

Bogotá D.C., 04 de mayo de 2022

Magistrado

Jorge Enrique Ibáñez Nájar

Corte Constitucional

secretaria3@corteconstitucional.gov.co

Asunto: Intervención expediente D-14516-Demanda de Inconstitucionalidad contra el artículo 56 (Parcial) de la Ley 1450 de 2011, *“Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”*.

Cordial saludo,

Carolina Botero Cabrera, Catalina Moreno Arocha, Juanita Castro Hernández y Juan Diego Castañeda, directora, coordinadora de Inclusión Social, abogada y consultor de la Fundación Karisma nos dirigimos a su despacho para remitir nuestras consideraciones sobre la demanda del asunto y para remitir información relevante para el análisis que adelanta la Corte Constitucional.

De entrada consideramos que la autorización para hacer ofertas por parte de los PSI sin que se entiendan como no discriminación es constitucional bajo el entendido de que estas ofertas de servicio o planes cumplan con los principios de libre elección de los usuarios, información, transparencia y no discriminación arbitraria en cuanto a contenidos, aplicaciones o servicios (CAS). Esto supone que la Corte Constitucional indique los límites de la expresión demandada de forma que los PSI tengan prohibidas las conductas de: i) acuerdos de exclusividad, ii) contenido pagado o “sponsored data”, iii) contenido propio del PSI o integración vertical.

Por otro lado, la expresión “de acuerdo con sus perfiles de uso y consumo” es inconstitucional, puesto que da paso a realizar un perfilamiento de los titulares de los

datos personales con base en sus datos sensibles, sin que los mismos cuenten con la garantías necesarias para evitar discriminación.

De forma subsidiaria, en caso de que los condicionamientos no resulten pertinentes, se solicita que se declare la inexecutable total de la autorización señalada en el artículo 56 (1) de la Ley 1450 de 2011, en tanto la amplitud de la excepción a la norma de neutralidad puede conducir a conductas que afectan los derechos fundamentales a la libertad de expresión y a la información, en su dimensión de pluralismo informativo.

Para sustentar lo anterior, se emplea la siguiente estructura: i) la introducción señalando la norma demandada y los cargos aceptados por el Tribunal Constitucional; ii) se presenta una breve contextualización sobre la brecha digital en Colombia; iii) en los puntos 3 y 4, se exponen los argumentos y límites constitucionales que sustentan la interpretación de constitucionalidad condicionada del artículo 56(1) de la Ley 1150 de 2011, desde el enfoque de la neutralidad en la red y libertad de expresión y el derecho a la privacidad y hábeas data; iv) el acápite 5 corresponde a las conclusiones de esta intervención y, v) el último, correspondiente a las solicitudes ante la Corte Constitucional.

I. Introducción

1. La demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 56(1) de la Ley 1450 de 2011.

El día 11 de noviembre de 2021, los ciudadanos Ana Bejarano Ricaurte, Emmanuel Vargas Penagos y Vanessa López Ochoa presentaron una demanda de inconstitucionalidad en contra del numeral primero del artículo 56 de la Ley 1450 de 2011 por vulnerar los artículos 13, 15, 20, 75, 83, 333 de la Constitución Política, los artículos 11 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 17 y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La norma demandada establece lo siguiente:

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

2. Resumen de los cargos:

La Corte Constitucional, a través del auto de 22 de febrero de 2022 admitió los siguientes cargos de la demanda de inconstitucionalidad en contra de un aparte del artículo 56 de la Ley 1450 de 2011:

i. Cargos relativos a la neutralidad en la red y libertad de expresión:

Bajo la temática de neutralidad en la red y derecho a la libertad de expresión, la Corte

agrupó y aceptó los cargos primero, décimo y duodécimo de la demanda de inconstitucionalidad. La Corte Constitucional resume esta línea argumentativa señalando que, a criterio de los demandados, el aparte del artículo 56 da paso a una interferencia por parte de los PSI (Prestadores de Servicios de Internet) en el acceso de los usuarios a internet, pues las ofertas de “acceso gratuito” de ciertas aplicaciones genera un privilegio para servicios, aplicaciones y redes sociales específicas. Así mismo, la norma demandada limita la libertad de expresión sin cumplir los requisitos establecidos en instancias Internacionales como la Corte IDH y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

ii. Cargos relativos al derecho a la intimidad personal y privacidad:

