromagnético, pues solo esto permite que la ciudadanía tenga acceso a la información. En este sentido, la Corte ha afirmado que no se trata exclusivamente de la administración de un recurso limitado, sino que incluso tratándose de un recurso abundante se debería priorizar el acceso al servicio de las telecomunicaciones de todos aquellos en condiciones de prestar el servicio, y siempre en condiciones de igualdad.

Basados en estos considerandos y el caso concreto, se llega a la conclusión de que las leyes deben permitir que cualquier plataforma capaz de transmitir información compita en el mercado en igualdad de condiciones. De no ser así, ocurre lo que

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-403 de 2010. (M.P: María Victoria Calle Correa)



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

genera la norma demandada y es que, los PSI pueden limitar el acceso a determinadas aplicaciones, contenidos y servicios a raíz de segmentaciones y perfilamientos. Esto, en la práctica, se ha manifestado en limitaciones de acceso por razones económicas. Ciertamente, muchos colombianos pierden la posibilidad de elegir de dónde o por medio de qué plataformas recibirán información, pues mientras que unas aplicaciones son gratuitas -por decisión exclusiva de los oferentes de servicios de telefonía móvil- otras generan sobre costos.

En otras palabras, uno de los efectos más nocivos de la disposición demandada, es que permite una discriminación de las comunicaciones en Internet que limita el derecho al acceso pluralista a información y opiniones por parte de los ciudadanos, quienes no pueden acceder a todas las aplicaciones móviles en igualdad de condiciones.

En este sentido, lo que procede es declarar la inconstitucionalidad de la norma demandada.

CUARTO CARGO: La disposición demandada vulnera los artículos 13 y 15 de la Constitución, pues pone en una situación de indefensión a las personas con menor capacidad económica, en la medida en que les quita la posibilidad de escoger qué servicios, aplicaciones o contenidos usar, de acuerdo con sus políticas de protección de datos personales.

El aparte demandado del numeral primero del artículo 56 de la Ley 1450 de 2011 pone en una situación de indefensión a las personas con menor capacidad económica, pues permite que los PSI establezcan ofertas de acceso a determinadas aplicaciones, servicios y contenidos que requieren o exigen uno u otro tipo de tratamiento de datos personales, ante los que determinadas personas accederán en razón de su situación económica, más no en una decisión libre sobre el tratamiento de sus datos personales. De esta forma, la norma permite situaciones en las que los usuarios de los PSI den un consentimiento viciado y, por consiguiente, violatorio de su derecho de habeas data.

En efecto, mientras que una persona con recursos económicos puede tomar decisiones de consumo basadas en argumentos adicionales a los precios, una persona con ingresos limitados no cuenta con esta posibilidad. Así, además, la opción de decidir con base, por ejemplo, en la seguridad que proporcionan las aplicaciones, así como la protección de datos personales que garantizan, queda en cabeza de unos pocos.

Esta situación, conlleva a una discriminación peligrosa, pues resulta lesiva para los derechos fundamentales de las personas, quienes se deben ajustar a los criterios establecidos por el mercado, que prioriza ciertas aplicaciones móviles sin que medien criterios objetivos en tal favorecimiento. Que la ley permita este tipo de distinciones sin tener en cuenta todos los otros derechos en riesgo que terminan siendo perjudicados por esta media es absurdo e inconstitucional.

Ciertamente, por las consecuencias prácticas que tiene la disposición demandada se puede afirmar que vulnera el artículo 15 de la Constitución, según el cual:

“Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De

igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en los bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables”.

Como se evidencia del artículo constitucional transcrito, todas las personas tienen derecho a la intimidad, así como al adecuado tratamiento de sus datos personales. En este sentido, y bajo la premisa de que en Colombia cualquier tratamiento de datos se rige por el principio de libertad, según el cual nadie está obligado al tratamiento de sus datos personales, las personas deberían tener la posibilidad de elegir libremente las aplicaciones, servicios y contenidos a los cuales les entregaran su información, en lugar de que esto se base en una segmentación o perfilamiento por parte del proveedor de servicios.

Se resalta entonces que, en el marco de la protección del derecho de hábeas data, la Ley 1581 de 2012, de carácter estatutario, establece en su artículo 4(c) que el tratamiento de datos personales no puede darse “sin previa autorización, o en ausencia de mandato legal o judicial que releve el consentimiento”. Esto ha sido reiterado por la Corte Constitucional, que ha establecido que el consentimiento en el tratamiento de datos personales es la regla general.

La jurisprudencia constitucional ha indicado que el consentimiento en el tratamiento de datos personales debe ser “libre, previo, expreso e informado”³¹. Es decir, se requiere que la persona pueda “elegir voluntariamente si su información personal puede ser utilizada o no en bases de datos”.³² En este caso es importante recordar que la Corte Constitucional ha establecido que “Defectos en la expresión de la voluntad como consecuencia de una equivocación (error), una actuación malintencionada (dolo) o una presión indebida (fuerza), impactan negativamente la libertad individual, ya que impiden que el consentimiento se preste de manera auténtica y espontáneamente. La afectación de la libertad en estos casos es evidente si se tiene en cuenta que constituye un presupuesto de la autonomía privada que las personas no solo *representen* correctamente la realidad, sino que se *expresen* libremente al momento de celebrar un contrato. Por ello es que las manifestaciones de la voluntad afectadas por un error, por el dolo o la fuerza son, por decirlo de alguna forma, menos libres”³³.

Para mayor claridad: en este cargo no se debate que la norma facilite vicios del consentimiento en la relación contractual entre PSI y usuarios, sino que se refiere a vicios en el consentimiento en la relación contractual entre usuarios y aplicaciones, servicios y contenidos que el PSI tiene la facultad de favorecer en razón de segmentaciones o perfilamientos. Se hace énfasis: toda aplicación o servicio en línea tiene cierto grado de tratamiento de datos personales de sus usuarios, la diferencia está en el nivel de transparencia y proporcionalidad sobre ese uso.

En términos prácticos, un usuario de Internet con escasos recursos decidirá acceder a un plan de Internet con, por ejemplo, solo Facebook y Whatsapp, o con acceso gratuito a estos, por ser la opción que se ajusta más al perfilamiento o segmentación

³¹ Corte Constitucional, Sentencia C-748 de 2011, (M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

³² Ibid.

³³ Corte Constitucional, Sentencia C-345 de 2017, (M.P.: Alejandro Linares Cantillo).

realizado por el PSI que, en la práctica, se ha visto materializado en consideraciones económicas. Ante la necesidad de acceder a algún tipo de conexión de Internet, el usuario accederá a los diferentes tratamientos de datos de las plataformas ofrecidas en el plan contratado.

No obstante, una disposición como la acusada restringe esa capacidad de decisión de las personas, pues la acción de perfilamiento o segmentación tiene la capacidad de crear ofertas que se conviertan en la única opción para determinadas personas, como sucede actualmente con los planes que, aunque no generan cargos adicionales por usar ciertas aplicaciones, brindan una ventaja económica con respecto al uso de algunas. En consecuencia, quienes no se encuentran en la capacidad para pagar por un acceso amplio a las aplicaciones que el mercado provee optarán por usar las plataformas a las que pueden acceder de manera gratuita, sin siquiera poder considerar si esas plataformas ofrecen las garantías suficientes para el tratamiento de sus datos personales. Que se permita a los PSI tomar este tipo de decisiones por las personas es sumamente peligroso, pues estos no necesariamente priorizarán los derechos de los ciudadanos, sino que tienen en cuenta muchos otros factores de carácter económico.

Ahora bien, frente a la posibilidad de optar por no utilizar ningún tipo de aplicación para evitar la captación de datos personales por empresas no deseadas, así como los sobrecostos por usar otras, vale la pena resaltar que en un mundo globalizado como el nuestro, esta opción se desvanece por completo. En efecto, hoy en día las personas utilizan las aplicaciones de mensajería instantánea incluso para trabajar, siendo prácticamente imposible o, por lo menos, inviable prescindir de ellas. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional se ha referido a que “el acceso al servicio de internet forma parte de la faceta prestacional del derecho a la educación”³⁴.

Así las cosas, no hay duda de que la disposición demandada atenta contra el artículo 15 de la Constitución, por cuanto pone a los PSI en un estado de ventaja frente a determinados usuarios con efectos en su capacidad de elegir qué plataformas tratan sus datos personales. El anterior argumento resulta intrínsecamente ligado al abuso de la posición dominante de las PSI al momento de desarrollar sus contratos, pues es evidente que se trata de contratos de adhesión que, en este caso, vulneran la libertad contractual de las personas.

Este derecho, de acuerdo a la Corte Constitucional, “reconoce, como punto de partida por lo menos, en cada sujeto un centro de autonomía para celebrar o no celebrar un determinado contrato - lo que implica libre albedrío y autorresponsabilidad -”³⁵. Complementariamente, se destaca que en el marco del derecho civil existen distintos supuestos en los que se considera que existen vicios del consentimiento a la hora de realizar un contrato.

Con respecto al vicio de la fuerza, la Corte Constitucional ha indicado que este constituye “un hecho externo que genera en su destinatario un temor o miedo de tal naturaleza, que lo obliga a enfrentarse a un conflicto entre actuar como se lo requieren, o verse afectado por el mal que se le está causando o con el cual se le está amenazando”³⁶. Por otro lado, la Corte ha aclarado que “no se encuentra comprendida por la fuerza como vicio del consentimiento la violencia física (...) En

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia T 030 de 2020, M.P.: Diana Fajardo Rivera.

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia T 240 de 1993, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C 345 de 2017, M.P.: Alejandro Linares Cantillo.

estos casos lo que ocurre es que el consentimiento ni siquiera existe y, por tanto, no puede afirmarse que este viciado”³⁷.

De acuerdo con esto, se entiende que para que exista un vicio en el consentimiento no es necesario que exista el uso de violencia física. Es suficiente con que exista una presión para que la persona acceda a lo solicitado *so pena* de que se presente un menoscabo no deseado. En el presente caso, es evidente que se está ante esta situación, pues las personas se ven en la necesidad de adquirir determinadas aplicaciones móviles como parte de sus planes de telefonía celular, aun cuando estas no ofrezcan las mejores condiciones respecto a la protección de sus datos personales. Ciertamente, no acceder a estos servicios que no generan cargos extra, implicaría afectaciones a otros derechos como el del trabajo, la unidad familiar, seguridad familiar, entre otras, que hoy en día no podrían ser garantizados sin el acceso a las aplicaciones móviles.