El Tribunal Constitucional asoció y aceptó los cargos quinto, noveno y undécimo de la demanda de inconstitucionalidad bajo argumentos relativos a los derechos a la intimidad personal y privacidad. En específico, los argumentos señalados por la Corte se resumen en que la disposición demandada desconoce los artículos 13 y 15 de la Constitución, dado que permite que los PSI recolecten y analicen datos personales de los usuarios, acceder a conversaciones privadas y datos que dan información sensible que puede ser empleada con fines discriminatorios, lo que se traduce en un “poder informático desproporcionado en cabeza de los PSI sobre sus usuarios, e incluso potenciales usuarios”. De igual manera, el aparte del artículo 56 desconoce el derecho a la privacidad, en tanto los PSI hacen segmentaciones y perfiles de uso y consumo, generando un tratamiento indiscriminado de datos personales que pueden ser sensibles y, que, en todo caso, la limitación al derecho a la privacidad no cumple con los requisitos fijados en la jurisprudencia interamericana ni los señalados por el relator especial sobre el derecho a la privacidad de las Naciones Unidas.

iii. Cargos relativos al derecho de hábeas data:

El Tribunal Constitucional aceptó el cargo sexto bajo la temática del derecho de hábeas data. Lo anterior, ya que los demandantes aducen que la disposición demandada no establece garantía para que los usuarios cambien sus decisiones de consumo y, sumado a ello, al usuario no se le informa el perfil creado a partir de sus hábitos, ni puede rectificar o actualizar su propia información.

iv. Cargo relativo al pluralismo informativo:

La Corte aceptó el tercer cargo de la demandada y señala que los demandantes argumentan que la norma acusada es contraria al pluralismo informativo, toda vez que las ofertas de los PSI, amparada por el aparte del artículo 56, promueven y afectan el acceso a determinadas aplicaciones, servicios y contenidos, lo cual interfiere en la forma en que el usuario busca, recibe y difunde información y opiniones.

II. Contextualización: La brecha digital en Colombia:

La brecha digital corresponde a *“la distancia que separa a las personas que tienen acceso a las tecnologías digitales, incluyendo internet, y que saben usarlas y desarrollan habilidades en torno a estas; y aquellas que no, es una condición que puede favorecer o limitar la penetración de una herramienta digital”*.¹

Según el índice de brecha digital regional de los años 2018-2019², publicado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en el año 2020, el índice de brecha digital evalúa cuatro componentes: 1. El acceso material (*¿la persona tiene cobertura y dispositivos?*), 2. Las habilidades digitales (*¿la persona sabe usar las TIC?*), 3. el aprovechamiento (*¿la persona encuentra una ayuda en el uso de las TIC?*)

¹ Fundación Karisma. Tecnologías para la Pandemia: funcionalidades y brecha digital en las regiones.(2021).

² Míntic. Índice de brecha digital regional. Resultados 2018 y 2019. (2020).

y, 4. la motivación (*¿la persona quiere y puede usar las TIC?*). Por lo tanto, se procede a exponer algunos de los datos cuantitativos del informe “Índice de brecha digital regional 2018-2019” sobre los cuatro componentes para ejemplificar la brecha digital en Colombia.

En el informe presentado, se señaló que Bogotá D.C. es la zona con mejores indicadores para los cuatro componentes. En primer lugar, en lo relativo a las habilidades digitales, Bogotá D.C. lideró los indicadores de “número promedio de habilidades básicas por persona”, “número promedio de habilidades intermedias por persona” y “porcentaje de personas que consideran tener buenas habilidades en dispositivos electrónicos para escribir un programa informático en un lenguaje de programación especializado (programación, apps, web)”, mientras que los departamentos de Vichada y Amazonas ocupan el último lugar en estos mismos indicadores. Respecto al acceso material, para el año 2019, Bogotá D.C. fue la ciudad con el mayor porcentaje de hogares con computador y con internet fijo, mientras que departamentos como Vaupés, Vichada, Guajira, Guaviare y Guainía no superaron el 15% en esos mismos aspectos. Valga indicar que la velocidad promedio de internet Fijo (Mbps) es muy baja (unos 2 Mbps) en Vaupés, San Andrés, Amazonas, Vichada y Guainía. Sumado a lo anterior, se observó que el mayor porcentaje de personas con internet móvil en Colombia se encuentran en Santander, Valle del Cauca, Risaralda, Meta, Cundinamarca, Tolima y Bogotá D.C. con un poco más del 30%, sin embargo, departamentos como Arauca, Guaviare, Caldas, Magdalena, La Guajira, Cesar, Córdoba, Cauca, San Andrés, Bolívar, Sucre, Guainía, Putumayo, Amazonas, Chocó, Vichada y Vaupés tienen un porcentaje menor al 20%.

En cuanto al indicador motivacional, el Mintic informó que en San Andrés un 2% de la población no emplea internet por razones de seguridad o privacidad; de igual manera, aproximadamente un 20% de personas en Vichada, 18% en Putumayo, 17% en Caquetá, 16% en Arauca y Chocó y un 13% en Amazonas no utilizan internet porque es muy costoso y, por último, un 20% de las personas en Vichada y un 18% de las personas en Boyacá no emplean computador porque no saben como usarlo. Finalmente, los indicadores de aprovechamiento de 2019 muestran que Bogotá D.C. es la ciudad donde el número promedio de usos del internet y la frecuencia de utilización del internet por días a la semana es más alto, por su parte, los departamentos donde menor uso se da al internet bajo una frecuencia de 1 a 2 días semanales son Amazonas, Vaupés y Vichada.

Ahora bien, el anterior informe es previo a la ocurrencia de la pandemia por el Covid-19. Durante la emergencia sanitaria, el Mintic registró un aumento de la apropiación digital en Colombia, toda vez que se trasladaron las actividades académicas y laborales al mundo virtual, ahora bien, este aumento se evidenció en la zona urbana. Sumado a lo anterior, la brecha digital continúa siendo una realidad con un especial impacto en la población de personas mayores, en las zonas rurales del país y en varios departamentos que han sufrido un abandono sistemático en la aplicación de programas de apropiación digital.

En principio, este debate se enmarca en una cuestión de política pública, pues es necesario evaluar con detalle la información cualitativa y cuantitativa existente respecto a la brecha digital, con un enfoque de derechos humanos para así establecer las políticas que disminuyan y eliminen esa brecha en el acceso, uso, conocimiento y aprovechamientos de las tecnologías. Sin embargo, la demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 56 (1) de la Ley 1450 de 2011 y la argumentación presentada da

paso a analizar una propuesta concreta que ha surgido en el mercado y que amerita un análisis constitucional, a saber, la tarifa *zero rating* o tarifa cero.

En este escenario, se considera que el estudio y decisión que debe tomar la Corte Constitucional requiere de la consideración del contexto particular colombiano y la brecha digital existente. En todo caso, la Corte Constitucional debe considerar que la regulación sobre neutralidad de la red y, en especial, sobre zero rating, no es una medida de acceso a internet y disminución de la brecha digital. La discusión se presentó de esta forma principalmente cuando Facebook (ahora Meta) lanzó el programa Internet.org que luego renombró como “Free Basics”. En la legislación y regulación del zero rating se considera el margen que tienen los operadores para ofrecer distintos tipos de planes de datos pero no las necesidades públicas de acceso a internet. La política pública y el deber del Estado de promover los derechos relacionados con el acceso a internet no puede quedar contenido en una medida como el zero rating.

III. Neutralidad en la red y Libertad de Expresión:³

En la norma demandada se encuentra estipulado el Principio de Neutralidad en la red para Colombia. Esto es, el artículo 56 (1) está integrado por una prohibición y una autorización para los Prestadores de Servicio de Internet (PSI): en primer lugar, la prohibición de *“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*

³ El presente escrito se fundamenta en el informe de Fundación Karisma denominado Neutralidad de la red y ofertas comerciales en Colombia. Análisis de la regulación, disponible en <https://web.karisma.org.co/fundacion-karisma-publica-informe-sobre-neutralidad-de-la-red-en-colombia/>.

propiedad de estos”; en segundo lugar, una autorización de *“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”*.

Esta última, la autorización, es objeto de cuestionamiento constitucional al considerarse que transgrede el Principio de Neutralidad de la Red y la Libertad de Expresión, toda vez que permitiría la oferta de planes de tarifa cero, los cuales, en la práctica pueden favorecer a ciertos contenidos, aplicaciones y servicios, lo cual impacta en el funcionamiento abierto del internet y la libre circulación de información.

Consideramos que la autorización del artículo 56(1) de la Ley 1450 de 2011 si se mantiene tal y como está, sin ninguna acotación constitucional, es problemática y puede limitar el funcionamiento amplio y libre del internet, pues faculta a los PSI a ofrecer planes del mercado únicamente sujetos a un criterio comercial de oferta-demanda. Sin embargo, una interpretación del artículo 56(1) enmarcada en unos límites constitucionales permitiría proteger el principio de neutralidad de la red y mantener la innovación en las ofertas comerciales que responden a la necesidad de acceso, uso y aprovechamiento de las poblaciones mayormente afectadas por la brecha digital.