A nivel comparado, el Reglamento General de Protección de Datos Personales de la Unión Europea se ha referido a este punto indicando que “Se presume que el consentimiento no se ha dado libremente cuando (...) el cumplimiento de un contrato, incluida la prestación de un servicio, sea dependiente del consentimiento, aún cuando este no sea necesario para dicho cumplimiento”³⁸.

Frente a este aspecto, el Grupo de Trabajo del Artículo 29, entidad especializada en el marco de la Unión Europea para la interpretación de las normas de protección de datos personales, ha indicado que “siempre que la solicitud de consentimiento esté vinculada a la ejecución de un contrato por parte del responsable del tratamiento, un interesado que no desee que sus datos personales estén a disposición del responsable para su tratamiento corre el riesgo de que se le nieguen los servicios que ha solicitado” y que “Siempre que exista una posibilidad de que dicho responsable del tratamiento ejecute el contrato o preste los servicios contratados sin el consentimiento para el otro uso o el uso adicional de los datos en cuestión, significará que ya no hay condicionalidad con respecto al servicio”³⁹. Adicionalmente, el grupo de trabajo ha indicado que no existe un consentimiento libre cuando la persona que presta el servicio bajo la condición del tratamiento indica que existe la posibilidad de elegir entre su servicio u otro equivalente⁴⁰.

De lo anteriormente expuesto, es evidente que no se puede afirmar que exista un consentimiento que cumpla con los requisitos establecidos por la Ley 1581 de 2012 o en la jurisprudencia constitucional cuando las personas acceden a determinadas aplicaciones móviles por ser las que están predeterminadas por un perfilamiento o segmentación. Así las cosas, una disposición como la demandada favorece a los grandes conglomerados de aplicaciones y telefonía móvil, mientras que pone en una situación de indefensión a los ciudadanos. Por estas razones, y por su evidente violación al artículo 15 de la Constitución se debe proceder a declarar la inexecutable de la norma demandada.

³⁷ Ibid.

³⁸ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, Considerando 43.

³⁹ Grupo de trabajo del artículo 29, Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, adoptadas el 28 de noviembre de 2017 revisadas por última vez y adoptadas el 10 de abril de 2018.

⁴⁰ Ibid.

QUINTO CARGO: La disposición demandada vulnera los artículos 13 y 15 de la Constitución, pues permite un perfilamiento y segmentación de usuarios

El artículo demandado prevé la facultad para que los PSI realicen “segmentos de mercado o de sus usuarios de acuerdo con sus perfiles de uso y consumo”. De esta manera, la norma demandada permite un tratamiento de datos personales que puede constituirse en discriminación. En este sentido, la norma vulnera los derechos de igualdad y de habeas data.

En efecto, la redacción del artículo mencionado permite la recolección y análisis de datos personales de usuarios por parte de los PSI. Esta información, al referirse a “perfiles de uso y consumo”, puede abarcar una amplia gama de datos sobre los usuarios, muchas veces sensibles. En efecto, la redacción de la norma admite el monitoreo del flujo de información de un usuario, lo que le permitiría acceder a comunicaciones privadas, a información que pueda dar indicaciones sobre su orientación sexual, política o religiosa, a su ubicación, a su salud, a su vida familiar, laboral y personal o a su condición de migrante. Más allá de eso, a partir de ese monitoreo, los PSI tienen la posibilidad de crear un “perfil”. Así, un PSI se encuentra autorizado para, por ejemplo, determinar las ofertas que se le dará a un usuario de la comunidad LGBTIQ, o a un integrante de un partido de derecha o de izquierda.

Todo esto bajo el pleno desconocimiento del usuario, que simplemente se limita a recibir y difundir información. Adicionalmente, incluso si existiera conocimiento del usuario, existiría una vulneración, toda vez que al saber que existe un monitoreo de sus actividades en línea con el fin de la realización de perfilamientos puede llevar a que este se inhiba de desarrollar plenamente sus actividades en línea. En este sentido se destaca que la Relatoría Especial sobre el derecho a la privacidad ha expresado que ese derecho “habilita el ejercicio del derecho fundamental y general desarrollar la propia personalidad de manera libre y sin trabas”⁴¹.

En contraposición, se resalta que la Corte Constitucional ha indicado que un principio rector de la administración de bases de datos personales consiste en “la prohibición de discriminación por las informaciones recaudadas en las bases de datos”⁴². La inconstitucionalidad de una norma que facilita el tratamiento de datos personales que puedan constituir en discriminación se fundamenta, además, en que “este derecho fundamental está dirigido a preservar los intereses del titular de la información ante el potencial abuso del poder informático”⁴³. Complementariamente, se resalta que la Relatoría Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión de las Naciones Unidas ha expresado que “Los Estados deben abstenerse de obligar al sector privado a aplicar medidas que pongan en riesgo la privacidad, la seguridad y el anonimato de los servicios de comunicaciones”⁴⁴.

En la misma línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que, en todo caso en el que exista compilación de datos personales de un individuo particular, existen consideraciones de privacidad, por lo que los Estados deben garantizar las salvaguardas adecuadas para prevenir cualquier uso de datos

⁴¹ Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre el derecho a la privacidad, A/HRC/31/64, 24 de noviembre de 2016.

⁴² Corte Constitucional, Sentencia C 748 de 2011, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia C 1011 de 2008, M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

⁴⁴ Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, Frank La Rue, A/HRC/23/40, 17 de abril de 2013.

personales que sea incompatible con el artículo 8 (referente a privacidad) del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴⁵. Complementariamente, ese mismo Tribunal ha establecido que el envío de mensajes a través de Internet está cubierto por el concepto de “correspondencia” y, por consiguiente, está protegido por el derecho a la privacidad⁴⁶. Así, la facultad que otorga la norma para “perfilar” a través de la forma en que un usuario usa sus servicios se convierte en una autorización para inmiscuirse de forma innecesaria en una parte de la vida privada.

Los riesgos descritos, así como la falta de cumplimiento de las normas relativas al tratamiento de datos personales van en contravía del artículo 15 de la Constitución Política que dispone que:

“Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en los bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables”.

En efecto, al elaborarse perfiles de uso no siempre se garantiza, entre otros, el derecho a conocer la información que ha sido recogida sobre ellos en las bases de datos, pues muchos de estos perfiles surgen a partir de cruces de diversas fuentes de información. Sobre este tema, se pronunció la Corte Constitucional, incluso antes de que las herramientas tecnológicas hicieran aun más peligroso este fenómeno. Ciertamente, en el año 1992 la Corte para proferir la sentencia T-414 convocó a un experto en datos personales -el profesor Ernesto Lleras- quien manifestó:

“Por las características propias de los datos, una vez producidos (codificado un evento u objeto por alguien o eventualmente una máquina) pueden diseminarse con relativa facilidad. **Esto hace que puedan ser usados, en combinación con otros de procedencias distintas pero adscribibles a la misma persona. Así se va configurando lo que ha dado en llamar un "perfil de datos de una persona"**(Lleras). Estos perfiles pueden construirlos quienes tengan bancos de datos bien sea manuales o sistematizados, y el poder de información y control social que estos tengan depende del uso de la tecnología disponible.

El problema del "poder informático" existe siempre que se poseen datos sobre las personas bien sea en forma manual o por medios electrónicos. Con el desarrollo de estos últimos, las posibilidades de acción de ese poder en contra de la libertad de las personas se magnifican y harían necesaria una legislación especial.

El "perfil de datos" de la persona se constituye entonces en una especie de "persona virtual" sobre la cual pueden ejercerse

⁴⁵ TEDH, Case of Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland [GC], App No. 931/13, 27 de junio de 2017, párr. 136-138.

⁴⁶ TEDH, Case of Bărbulescu v. Romania, App No. 61496/08, 5 de septiembre de 2017, párr. 74 y 81.

muchas acciones que tendrán repercusión sobre la persona real. Desde el envío de propaganda no solicitada, hasta coerción u "ostracismo" social como en el caso que se presenta. Un "buen" manejo de Bancos de Datos permitiría identificar hasta perfiles poblacionales desde distintos puntos de vista, lo cual constituye un evidente peligro de control social de aquellos que ostentan "poder informático", no solamente contra la libertad de las personas individuales sino contra la de sectores sociales más amplios. (Fl. 46)⁴⁷. (Subrayo)

Como lo señaló el experto Lleras la creación de perfiles a través de datos personales es sumamente peligrosa, por cuanto estos permiten que puedan ejercerse muchas acciones que tienen repercusiones sobre las personas. En efecto, en el caso que nos atañe, a partir de la norma se permite el uso de estos datos personales para definir, entre otras cosas, las aplicaciones móviles que se ofrecen de manera gratuita o, por lo menos, que se incluyen en los planes sin generar sobrecostos. Más allá de este ejemplo de lo que ocurre actualmente en la realidad, la norma permite una amplitud de "ofertas" para sus usuarios que, a pesar de que la norma diga que "no constituirá discriminación", sí tiene la facultad de hacerlo.

Por esta misma línea ha habido múltiples investigaciones en nuestro continente. Dentro de ellas destaca la del Grupo de Trabajo del Artículo 19. La posición de esta organización fue reseñada por Dejusticia en su documento RENDICIÓN DE CUENTAS DE "GOOGLE Y OTROS NEGOCIOS EN COLOMBIA: la protección de datos personales en la era digital", en el que sostuvo:

"En resumen, lo que le preocupa al Grupo de Trabajo es que la disponibilidad de grandes volúmenes de datos digitales y las capacidades actuales para encontrar correlaciones entre los datos puedan hacer que se deriven o infieran otros datos personales o se creen perfiles de los titulares de los datos, que puedan ser tanto exactos como inexactos,¹² a partir de los cuales se puedan tomar decisiones –a veces injustas o discriminatorias– sobre dichos titulares, sin que ellos mismos tengan seguridad, conocimiento ni control de lo que sucede a partir de sus datos"⁴⁸. (Subrayo)

Esta preocupación resulta más que pertinente bajo la vigencia de la disposición demandada, pues es tan claro que esta reconoce que a partir de los perfiles de uso y de consumo se generan prácticas cuestionables y lesivas para los derechos de los titulares de los datos, que dispone que las ofertas que se hagan no pueden ser consideradas discriminación. Excluir ciertos actos de la categoría de discriminación es sumamente peligroso, pues evita que se pueda ejercer un control real sobre los efectos prácticos de la norma.

La norma demandada, en últimas, otorga un poder informático desproporcionado en cabeza de los PSI sobre sus usuarios, e incluso potenciales usuarios. Esto es una circunstancia inadmisibles en el régimen jurídico colombiano y requiere

⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-414 de 1992. (M.P: Ciro Angarita Baron)

⁴⁸ Dejusticia, RENDICIÓN DE CUENTAS DE GOOGLE Y OTROS NEGOCIOS EN COLOMBIA: la protección de datos personales en la era digital, 2019. Disponible en: <https://cdn.dejusticia.org/wp-content/uploads/2019/01/Rendición-de-cuentas-de-Google-y-otros-negocios-en-Colombia.pdf>

intervención del juez constitucional. Así, se destaca que la Corte Constitucional ha indicado lo siguiente:

“Considera la Corte que, desde una perspectiva sociológica no ajena a las consideraciones constitucionales, la administración de cualquier base de datos personales confiere poder informático a quien la controla, o a quien puede tener acceso (autorizado o no) a sus contenidos. La existencia de este poder informático es palmaria en relación con las consecuencias que para la libertad y otras garantías de las personas se puede seguir del uso de la información allí contenida. (...)El poder informático, como bien lo ha reseñado esta Corte en las sentencias T-414 de 1992 y C-1066 de 2008 es un fenómeno que está en la médula de la función-jurídico social de la administración de bases de datos de carácter personal. Frente al robustecimiento de dicho poder, característico de la sociedad de la información, el habeas data surge como un cuerpo normativo singular orientado a proteger las libertades individuales. Dada la existencia extendida de bases de datos de carácter personal, magníficas condiciones de interconexión y accesibilidad, y posibilidades de uso en tiempo real, el habeas data es la respuesta del constitucionalismo para enfrentar las amenazas que el ejercicio inorgánico de este poder supone para la libertad de los seres humanos”⁴⁹.

En la Unión Europea, la realización de perfiles tiene una prohibición explícita cuando se trata de perfilamientos automatizados. Así, el artículo 22(1) del Reglamento General de Protección de Datos establece que “Todo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar.” Por su parte, el artículo 4(4) define la elaboración de perfiles como “toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física”.

En Colombia no hay una regulación expresa sobre la elaboración de perfiles y, además, la Delegatura de datos de la SIC no ha expedido decisiones sobre este asunto. Bajo este entendido, se entiende que la elaboración de perfiles está cubierta por las reglas y principios de la Ley 1581 de 2012 y las reglas jurisprudenciales de la Corte Constitucional en la materia, que prohíben de forma clara el otorgamiento de facultades tan amplias de tratamiento de datos en cabeza de alguien como las que se ven en la norma demandada.

En efecto, como se ha mencionado en reiteradas ocasiones, esta norma afecta el derecho al habeas data, en la medida en que permite una recolección irrestricta de datos personales, en muchos casos, sin que medie autorización previa, sobre contenidos que pueden generar discriminación y con la posibilidad de tomar decisiones discriminatorias. Por consiguiente, debe ser declarada inconstitucional y debe ser retirada del ordenamiento jurídico.

⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU 458 de 2012, M.P.: Adriana María Guillén Arango.

SEXTO CARGO: La norma demandada viola los artículos 15, 20 y 75 de la Constitución porque no establece ningún tipo de garantía para los usuarios cuando estos cambien sus decisiones personales en el marco del acceso a Internet ni otorga la posibilidad de elegir que fuentes de información quiero

Alineado con lo estudiado en el cargo anterior, el aparte demandado del numeral primero del artículo 56 de la Ley 1450 de 2011, tal como está vigente, viola los artículos 15, 20 y 75 de la Constitución Política, pues no establece ningún tipo de garantía para los usuarios cuando estos cambian sus decisiones de consumo. En efecto, no hay ninguna herramienta que permita modificar las ofertas una vez hechas a partir de los perfiles de consumo cuando las preferencias cambian. Ciertamente, la misma oferta de determinadas aplicaciones gratuitas o por un menor costo termina moldeando artificialmente los perfiles subsiguientes de las personas, quienes acceden a los servicios basados en sus precios o sobre costos.

Este status quo en los perfiles de consumo no es un asunto menor. Por el contrario, afecta el derecho al habeas data y el derecho al pluralismo informativo. Este primer derecho se vulnera, en la medida en que al titular de los datos nunca se le informa sobre cuál fue el perfil que se creó a partir de sus hábitos y, en ese sentido, este nunca puede rectificar o actualizar su propia información. Como se detalló a lo largo del cargo anterior, este es precisamente uno de los mayores riesgos de la creación de perfiles y es el poco conocimiento que tienen las personas sobre la recolección y usos de sus datos personales.

En adición a lo anterior, se produce una violación a un segundo derecho -pluralismo informativo- que como se reseñó más arriba implica la posibilidad de recibir información de todos los medios disponibles en el mercado. Esta garantía se ve afectada a través de la disposición demandada, puesto que esta establece de manera subjetiva las aplicaciones que serán incluidas en los planes de telefonía y de internet, sin brindar la posibilidad a los usuarios de modificar sus preferencias y, por ejemplo, acceder bajo las mismas condiciones a otras plataformas.

Esta situación es preocupante porque monopoliza las aplicaciones informativas e impide que nuevos formatos se posicionen en el mercado. En términos de acceso a la información y de pluralidad informativa, esto supone un grave problema, pues limita las fuentes de las que las personas reciben noticias de interés público y puede afectar gravemente los discursos.

En consecuencia, procede declarar la inconstitucionalidad de la disposición demandada.

SÉPTIMO CARGO: La disposición demandada viola el artículo 83 de la Constitución y su mandato de buena fe contractual.

En efecto, el artículo 83 de la Carta consagra constitucionalmente el principio de la buena fe, como valor que debe regir en todas las actuaciones entre particulares:

“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

Este mandato ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia de este alto tribunal, en el sentido de señalar la importancia de la buena fe en materia contractual, en especial en lo que tiene que ver con asuntos de consumo masivo, como ocurre en el presente caso.

En efecto, no por ser relaciones privadas, las contractuales escapan criterios de justicia material:

“No será posible lograr la vigencia de un orden justo si la categoría del contrato, que por sí sola responde de una porción significativa de las relaciones sociales, no es examinada por el juez y asumida por los particulares con un mínimo criterio de justicia sustancial (C.P., arts. 2 y 13)”⁵⁰.

A su vez, el sistema económico en el cual se enmarca nuestra democracia y las relaciones económicas que de él se derivan, necesitan del contrato, en muchos casos masivo, para poder ejecutar de manera eficiente las relaciones entre particulares: “la circulación de bienes, distribución y movilización de la riqueza, derivada de la garantía de la propiedad privada, asociativa y solidaria (C.P., art. 58) sería impensable sin recurrir al contrato”⁵¹.

En los casos en los que el modelo económico admite y necesita la contratación masiva, ya es usual el uso de contratos de adhesión, como mecanismo para lograr el consumo generalizado sobre ciertos bienes, como ocurre con los contratos de telefonía celular, que son de adhesión.

La legislación civil o comercial no ha definido este tipo de contratos, aunque al respecto sí ofrece una definición el Estatuto del Consumidor, en su artículo 5º, numeral 4º ofrece la siguiente definición: “aquel en el que las cláusulas son dispuestas por el productor o proveedor, de manera que el consumidor no puede modificarlas, ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas”.

A su vez la doctrina señala de manera unánime: “el elemento característico del contrato de adhesión consiste en que las disposiciones contractuales no son susceptibles de discutirse entre las partes; ya que una de estas las comunica a la otra, quien solo puede dar su consentimiento en bloque o negarse a celebrar el contrato si tales disposiciones no le convienen”⁵².

Por tanto, en este tipo de contratos, como precisamente el que regula la norma demandada, en el que el consumidor solo puede aceptar o negar las condiciones que ofrecen las empresas de telefonía celular, los mandatos de justicia e información plena adquiere aún más importancia. Así lo ha señalado la Corte Constitucional:

“de un lado, el avance de la ciencia y la tecnología en la sociedad contemporánea y, sobre todo, la especialización en los procesos productivos, ocasiona grandes asimetrías de información entre los sujetos que concurren al intercambio de bienes y servicios. en efecto, los consumidores suelen carecer del conocimiento y experticia suficientes para discernir acerca de los aspectos técnicos que definen la calidad de los productos, incluso aquellos de consumo diario”⁵³.

El deber de información y transparencia se justifica aún más cuando, como ocurre en este caso, los comercializadores tienen conocimiento técnico que no comparten los consumidores y dependen de estos actores del mercado para acceder -sin cuestionamientos- a estos bienes:

⁵⁰ Corte constitucional, Sentencia T-517 de 2006.

⁵¹ Corte Constitucional, Sentencia T-517 de 2006, (M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra).

⁵² Christian Larroumet, Teoría general del contrato, vol. i, reimpr. 2.ª ed., trad. de Jorge Guerrero, Temis, Bogotá, 1999, p. 207:

⁵³ Corte Constitucional, Sentencia C-749 del 21 de 2009, (Exp. d-7686, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva).

“Los fabricantes y comercializadores son, en la mayoría de ocasiones, conglomerados empresariales que tienen a su disposición infraestructuras que, a manera de economías de escala, participan en el mercado económico e, inclusive, concurren ante las autoridades administrativas y judiciales con evidentes ventajas, habida cuenta de la disponibilidad de recursos, asesorías profesionales permanentes de primer nivel y conocimiento acerca del funcionamiento de las instancias de resolución de conflictos jurídicos, derivado de la condición de litigantes recurrentes”⁵⁴.

La asimetría en las posiciones en el mercado, entre quienes ofrecen aparatos y planes de telefonía celular y quienes los consumen, conducen al deber de información suficiente por quien ocupa la parte poderosa vs. la parte débil:

“en razón de esa asimetría de poder y de esa asimetría en la información es que el deber de información ha despuntado trascendental en aquellos contratos en donde el desequilibrio de poder contractual es evidente. Se insiste, se debe informar todo aquello que contribuya a fortalecer el consentimiento, y más acendrado será el deber cuando exista una parte débil en la relación jurídica. una información adecuada y suficiente de parte del oferente de un producto o servicio viene, en cierta medida, a equilibrar la asimetría de información que existe”⁵⁵.