Por consiguiente, la pregunta que guía el análisis en este punto es: *¿cuál es el límite constitucional para la expresión “lo cual no se entenderá como no discriminación”*?, o, en otras palabras, *¿la autorización de discriminación también cobija aquella que es arbitraria?* Frente a esto, sostenemos que los límites para que este apartado sea constitucional es que en el marco de las ofertas realizadas por los PSI no se hagan distinciones arbitrarias entre los Contenidos, Aplicaciones y Servicios (CAS) y, que se respeten los principios de libertad de elección, información y transparencia en la relación con los usuarios. Es decir, no es discriminatorio siempre y cuando las ofertas

comerciales no distingan arbitrariamente a los CAS y los usuarios tengan la información suficiente para decidir libremente el contenido, aplicación o servicio.

1. Neutralidad en la red:

A. Concepto de neutralidad en la red:

El valor del internet está dado porque este sea abierto y asequible para todas las personas. Esto es, que se garantice el acceso universal a la infraestructura y que se eliminen barreras que dificulten o impidan su uso y apropiación por parte de personas y poblaciones en circunstancias de vulnerabilidad. Para ello, los Estados tienen la obligación positiva de facilitar el acceso universal a Internet a través de, entre otros, mecanismos regulatorios —que contemplen regímenes de precios, requisitos de servicio universal y acuerdos de licencia— para fomentar un acceso más amplio a Internet, incluso de los sectores pobres y las zonas rurales más alejadas.

El Principio de Neutralidad en la red prohíbe a los Prestadores de Servicio de Internet interferir en el uso que las personas hacen del internet, siempre que dicho uso sea legal. De manera que, el objetivo de este Principio es “preservar la capacidad que tiene el internet de ser una infraestructura abierta con propósitos generales que provee valor a la sociedad a través del tiempo en aspectos económicos y no económicos”⁴. En ese mismo sentido, la garantía de un internet abierto y asequible está directamente vinculado con el principio de la neutralidad en la red.

Así pues, el Principio de Neutralidad de la Red se encarga de limitar las actuaciones de los PSI al ser estos los “gatekeepers”⁵ del contenido del internet suministrado a cada

⁴ Barbara Van Schewick, “Network Neutrality and Quality of Service: service: What a non discrimination rule should look like”, *Stanford Law Review* 67, número 1 (2015).

⁵ Pranesh Prakash. “Regulatory Perspectives on Net Neutrality”, *Centre for Internet and Society* (2015).

uno de sus usuarios. Lo anterior, debido a que los PSI tienen la capacidad para afectar las elecciones de las personas entre las opciones de CAS y afectar la libre competencia entre estos, con el favorecimiento del uso de ciertos contenidos sobre otros, con ofertas comerciales (como la tarifa *zero rating*) o prácticas de gestión de tráfico.

Bajo esta lógica, el Principio de la Neutralidad de la Red busca proteger, principalmente, el carácter abierto del internet, a sus usuarios y a los creadores de CAS.

B. Tarifas de Zero Rating o “tarifa cero”:

Los planes de internet móvil en Colombia, a diferencia de los de internet fijo, tienen un límite de datos. Es decir, los planes de internet móvil permiten descargar una cierta cantidad de datos máxima. Cuando se llega al límite, hay que pagar más por ampliar ese límite o esperar al siguiente ciclo de facturación para volver a tener disponibilidad de datos. A esto se le conoce en inglés como “data caps” o límites de datos.

Los planes de tarifa cero o “*zero rating*” son aquellos en los cuales la descarga de cierto contenido no afecta o cuenta contra el plan de datos adquirido por un usuario. Tal es el caso, cuando un PAI ofrece un plan telefónico con una capacidad en MB y un CAS determinado no cuenta contra la capacidad contratada.

Estas tarifas han dado paso a una serie de debates respecto a sus ventajas y desventajas, los cuales se pueden condensar en “el dilema de la conectividad”. Esta disyuntiva se centra en los usuarios de Internet y plantea la duda de si las tarifas de Zero Rating afectan el acceso libre al internet para los usuarios o, más bien, genera beneficios para los mismos.

Por un lado, la tarifa cero es defendida bajo una lógica de “*cualquier acceso gratis es bueno, aunque sea limitado*”. Esto es, el acceso favorable a un CAS permite que el internet sea accesible para más personas, sobre todo cuando el CAS que no cuenta contra los datos contratados es una plataforma empleada por la mayoría de la población, lo cual hace que la inclusión sea mayor.