Cuando no se cumplen estos deberes en cabeza de los comercializadores de productos y servicios de consumo masivo, se estructura el fenómeno de las cláusulas abusivas, que por supuesto atentan contra el principio constitucional de la buena fe y deben ser corregidas en sede judicial:

“la aplicación de la teoría del abuso del derecho al campo contractual, específicamente al de la contratación masiva, ha dado lugar a la elaboración de la teoría de las cláusulas abusivas. [...] es precisamente esa desigualdad de las partes la situación que puede dar lugar al ejercicio abusivo del derecho de contratar y del poder de negociación anejo a él, donde se centra la teoría del abuso del derecho en su modalidad de las cláusulas abusivas. Se trata de evitar el abuso de la parte fuerte en la determinación del contenido del contrato”⁵⁶.

En el presente caso, los primeros seis cargos de inconstitucionalidad, dejan claro que lo que se encuentra en riesgo con este tipo de ofrecimientos comerciales, tiene la más alta protección en el ordenamiento jurídico. Al afectar la neutralidad de la red con este tipo de contratación de adhesión para acceder a la telefonía celular -elemento básico para la vida hoy en día- se pone en riesgo el derecho al habeas data y a la libertad de expresión e información de la ciudadanía y por tanto, el contenido de estas cláusulas de adhesión resultan muy relevantes cuando se analiza la justicia y buena fe contractual de este tipo de acuerdos.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Ernesto Rengifo García, “Deber precontractual de información y las condiciones generales de contratación”, *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, n.º 327, Bogotá, diciembre de 2004, 91.

⁵⁶ Laudo arbitral en derecho, proferido el 1.º de diciembre de 2006, centro de Arbitraje y conciliación de la cámara de comercio de Bogotá, árbitros: Carlos Esteban Jaramillo Scholls, Juan Pablo Cárdenas Mejía y Gabriel Jaime Arango Restrepo, demandante: Concelular S.A. (en liquidación), demandado: Comunicación celular S.A., comcel S.A.:



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Se vulnera el principio de la buena fe en materia contractual, ampliamente tratado por esta Corte, cuando, por la vía del contrato de adhesión, como lo es el de telefonía celular, se imponen además restricciones que tienen incidencia directa en la libertad de expresión, información y el pluralismo informativo de la ciudadanía.

OCTAVO CARGO: La norma demandada viola el artículo 333 de la Constitución y su mandato de libertad económica y derechos del consumidor.

Además de las afectaciones señaladas en el cargo No. 2, la norma demandada también vulnera el artículo 333 de la Constitución al proteger la consagración legal de cláusulas abusivas, como las he denominado el Estatuto del Consumidor, limitando a su vez la libertad del mercado.

En efecto, el artículo 42 de la ley 1480 de 2011 define las cláusulas abusivas como “aquellas que producen un desequilibrio injustificado en perjuicio del consumidor y las que, en las mismas condiciones, afecten el tiempo, modo o lugar en que el consumidor puede ejercer sus derechos”.

De hecho, el ofrecimiento de ciertas aplicaciones sin costo alguno como condición para tomar un plan de celular, como lo explican los cargos precedentes, limitan la libertad de elección de los consumidores y se convierten en una restricción en el ejercicio de derechos de rango fundamental, como los que se encuentran contenidos en el artículo 20 de la Carta.

De la vulneración a otras normas internacionales aplicables en virtud del bloque de constitucionalidad

En adición a las claras incompatibilidades existentes entre la norma demandada y la Constitución Política, surgen también una serie de incongruencias, que derivan en la inconstitucionalidad de la norma, provenientes de violaciones a tratados y convenios internacionales suscritos por Colombia. En efecto, además de las vulneraciones al texto constitucional, se evidencia una contradicción entre la norma demandada y: (i) el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre aquél; (ii) el artículo 13 de la misma Convención y la jurisprudencia de dicha Corte; (iii) el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y (iv) el artículo 19 del mismo tratado.

La relevancia de estas violaciones, que se desarrollan más adelante, radica en que -por sí mismas- acarrear la inconstitucionalidad de la norma, en virtud del bloque de constitucionalidad. Ciertamente, la Corte Constitucional a lo largo de su existencia ha reconocido que algunos de los tratados internacionales, dentro de los que se encuentran los que se alegan vulnerados, constituyen parámetros legítimos para el estudio de constitucionalidad de las leyes de la República. Al respecto, se ha conceptuado:

“La Corporación definió entonces el bloque de constitucionalidad como aquella unidad jurídica compuesta “por...normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu.”



La incorporación en la doctrina jurídica nacional de una institución como el bloque de constitucionalidad surgió entonces del reconocimiento de la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos sobre el orden interno pero también, y de manera específica, de la necesidad de armonizar dicho principio con la ya tradicional preceptiva constitucional que erige a la Carta Política en el estatuto de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico nacional. Ciertamente, el artículo 4º de la Constitución Política establece que la Constitución es norma de normas y que en caso de incompatibilidad con cualquiera de las normas subordinadas, aquella se aplicará de preferencia.

Del análisis de los artículos 4º y 93 de la Constitución Política era evidente para la Corte que la coexistencia de dos jerarquías normativas de carácter prevalente constituía un escenario jurídico de gran complejidad; por esta razón, la Corporación entendió que la única manera de conciliar dicha contradicción era aceptando que los tratados internacionales de los cuales Colombia es estado parte, en los que se reconocieran derechos humanos de conculcación prohibitiva en estados de excepción, también tenían jerarquía constitucional y conformaban, con el texto del Estatuto Superior, un solo bloque normativo al que la legalidad restante debía sumisión⁵⁷.

Así las cosas, resulta evidente que, de acuerdo con la evolución jurisprudencial de la Corte Constitucional, se ha otorgado un valor especial a los tratados internacionales sobre derechos humanos, que los sitúa dentro del bloque de constitucionalidad a partir del cual se debe estudiar la exequibilidad de las normas. En este sentido, resulta pertinente analizar la compatibilidad del aparte demandado del artículo 56 de la ley 1450 de 2011 con los instrumentos internacionales que disponen pautas sobre la materia. En efecto, es innegable que el bloque de constitucionalidad ha:

“(…) permitido que los tratados de derechos humanos y de derecho humanitario, así como la doctrina elaborada por las instancias internacionales, hayan entrado con fuerza en la práctica jurídica colombiana. Por ejemplo, es claro que hoy en Colombia, conforme a la doctrina desarrollada por la Corte Constitucional, los convenios de derecho humanitario y gran parte de los otros tratados de derechos humanos, tienen rango constitucional, y hacen parte del bloque en sentido estricto⁵⁸.”

En consideración de lo anterior, se procede al estudio de cada cargo en concreto:

Violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue aprobada mediante la Ley 16 de 1972, y ratificada el 31 de julio de 1973. Desde entonces, se encuentra vigente y resulta aplicable para Colombia. Sobre su relevancia para el ordenamiento jurídico interno, se ha conceptualizado en múltiples ocasiones y se ha reconocido que como instrumento relativo a los derechos humanos, forma parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto.

En efecto, se ha llegado incluso a afirmar que la jurisprudencia que produce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en virtud de su labor interpretativa de la

⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-067 de 2003, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵⁸ Rodrigo Uprimny, El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. Disponible en: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_46.pdf.

Convención, también constituye un criterio interpretativo que debe ser tenido en cuenta al momento de estudiar la constitucionalidad de las leyes de la República. Al respecto, en la sentencia C-469 de 2016, la Corte Constitucional conceptuó:

“En resumen, (i) en virtud del carácter judicial de la Corte IDH, su creación por la CADH y su competencia para interpretar con autoridad la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la jurisprudencia que emite posee especial relevancia bajo las funciones integradora e interpretativa del bloque de constitucionalidad. (ii) Los criterios interpretativos de la CIDH, si bien no tienen el mismo carácter que aquellos de la Corte IDH, permiten ilustrar y sirven de fuente complementaria en la determinación del alcance de la Convención y como elemento orientador en la adscripción del sentido de los derechos constitucionales fundamentales”⁵⁹.

A partir de lo anterior, resulta evidente que la Corte Constitucional ha sido enfática en otorgar a la Convención Interamericana de Derechos Humanos un lugar privilegiado en el ordenamiento jurídico interno, hasta tal punto de incluso reconocer que los criterios de su intérprete autorizado también son vinculantes constitucionalmente. Ahora bien, es importante resaltar que en adición a estos criterios desarrollados por el derecho interno, de la convención misma también han derivado otro tipo de mecanismos que hacen obligatoria su aplicación en los estados partes.

Teniendo en cuenta lo anterior, se procede a argumentar cómo la norma acusada viola los artículos 11 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Para exponer estos cargos, nos enfocaremos en el texto de dichos artículos, al igual que la interpretación dada a estos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Como criterio auxiliar, además, se acudirá a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre los artículos 8 y 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, encargados de brindar una protección similar a esos derechos.

NOVENO CARGO: La norma demandada viola el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Como punto de partida se trae a colación que el artículo 11 de la Convención dispone:

“Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. **Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.**
3. **Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”**(Subrayo)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido al ámbito de aplicación de la vida privada en el sentido de que “se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública y comprende, entre otras dimensiones, tomar decisiones relacionadas con diversas áreas de la propia vida libremente, tener un espacio de tranquilidad personal, mantener reservados

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-469 de 2016, M.P: Luis Ernesto Vargas Silva.

ciertos aspectos de la vida privada y controlar la difusión de información personal hacia el público”⁶⁰.

Adicional a esto, la Corte ha establecido una interpretación amplia del derecho a la privacidad, en el sentido de que:

“(...)La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. (...)”⁶¹.

De especial relevancia para el cargo particular, además, la Corte ha indicado que “[a]unque las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11 de la Convención, se trata de una forma de comunicación que, al igual que la correspondencia, se encuentra incluida dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada”⁶². Incluso, en un sentido más amplio, la Corte ha dicho que la vida privada protege cualquier “elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones”⁶³.

Se debe resaltar en este punto que la Corte ha establecido que la protección de este derecho no se limita a la no interferencia directa por parte del Estado, sino que también “impone a los Estados el deber de brindar la protección de la ley contra aquellas injerencias. En consecuencia, el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la vida privada mediante acciones positivas, lo cual puede implicar, en ciertos casos, la adopción de medidas dirigidas a asegurar dicho derecho protegiéndolo de las interferencias de las autoridades públicas así como también de las personas o instituciones privadas”⁶⁴.

La CIDH se ha referido a la aplicación de estos principios en Internet de la siguiente forma:

“195. Con el advenimiento de internet surgieron numerosos desafíos en torno a la protección del derecho a la privacidad, tanto para el Estado, en su rol de garante, como para los particulares, en su rol de usuarios.

⁶⁰ Corte IDH, Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 48.

⁶¹ Corte IDH, Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica (Fecundación In Vitro). Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 257., Párr. 143.

⁶² Corte IDH. Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193. Párr. 55.

⁶³ Corte IDH. Caso Escher vs. Brasil. Sentencia de 6 de Julio de 2009. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 200. Párr. 114.

⁶⁴ Corte IDH. Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 49.



EL VEINTE

JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

196. Por su naturaleza, internet actualmente constituye indudablemente un espacio natural para el desarrollo de la persona. Si bien podría en ciertos casos caracterizarse como el domicilio de una persona – su página personal, profesional, bancaria o comercial- o como un medio de comunicación –el correo electrónico, los servicios de mensajería.-, no puede limitarse necesaria y forzosamente a estos dos supuestos.

197. Internet también ofrece nuevos “espacios públicos” donde interactuar, opinar, asociarse, participar, educar o recibir educación, informar o informarse, etc. La distinción entre los planos personal y público no siempre es clara para terceros, y muchas veces tampoco es clara para los propios actores –las personas- que se desarrollan en ellos.

198. Internet supone necesariamente la existencia y convivencia con intermediarios – proveedor, servidor, plataforma, etc.-, y ello hace que el uso y la interacción en internet necesariamente generen datos y dejen “rastros digitales”, incluso en la esfera más privada. Los Estados deben proteger el derecho a la privacidad frente a posibles injerencias arbitrarias o abusivas también respecto de terceros

199. En efecto, la tecnología siempre le ha dado forma al concepto de privacidad. El impacto de la tecnología sobre la privacidad se hizo evidente con la introducción de los medios de comunicación y las fotografías de circulación masiva. Con internet, la capacidad técnica para reunir, almacenar e intercambiar información personal que brindan las tecnologías digitales generó un nuevo desafío en la protección de la privacidad. La mayoría de las empresas de redes sociales tienen un modelo de negocios por el cual ofrecen servicios "gratuitos" a cambio de la propiedad de los datos que generan los usuarios. Esto complica enormemente el derecho de las personas a determinar cuándo, cómo y en qué medida se comunica la información sobre ellas a los demás. El creciente poder de procesamiento de las computadoras complica aún más el reto, ya que la información se puede recabar de múltiples fuentes, procesar y volver a procesar para luego venderse. De hecho, el modelo de negocios de las empresas más exitosas incide directamente sobre el derecho a la privacidad.

200. Las nuevas tecnologías también crean la posibilidad de localizar y rastrear datos personales, algo que antes no era posible. Cada computadora, teléfono móvil u otro dispositivo conectado a internet tiene una dirección única de Protocolo de Internet (IP), que le proporciona un identificador específico al dispositivo y que significa a su vez que este puede rastrearse. La aparición de los sistemas GPS permitió que los dispositivos con direcciones IP únicas puedan localizarse físicamente, lo que permite a cualquiera con acceso a esa información la capacidad de rastrear los movimientos de la persona en poder del dispositivo.

201. En internet han surgido varias herramientas nuevas diseñadas para extraer información personal del usuario. De las numerosas herramientas que se han creado para rastrear a los usuarios de internet, dos ejemplos conocidos son las cookies y los web bugs. Las cookies son pequeños fragmentos de texto que los navegadores de internet almacenan en la computadora de un usuario. La cookie se “registra” con el navegador de internet cada vez que el usuario accede

a ese navegador y puede usarse para supervisar el historial de sesión del usuario, almacenar cualquier preferencia, etc. Por lo habitual, los web bugs (también llamados beacons o baliza web) son invisibles para el usuario, ya que su tamaño apenas alcanza 1x1 píxeles, y se incluyen en las páginas web y los correos electrónicos. Cuando se accede a la página o el correo electrónico que contiene el web bug, este envía la información al servidor (incluida la dirección IP del usuario, la hora y la fecha en que fue vista la página o correo electrónico y el navegador en que se vio)”⁶⁵.

De lo anterior se puede concluir: la protección de la vida privada abarca varios elementos de la vida de las personas, incluyendo diversos aspectos de la vida comunicativa, y no se limita a la no injerencia por parte del Estado, sino que también incluye el deber de este para evitar injerencias abusivas por parte de particulares. La aplicación de estos principios en Internet trasciende a una serie de posibles injerencias a través de las diversas tecnologías que usan los usuarios y diversos rastros que estos dejan en línea, muchas veces sin pleno conocimiento de aquello.

Esto cobra especial relevancia en el caso de los PSI como intermediarios de Internet, toda vez que, como lo ha explicado la CIDH, “ejercen un control sobre cómo y con quién se comunican sus usuarios, de hecho se han convertido en actores clave en la protección de los derechos a la libertad de expresión y a la privacidad”⁶⁶.

Por otro lado, es claro que en la jurisprudencia interamericana existen limitaciones a la privacidad, toda vez que no es un derecho absoluto. No obstante, estas limitaciones deben solo ser admisibles “siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y ser necesarias en una sociedad democrática”⁶⁷.

Con respecto al primero de los requisitos, la Corte Interamericana ha indicado que “las condiciones y circunstancias generales conforme a las cuales se autoriza una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por ley. La norma que establece la restricción debe ser una ley en el sentido formal y material”⁶⁸. Se destaca que, sobre el último de los aspectos, el de la formalidad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha indicado que esto significa que “la legislación interna debe utilizar términos bastante claros para indicar a todos de manera suficiente en qué circunstancias y bajo qué condiciones, habilita a los poderes públicos para hacer uso de medidas que afectan a sus derechos”⁶⁹.

En cuanto al segundo requisito, el de la persecución de un fin legítimo, la Corte Interamericana ha establecido que “la Convención no establece que las únicas restricciones a derechos individuales que pueden ser legítimas son aquellas que pretenden proteger otros derechos individuales. Por el contrario, la Convención también contempla que sean legítimas aquellas restricciones que tengan como finalidad otros motivos no relacionados

⁶⁵ CIDH, Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.17/17 15 de marzo 2017, párr. 197-201.

⁶⁶ Ibid., 103.

⁶⁷ Corte IDH. Caso Escher vs. Brasil. Sentencia de 6 de Julio de 2009. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 200. Párr. 116.

⁶⁸ Ibid., párr. 130.

⁶⁹ TEDH, Case of Fernández Martínez Vs. Spain. App No.56030/07, Sentencia del 12 de junio de 2014, párr.

con el ejercicio de derechos individuales reconocidos en la Convención⁷⁰. Adicionalmente, se debe hacer énfasis en que la Corte ha indicado que “la legitimidad del fin es sólo uno de los elementos en el presente análisis de proporcionalidad y no necesariamente hace que la restricción en cuestión haya sido legal [...], por la vía idónea, necesaria o proporcional [...]⁷¹”.

Con respecto al último de los requisitos, la Corte ha establecido que “dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho [...] y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado[...]⁷²”.

Se hace claridad de que los precedentes citados en el párrafo precedente y el anterior hicieron referencia a restricciones a la libertad de expresión, pero son aplicables a la interpretación de las restricciones a la vida privada en virtud de la interpretación de la Corte Interamericana⁷³ y del principio pro homine. Adicionalmente, se subraya que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha brindado una interpretación similar a la mencionada en el análisis de restricciones a la vida privada⁷⁴.

En este caso particular, tal y como se explicó en los cargos relativos a violaciones a la Constitución, existen una serie de injerencias por parte de los PSI autorizadas por el aparte demandado del Artículo 56 de la Ley 1450 de 2011 que, como se explicará, no cumplen con dichos estándares del sistema interamericano:

1. Al establecer la posibilidad de hacer “segmentaciones” y “perfiles de uso y consumo”, la norma autoriza el tratamiento indiscriminado de datos personales, en muchos casos sensible, de usuarios de Internet por parte de los PSI. Dado que la norma permite revisar el uso y el consumo de los usuarios con el fin de determinar su perfil, se entiende que la norma está autorizando la posibilidad de que los PSI examinen los contenidos y servicios a los que sus usuarios acceden. Esto, en muchos casos, significará acceder a información que pueda dar indicaciones de la orientación política, religiosa, sexual, entre muchas otras.
 - a. **Legalidad:** En este caso, la norma no cumple con el requisito de legalidad en sentido material, toda vez que la norma activa la posibilidad de una injerencia indiscriminada y cualquier tipo de tratamiento de datos con el fin de hacer perfilamientos. No acota cuáles son los límites de esos tratamientos y de esa forma falla en su deber de establecer de forma explícita los patrones de conducta sobre los que deben conducirse los PSI.
 - b. **Finalidad:** Como ya se ha esbozado anteriormente, la finalidad del tratamiento que permite esta norma no es clara. De acuerdo a su redacción,

⁷⁰ Corte IDH, Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 64.

⁷¹ Ibid., párr. 66.

⁷² Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5., párr. 46.

⁷³ Corte IDH. Caso Escher vs. Brasil. Sentencia de 6 de Julio de 2009. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 200. Párr. 116; Corte IDH. Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193. Párr. 57.

⁷⁴ TEDH, Case of Dudgeon v. United Kingdom, App. no. 7525/76, sentencia del 22 de octubre de 1981, Párr. 51.



EL VEINTE

JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

pareciera que está más que todo inspirada en razones de orden comercial. Tal finalidad, al no ser la de “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”, no sería legítima en el marco de la jurisprudencia interamericana.

- c. Necesidad y proporcionalidad:** Incluso en el caso en que existiera un fin legítimo, no queda claro en qué manera una autorización tan amplia sobre las facultades de tratamiento por parte de los PSI cumple con ser la medida que “restrinja en menor escala” la privacidad. Al ser una autorización tan amplia de tratamiento, los PSI están autorizados para recolectar información de sus usuarios en diversas formas, incluyendo la de los contenidos que envían y reciben a través de los servicios de los PSI, además de información de bases de datos externas. En la misma línea, una autorización tan amplia permite que los PSI tomen cualquier tipo de decisiones sobre sus usuarios encaminados a realizar un perfilamiento o segmentación. Esto, a la larga, se convierte en una carta blanca con un amplio poder informático en cabeza de los PSI, algo que no es admisible en la jurisprudencia interamericana.
2. Al establecer la posibilidad de que los PSI hagan “ofertas” de acuerdo a las “segmentaciones y “perfiles de uso y consumo”, la norma permite vicios del consentimiento en el tratamiento de datos personales por parte de los diversos servicios y aplicaciones que usan los usuarios a través de las redes de los PSI. Esto, toda vez que la norma permite que los PSI diseñen “ofertas” que puedan significar el acceso a determinadas plataformas sin que, dado el nivel de especificidad que puede tener una oferta basada en un perfilamiento, el usuario tenga la posibilidad de escoger otra opción.

 - a. Legalidad:** En este caso, la norma no cumple con el requisito de legalidad en sentido material. Así, se resalta que la CIDH ha establecido los siguientes lineamientos con respecto al tratamiento de los datos personales:

“para que el consentimiento sea válido, este debe ser libre e informado. Los Estados deben velar porque existan condiciones generales que garanticen que dicho consentimiento pueda ser efectivamente libre e informado”⁷⁵.

Esta norma altera las condiciones de libertad e información del consentimiento. Al tratarse de una norma que afecta las condiciones para el consentimiento en el manejo de los datos personales, requiere la redacción más clara y precisa posible que justifique su existencia. De lo contrario, se constituye en una mera revocatoria por vía legal del consentimiento como fundamento legal primario para el tratamiento de datos personales.

- b. Finalidad:** Se reitera que la finalidad del tratamiento que permite esta norma no es clara. De acuerdo a su redacción, pareciera que está más que todo inspirada en razones de orden comercial. Tal finalidad, al no cubrir las finalidades mencionadas en el punto 1, no sería legítima en el marco de la jurisprudencia interamericana.
- c. Necesidad y proporcionalidad:** Al tratarse de la condición básica para el tratamiento de datos personales, sobre la que solo puede haber injerencias en casos limitados y extraordinarios, las posibilidades de limitaciones sobre

⁷⁵ CIDH, Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.17/17. 15 de marzo 2017. párr. 206.

el consentimiento deben establecerse con especial cautela. Se resalta que el TEDH ha indicado que la retención de información que pueda afectar la privacidad de una persona, sin el consentimiento de la persona afectada “no puede considerarse como neutral o insignificante”⁷⁶. No es comprensible de ninguna forma cómo puede considerarse como necesaria una medida que altera las relaciones de consentimiento sobre los servicios, contenidos o aplicaciones que una persona decida usar en Internet, ni siquiera en la eventualidad de que la finalidad comercial fuera considerada admisible.

3. Adicional a los anteriores puntos, la posibilidad de hacer “ofertas” se puede constituir en una discriminación, toda vez que las ofertas se dan a partir del tratamiento indiscriminado de los datos personales de los usuarios, posiblemente sensibles, por parte de los PSI.

a. **Legalidad:** En lo que se refiere a esta posibilidad, la norma tampoco cumple con el requisito de legalidad en sentido material. Esto se da por las mismas razones anteriores: la norma introduce la posibilidad de un tratamiento de datos de forma indiscriminada y sin ningún tipo de acotamiento y, además, introduce alteraciones a las condiciones del consentimiento. Esto desencadena la posibilidad de realizar un tratamiento de tipo discriminatorio a partir de datos sensibles, con el efecto de que se realicen ofertas discriminatorias.

b. **Finalidad:** una vez más se reitera que la finalidad del tratamiento que permite esta norma no es clara. De acuerdo a su redacción, pareciera que está más que todo inspirada en razones de orden comercial. Tal finalidad, al no cubrir las finalidades mencionadas en el punto 1, no sería legítima en el marco de la jurisprudencia interamericana.

c. **Necesidad:** Incluso si se pudiera considerar que tal finalidad es legítima, no es posible considerar que una norma que facilita la discriminación a través del tratamiento de datos sensibles es una medida proporcional a dicho fin. Tampoco se puede considerar que es la medida menos restrictiva posible con el fin de cumplir un interés económico de los PSI.

En razón de lo anterior, consideramos que la norma acusada vulnera el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que debe ser declarado inconstitucional.

DÉCIMO CARGO: La norma demandada viola el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El artículo 13 de la Convención establece:

“Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

⁷⁶ TEDH, S and Marper v. The United Kingdom. Nos. 30562/04 30566/04. 4 December 2008, para. 84.

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.”

Se parte de la premisa esencial de que, al establecer que la libertad de expresión se protege “por cualquier otro procedimiento”, el artículo 13 de la Convención abarca las expresiones en Internet. Más explícitamente, la CIDH ha establecido una serie de principios sobre la protección del derecho a la libertad de expresión en Internet. Para el caso concreto, se vuelven especiales los principios de neutralidad, pluralismo y no discriminación:

Con respecto a la **neutralidad**, la CIDH ha establecido que:

“[l]o que persigue tal principio es que la libertad de acceso y elección de los usuarios de utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio legal por medio de Internet no esté condicionada, direccionada o restringida, por medio de bloqueo, filtración, o interferencia. Se trata de una condición necesaria para ejercer la libertad de expresión en Internet en los términos del artículo 13 de la Convención Americana y, a la vez, de un componente transversal de los principios orientadores antes mencionados [...]

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

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”⁷⁷.

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

“18. Maximizar el número y la diversidad de voces que puedan participar de la deliberación pública es al mismo tiempo condición y finalidad esencial del

⁷⁷ CIDH, Libertad de Expresión e Internet, OEA/Ser.L/V/II. - CIDH/RELE/INF. 11/, 31 diciembre 2013, párr. 25, 29 y 30.

proceso democrático. En este sentido, las garantías robustas para el ejercicio de la libertad de expresión a través de Internet son, en la actualidad, una condición de posibilidad para esa apertura de la esfera pública.

19. Le corresponde al Estado preservar las condiciones inmejorables que posee Internet para promover y mantener el pluralismo informativo. Esto implica asegurar que no se introduzcan en Internet cambios que tengan como consecuencia la reducción de voces y contenidos. Las políticas públicas sobre la materia deben proteger la naturaleza multidireccional de Internet y promover las plataformas que permitan la búsqueda y difusión de informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, en los términos del artículo 13 de la Convención Americana”⁷⁸.

En una estrecha relación con dichos principios, la CIDH ha indicado sobre el principio de no discriminación que:

“[...]Esta obligación de no discriminación se traduce, entre otros, en el deber del Estado de remover los obstáculos que impidan a los ciudadanos – o a un sector en particular – difundir sus opiniones e informaciones.

21. En el entorno digital, la obligación de no discriminación implica, además de los deberes de acceso y pluralismo ya referidos, la adopción de medidas, a través de todos los medios apropiados, para garantizar que todas las personas – especialmente aquellas que pertenecen a grupos vulnerables o que expresan visiones críticas sobre asuntos de interés público – puedan difundir contenidos y opiniones en igualdad de condiciones. En estos términos, resulta necesario asegurar que no haya un trato discriminatorio a favor de ciertos contenidos en Internet, en detrimento de aquellos difundidos por determinados sectores”⁷⁹.

Se puede evidenciar, además, una fuerte relación entre estos tres conceptos de acuerdo con lo expresado por la CIDH:

“La protección de la neutralidad de la red es fundamental para garantizar la pluralidad y diversidad del flujo informativo. Como ha sido señalado por la Corte Interamericana, “el Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida posible, la participación de las distintas corrientes en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo”. Por su parte, el principio 5 de la Declaración de Principios dispone que “[l]as restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión”. Del mismo modo, deben adoptarse medidas para evitar que el establecimiento de controles particulares genere una violación de la libertad de expresión. Como sostiene el artículo 13.3 de la Convención Americana, las restricciones indirectas de este derecho pueden también provenir de determinados actos de particulares y los Estados deben asumir un rol de garantía frente a esos abusos”⁸⁰.

⁷⁸ CIDH, Libertad de Expresión e Internet, OEA/Ser.L/V/II. - CIDH/RELE/INF. 11/, 31 diciembre 2013, párr. 18 y 19.

⁷⁹ CIDH, Libertad de Expresión e Internet, OEA/Ser.L/V/II. - CIDH/RELE/INF. 11/, 31 diciembre 2013, párr. 20 y 21.

⁸⁰ CIDH, Libertad de Expresión e Internet, OEA/Ser.L/V/II. - CIDH/RELE/INF. 11/, 31 diciembre 2013, párr. 28.

Como ya se ha explicado a lo largo de esta acción de inconstitucionalidad, el aparte demandado del artículo 56 de la ley 1450 de 2011 vulnera el derecho a la libertad de expresión en contravía de dichos principios:

1. Afecta el principio de neutralidad y, así, la arquitectura de Internet: Como ya se explicó extensivamente, el principio de neutralidad implica que no exista ningún tipo de discriminación en el tratamiento de datos y tráfico de Internet, salvo que este sea para preservar la integridad y seguridad de la red, prevenir la transmisión de contenidos no deseados por expresa solicitud libre y no incentivada del usuario y para gestionar temporalmente la congestión de la red. No obstante, la norma demandada establece la posibilidad de hacer dicha discriminación con base en criterios comerciales. En este sentido, la norma demandada incumpliría con la garantía del principio de no discriminación.
2. Afecta el pluralismo: Como ya se indicó, la norma restringe el pluralismo, toda vez que autoriza a los PSI para que, a través de la segmentación o perfilamiento, determinen el tipo de aplicaciones, servicios o contenidos que los usuarios pueden recibir, lo que constituye en una facultad privada para interferir en la cantidad, diversidad, multiplicidad de informaciones y puntos de vista.
3. Genera discriminación: Dichas ofertas a través de perfilamiento o segmentación permiten que se cause una discriminación sobre los usuarios y sobre potenciales productores o difusores de contenidos, servicios o aplicaciones. Así, los primeros tienen una afectación discriminatoria sobre su derecho a buscar y recibir informaciones y opiniones en los términos del artículo 13 de la Convención y los segundos sobre el derecho a difundirlas.

Estos impactos sobre la libertad de expresión no cumplen con los requisitos de legalidad, persecución de un fin legítimo y necesidad y proporcionalidad, tal y como se expone a continuación:

- a. **Legalidad:** La norma se establece con una amplitud tan grande que permite interpretaciones arbitrarias por parte de los PSI que se rigen por ella, al igual que por las entidades reguladoras. En este sentido, la amplitud de la posibilidad de hacer “ofertas” basadas en “perfiles” o “segmentaciones” puede dar una carta blanca para negaciones del principio mismo de la neutralidad. Esta norma borra las protecciones establecidas en el resto del artículo.
- b. **Finalidad:** Como se ha explicado anteriormente, no existe evidencia sobre cuál es el fin legítimo que persigue esta norma, pero, en todo caso, la única que se ve a primera vista es la de un carácter comercial. Esta no se encuentra dentro de las finalidades reconocidas por el sistema interamericano en interpretación del artículo 13 de la convención.
- c. **Necesidad y proporcionalidad:** incluso si se tratara de una finalidad legítima, la posibilidad de que exista una interferencia que niegue los principios de neutralidad, pluralismo y no discriminación y, por consiguiente, la garantía de la libertad de expresión, no puede considerarse como la opción menos restrictiva sobre dicho derecho.

De acuerdo con lo anterior, la norma demandada es contraria al artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y debe ser retirada del ordenamiento jurídico.

Violaciones al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue ratificado por Colombia el 29

de octubre de 1968 y fue aprobado por el Congreso de la República a través de la Ley 74 de 1968. No obstante, entró en vigencia hasta 8 años después, el 23 de marzo de 1976.

Desde entonces, ha sido admitido como uno de los instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad en sentido estricto y que, por tanto, debe ser tenido en cuenta al estudiar la exequibilidad de las normas. Así lo ha referido la Corte en diversas sentencias de constitucionalidad⁸¹. Más explícitamente, la Corte ha indicado que los artículos del pacto constituyen “parámetros de jerarquía constitucional para ejercer el control de constitucionalidad al hacer parte del bloque de constitucionalidad *stricto sensu*”⁸².

No cabe duda entonces de que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto y, en esa medida, su estudio resulta esencial para determinar la constitucionalidad de las normas.

Teniendo en cuenta lo anterior, se procede a argumentar cómo la norma acusada viola los artículos 17 y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Para exponer estos cargos, nos enfocaremos en el texto de dichos artículos, al igual que la interpretación dada a estos por diversas instancias del sistema de Naciones Unidas, especialmente aquellas cuyo mandato es el de salvaguarda o estudio de los derechos del Pacto, como el Comité y el Consejo de Derechos Humanos, al igual que la Asamblea General y las relatorías especiales.

ONCEAVO CARGO: La norma demandada viola el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Se parte de la redacción del artículo 17 del Pacto:

“Artículo 17

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

En interpretación de este artículo, el Comité de Derechos Humanos ha establecido que se trata de un derecho que protege al individuo de injerencias arbitrarias o ilegales por parte de autoridades estatales o de personas físicas o jurídicas en su vida privada, familia, domicilio y correspondencia, significando el término “ilegales” que cualquier interferencia “sólo puede tener lugar en virtud de la ley, que a su vez debe conformarse a las disposiciones, propósitos y objetivos del Pacto” y siendo “arbitrarias” un concepto que también abarca las injerencias de rango legal en el entendido de que “incluso cualquier injerencia prevista en la ley esté en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto y sea, en todo caso, razonable en las circunstancias particulares del caso”.⁸³

En adición a esto, el Comité ha indicado que, en la aplicación de restricciones a derechos establecidos en el pacto, “los Estados deberán demostrar su necesidad y sólo podrán tomar las medidas que guarden proporción con el logro de objetivos legítimos a fin de garantizar

⁸¹ Ver, entre otras, Corte Constitucional, Sentencia C 046 de 2006, M.P.: Álvaro Tafur Galvis y Corte Constitucional, Sentencia C 820 de 2005, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

⁸² Corte Constitucional, Sentencia C 504 de 2007. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

⁸³ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General No 16 - Derecho a la intimidad (artículo 17), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 162 (1988), párr 1-4.

una protección permanente y efectiva de los derechos reconocidos en el Pacto. En ningún caso podrán aplicarse o invocarse las restricciones de manera que menoscaben el elemento esencial de un derecho reconocido en el Pacto.”⁸⁴

Por su parte, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha establecido que “los Estados deben velar por que toda injerencia en el derecho a la privacidad se ajuste a los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad”⁸⁵.

El relator especial sobre el derecho a la privacidad de las Naciones Unidas ha profundizado en la interpretación del artículo 17 del Pacto, condensando los documentos anteriormente indicados, e indicando que existen cuatro criterios esenciales que deben cumplirse para poder considerar que una vulneración a la privacidad es legítima:

“a) no debe ser arbitraria y debe estar prevista por la ley; b) debe perseguir un objetivo necesario en una sociedad democrática; c) debe ir únicamente en interés “de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”; y d) debe ser proporcional a la amenaza o riesgo en cuestión.”⁸⁶

El Comité ha indicado además que “[d]ebe prohibirse la vigilancia, por medios electrónicos o de otra índole, la intervención de las comunicaciones telefónicas, telegráficas o de otro tipo, así como la intervención y grabación de conversaciones”⁸⁷. Adicionalmente, el Comité considera que “Los Estados deben adoptar medidas eficaces para velar por que la información relativa a la vida privada de una persona [...] nunca se la utilice para fines incompatibles con el Pacto.”⁸⁸

Por su parte, el relator especial sobre el derecho a la privacidad de las Naciones Unidas se ha referido a la importancia de la protección de los datos personales en el marco de las relaciones de consumo:

“El uso de los datos personales de los consumidores por parte de los servicios financieros y otros sectores ha suscitado preocupación tanto a nivel de políticas públicas como a nivel individual. El tratamiento correcto de los datos personales forma parte cada vez más de las expectativas razonables de los consumidores con respecto a los servicios y productos que utilizan”⁸⁹.

Así mismo, el relator se ha referido a la importante relación entre el derecho de los consumidores y la privacidad como herramienta para “evaluar la equidad de aquellas situaciones en las que las empresas exigen que los de datos o al intercambio de datos con terceros.”⁹⁰

⁸⁴ ob g 31, párr 6.

⁸⁵ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 26 de septiembre de 2019 - 42/15 - El derecho a la privacidad en la era digital, A/HRC/RES/42/15, 7 de octubre de 2019.

⁸⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas, Derecho a la privacidad - Informe del Relator Especial sobre el derecho a la privacidad, A/HRC/40/63, 16 de octubre de 2019, párr. 18.

⁸⁷ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General No 16 - Derecho a la intimidad (artículo 17), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 162 (1988), párr 8.

⁸⁸ Ibid., párr 10.

⁸⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre el derecho a la privacidad, A/73/438, 17 de octubre de 2018, párr. 81.

⁹⁰ Ibid, párr. 87.

A lo largo de esta demanda se han indicado una serie de restricciones al derecho a la privacidad que no cumplirían con los estándares establecidos a nivel de Naciones Unidas con relación al artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

1. Al establecer la posibilidad de hacer “segmentaciones” y “perfiles de uso y consumo”, la norma autoriza el tratamiento indiscriminado de datos personales, en muchos casos sensible, de usuarios de Internet por parte de los PSI. Dado que la norma permite revisar el uso y el consumo de los usuarios con el fin de determinar su perfil, se entiende que la norma está autorizando la posibilidad de que los PSI examinen los contenidos y servicios a los que sus usuarios acceden. Esto, en muchos casos, significará acceder a información que pueda dar indicaciones de la orientación política, religiosa, sexual, entre muchas otras.
2. Al establecer la posibilidad de que los PSI hagan “ofertas” de acuerdo a las “segmentaciones y “perfiles de uso y consumo”, la norma permite vicios del consentimiento en el tratamiento de datos personales por parte de los diversos servicios y aplicaciones que usan los usuarios a través de las redes de los PSI. Esto, toda vez que la norma permite que los PSI diseñen “ofertas” que puedan significar el acceso a determinadas plataformas sin que, dado el nivel de especificidad que puede tener una oferta basada en un perfilamiento, el usuario tenga la posibilidad de escoger otra opción.
3. Adicional a los anteriores puntos, la posibilidad de hacer “ofertas” se puede constituir en una discriminación, toda vez que las ofertas se dan a partir del tratamiento indiscriminado de los datos personales de los usuarios, posiblemente sensibles, por parte de los PSI.

Como quedó expuesto en el cargo séptimo, estas son interferencias con el derecho a la privacidad que no cumplen con los estándares de legalidad, finalidad legítima, ni necesidad y proporcionalidad. Adicionalmente, se resalta que, al estar fundamentados en una finalidad plenamente comercial, en lugar de la seguridad nacional, la seguridad pública o el orden público, o la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás, se entiende que se trataría de restricciones que, por un lado, no cuentan con una finalidad legítima y, por el otro, calificarían como “arbitrarias” al no basarse en las demás garantías del Pacto.

En virtud de lo expuesto, la norma demandada es contraria al artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y debe ser declarada como inconstitucional.

DOCEAVO CARGO: La norma demandada viola el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos está redactado en los siguientes términos:

“Artículo 19

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

- a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
- b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.”

De manera similar al sistema interamericano de derechos humanos, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha establecido que las restricciones a la libertad de expresión deben cumplir con el test tripartito, consistente en: i. Legalidad; ii. Persecución de una finalidad legítima en los términos del Pacto y iii. Necesidad y proporcionalidad. Se destaca, además, que el Comité ha indicado que en la aplicación de las restricciones a la libertad de expresión se debe tener en cuenta el párrafo 1 del artículo 5 del Pacto, que dispone que “ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él”⁹¹. Adicionalmente, el Comité ha establecido que “[n]o se permiten restricciones por motivos que no estén especificados en el párrafo 3 [del artículo 19], aunque esos motivos justificasen restricciones de otros derechos protegidos por el Pacto”⁹².

Con respecto al requisito de legalidad, el Comité ha indicado que “la norma debe estar formulada con precisión suficiente para que una persona pueda regular su comportamiento de conformidad con ella, y hacerse accesible al público. Las leyes no pueden conferir a los encargados de su aplicación una discrecionalidad sin trabas para restringir la libertad de expresión. Las leyes deben proporcionar suficientes orientaciones a los encargados de su ejecución para que puedan distinguir cuáles expresiones pueden restringirse correctamente y cuáles no”⁹³.

Con respecto a la finalidad legítima, se destaca que el Comité ha indicado que la expresión “derechos” de otros “comprende los derechos humanos reconocidos en el Pacto y, más en general, en la normativa internacional de los derechos humanos”⁹⁴. En todo caso, se destaca que “[c]uando un Estado parte haga valer una razón legítima para restringir la libertad de expresión, deberá demostrar en forma concreta e individualizada la naturaleza precisa de la amenaza y la necesidad y la proporcionalidad de la medida concreta que se haya adoptado, en particular estableciendo una conexión directa e inmediata entre la expresión y la amenaza”⁹⁵.

El Comité ha expresado, además, que la libertad de expresión bajo el artículo 19 del Pacto “protege todas las formas de expresión y los medios para su difusión”, incluyendo Internet⁹⁶, que los Estados “deberían adoptar medidas adecuadas, en forma compatible con el Pacto, para impedir un excesivo predominio o concentración de los medios de comunicación por grupos mediáticos bajo control privado, en situaciones monopolísticas que pueden menoscabar la diversidad de fuentes y opiniones”⁹⁷ y que “[t]oda limitación al funcionamiento de los sitios web, los blogs u otros sistemas de difusión de información en Internet, electrónicos o similares, incluidos los sistemas de apoyo a estas comunicaciones,

⁹¹ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación general N° 34 - Artículo 19 Libertad de opinión y libertad de expresión, CCPR/C/GC/34, 12 de septiembre de 2011, párr. 21.

⁹² Ibid., párr. 22.

⁹³ Ibid., párr. 25.

⁹⁴ Ibid., párr. 28.

⁹⁵ Ibid., párr. 35.

⁹⁶ Ibid., párr. 12.

⁹⁷ Ibid., párr. 40.

como los proveedores de servicios de Internet o los motores de búsqueda, solo serán admisibles en la medida en que sean compatibles con el párrafo 3 [del artículo 19]⁹⁸.

Con respecto a la aplicación del artículo 19 del Pacto en Internet, y más específicamente con relación a la neutralidad de la red, la Relatoría Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de las Naciones Unidas ha indicado lo siguiente:

“Además de abstenerse de imponer restricciones innecesarias y desproporcionadas al acceso a los contenidos digitales, los Estados también tienen el deber de velar por una Internet libre y abierta. El principio de neutralidad de la red establece que todos los datos, contenidos y servicios de Internet sean tratados de forma equitativa y sin discriminación indebida. Sin embargo, los proveedores de servicios de Internet pueden utilizar tecnologías que aceleren o favorezcan de otro modo el acceso a determinados contenidos y servicios, mientras disminuyen la velocidad de acceso a otros (esa práctica se conoce como “throttling”). El creciente número de colaboraciones entre los proveedores de servicios de Internet y las plataformas de alojamiento de contenidos que ofrecen datos inalámbricos gratuitos para poder acceder a contenidos en línea o a servicios prestados por esas plataformas (también conocido como prestación de servicios sin costo) ha sido objeto de controversia. **Si bien esas medidas menoscaban el principio de neutralidad de la red, sigue siendo objeto de debate si pueden permitirse en las zonas que carecen de acceso a Internet**”⁹⁹.(Subrayo)

De lo dicho por la relatoría se puede observar que las medidas por parte de los PSI que desencadenen en el privilegio de determinados servicios, contenidos o plataformas, tal como las que permite la norma demandada, menoscaban el principio de neutralidad de la red. Esto, a pesar de que es discutible que estas medidas puedan adoptarse en zonas con poco acceso a Internet. No obstante, se resalta que la norma demandada no establece ningún tipo de limitación con respecto a la facultad de los PSI y, además, lo deja a completa discrecionalidad de los perfilamientos o segmentaciones de carácter comercial que hagan dichas personas naturales o jurídicas.

En consideración de lo anterior, y tratándose de una norma que no cumple con los criterios mínimos para establecer restricciones al derecho a la libertad de expresión, se debe declarar su inconstitucionalidad y retirarla del ordenamiento jurídico. En vista de lo anterior, se resalta que en esta demanda se han expuesto varias razones por las que la norma demandada vulnera la libertad de expresión:

1. Afecta el principio de neutralidad y, así, la arquitectura de Internet: Como ya se explicó extensivamente, el principio de neutralidad implica que no exista ningún tipo de discriminación en el tratamiento de datos y tráfico de Internet, salvo que este sea para preservar la integridad y seguridad de la red, prevenir la transmisión de contenidos no deseados por expresa solicitud libre y no incentivada del usuario y para gestionar temporalmente la congestión de la red. No obstante, la norma demandada establece la posibilidad de hacer dicha discriminación con base en criterios comerciales. En este sentido, la norma demandada incumpliría con la garantía del principio de no discriminación. La Relatoría Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de las

⁹⁸ Ibid., párr. 43.

⁹⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, A/HRC/32/38, 11 de mayo de 2016, párr 49.



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Naciones Unidas ha indicado que existe un debate sobre si una medida así es permisible con el fin de facilitar el acceso a Internet en zonas que carecen de este, pero no lo ha dicho de forma concluyente. En todo caso, la norma no se acota de forma clara en este sentido.

4. **Afecta el pluralismo:** Como ya se indicó, la norma restringe el pluralismo, toda vez que autoriza a los PSI para que, a través de la segmentación o perfilamiento, determinen el tipo de aplicaciones, servicios o contenidos que los usuarios pueden recibir, lo que constituye en una facultad privada para interferir en la cantidad, diversidad, multiplicidad de informaciones y puntos de vista. Esto iría en contravía de la interpretación dada por el Comité de Derechos Humanos al artículo 19 del Pacto en el sentido de que existe un deber de los Estados de evitar situaciones monopolísticas que puedan menoscabar la diversidad de fuentes y opiniones.
5. **Genera discriminación:** Dichas ofertas a través de perfilamiento o segmentación permiten que se cause una discriminación sobre los usuarios y sobre potenciales productores o difusores de contenidos, servicios o aplicaciones. Así, los primeros tienen una afectación discriminatoria sobre su derecho a buscar y recibir informaciones y opiniones en los términos del artículo 19 de la Convención y los segundos sobre el derecho a difundirlas.

Estos impactos sobre la libertad de expresión no cumplen con los requisitos de legalidad, persecución de un fin legítimo y necesidad y proporcionalidad, tal y como se expone a continuación:

- d. Legalidad:** La norma se establece con una amplitud tan grande que permite interpretaciones arbitrarias por parte de los PSI que se rigen por ella, al igual que por las entidades reguladoras. En este sentido, la amplitud de la posibilidad de hacer “ofertas” basadas en “perfiles” o “segmentaciones” puede dar una carta blanca para negaciones del principio mismo de la neutralidad. Esta norma borra las protecciones establecidas en el resto del artículo. Además de esto, la norma no establece salvaguardas claras para evitar interpretaciones abusivas por parte de los PSI en aplicación de la ley.
- e. Finalidad:** Como se ha explicado anteriormente, no existe evidencia sobre cuál es el fin legítimo que persigue esta norma, pero, en todo caso, la única que se ve a primera vista es la de un carácter comercial. Esta no se encuentra dentro de las finalidades reconocidas por el sistema universal en interpretación del artículo 19 de la convención. No se trata de ninguna de las previstas en el párrafo 3 de dicho artículo por lo que, de acuerdo con lo dicho por el Comité de Derechos Humanos, no sería admisible.
- f. Necesidad y proporcionalidad:** incluso si se tratara de una finalidad legítima, la posibilidad de que exista una interferencia que niegue los principios de neutralidad, pluralismo y no discriminación y, por consiguiente, la garantía de la libertad de expresión, no puede considerarse como la opción menos restrictiva sobre dicho derecho.

En vista de lo anterior, la norma demandada es contraria al artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por lo que debe ser declarada inconstitucional.

V. PETICIÓN

Solicitamos a la Honorable Corte declare la inconstitucionalidad de la expresión “**Los prestadores del servicio de Internet podrán hacer ofertas según las necesidades de los segmentos de mercado o de sus usuarios de acuerdo con sus perfiles de uso y**



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

consumo, lo cual no se entenderá como discriminación” contenida en el numeral 1 del artículo 56 de la ley 1450 de 2011 por vulnerar los artículos 13, 15, 20, 75, 83 y 333 de la Constitución Política, al igual que los artículos 11 y 13 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y 17 y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

De manera subsidiaria, solicitamos a la honorable Corte que declare la constitucionalidad condicionada de la expresión **“Los prestadores del servicio de Internet podrán hacer ofertas según las necesidades de los segmentos de mercado o de sus usuarios de acuerdo con sus perfiles de uso y consumo, lo cual no se entenderá como discriminación”** contenida en el numeral 1 del artículo 56 de la ley 1450 de 2011 y establezca que esa disposición no puede ser entendida en el sentido de permitir que los PSI establezcan ofertas de mercado que desencadenen en un acceso limitado por parte de los usuarios a contenidos, aplicaciones o servicios en línea.

VI. ANEXOS

1. Copia de la cédula de ciudadanía de cada uno de los accionantes.

VII. NOTIFICACIONES

Las recibiremos en la Secretaría de la H. Corte Constitucional o en la siguiente dirección Carrera 7A # 69 - 67 (Piso 2). De igual manera en el correo direcciónelveinte@gmail.com.

De la Honorable Corte,

ANA BEJARANO RICAURTE
C.C. 1.136.879.823

EMMANUEL VARGAS PENAGOS
C.C. 1.020.727.252

VANESSA LÓPEZ OCHOA
C.C. 1.010.229.149



EL VEINTE
JUSTICIA · LIBERTAD DE EXPRESIÓN

ANEXOS