Por otro lado, la tarifa cero es rechazada toda vez que “*un acceso gratuito limitado a uno o ciertos contenidos, es peor que nada*”. Esto es, la tarifa cero genera, en primer lugar, un problema en términos de libertad de expresión, puesto que al dar un trato diferencial a ciertos proveedores de Contenido, Aplicaciones o Servicios, los usuarios terminan por acceder de manera limitada al Internet. Adicional a lo anterior, la tarifa traza una línea entre aquello que agota el plan contratado y lo que no. Así pues, una vez las personas contratan un plan móvil, el internet se divide entre los contenidos por los que se debe pagar y aquellos no que afectan los datos contratados y, por consiguiente, el usuario no elige libremente el contenido más acorde a sus intereses. En segundo lugar, la tarifa cero conlleva a una discriminación, puesto que la brecha entre quienes pueden pagar más allá de los límites de datos y quienes no conduce a un internet de dos niveles: “internet de los ricos” con contenido pago ilimitado y el “internet de los pobres”, que ofrece acceso a las aplicaciones señaladas por los proveedores de internet⁶.

Para ejemplificar, desde que Facebook (ahora Meta) adquirió WhatsApp, organizaciones de sociedad civil alertaron sobre las implicaciones que tenía para las personas el uso de esta aplicación. A principios de 2021, la empresa anunció un cambio en su política de privacidad que buscaba obtener el consentimiento de las personas para

⁶ Pedro Henrique Roares Ramos, “Towards a developmental framework for net neutrality: the rise of sponsored data plans in developing countries”, (2014). 2014 TPRC Conference Paper.

usar algunos de los datos que recoge la aplicación para compartirlos con aliados comerciales, de manera que la información sobre el uso de la aplicación o los teléfonos que usan para acceder a WhatsApp podrían ser compartidos a discreción por Facebook. El caso es relevante para Colombia ya que muchas personas usan WhatsApp para comunicarse. La compañía dueña de la aplicación al decidir cambiar sus políticas de privacidad en teoría busca el consentimiento de las personas para hacer un tratamiento de datos acorde a la ley. En la práctica, cuando las personas saben que usar aplicaciones alternativas les cuesta directamente, se mantienen en la aplicación. Con ello, es difícil decir que las personas escogen libremente entre distintas aplicaciones.

Así pues, consideramos que para abordar la pregunta constitucional planteada en este caso, se debe tener en cuenta que la tarifa cero autorizada por el artículo 56 (1) de la Ley 1450 de 2011 no puede ser entendida en términos absolutos, más, considerando el contexto de brecha digital existente en el país. Es decir, aunque se estima que las tarifas de “*zero rating*” generan un impacto en la libertad de expresión, también que en escenarios concretos aporta al acceso al Internet.

Ahora bien, este último reconocimiento no significa que las tarifas de “*zero rating*” promovidas por los Proveedores de Servicios de Internet se constituyan como una política estructural de acceso a Internet, de manera que, reiteramos, es necesario el desarrollo de una política pública integral encaminada a cerrar la brecha digital en sus cuatro componentes.

En pocas palabras, la justificación del zero rating debe encontrarse no en la libertad económica de los operadores sino en el beneficio para las personas usuarias. Estos beneficios son principalmente en términos de innovación, competencia y acceso a

internet. Así mismo, hay que tener en cuenta que no todos los planes en zero rating son iguales y merecen el mismo tratamiento.⁷

Por lo anterior, la tarifa cero autorizada por el artículo 56 (1) de la Ley 1450 de 2011, para que sea acorde con la Constitución Política, debe estar armonizada con el ejercicio del Derecho a la Libertad de Expresión, sin enmarcarse en prácticas de competencia desleal como los acuerdos de exclusividad, la integración vertical y el “sponsored data”.

C. Límites constitucionales: Principios pro usuario y el Principio de Libertad de Expresión:

En este apartado, se presenta a la Corte Constitucional los Principios señalados en la Resolución No. 3502 de 2011, los cuales estimamos dan una pauta para interpretar el artículo 56 (1) de la Ley 1450 de 2011. Ahora bien, su relevancia no está dada por el hecho de que estén en un documento reglamentario, sino por su relación efectiva con el Derecho a la Libertad de Expresión.

Sumado a lo anterior, retomar los principios señalados en la Resolución 3502 de 2011 es armonioso con el principio de separación de poderes. Esto, toda vez que, se reconoce la función que tiene la CRC como autoridad de regulación para las comunicaciones en el país y las disposiciones que se han desarrollado sobre este asunto, con las aclaraciones constitucionales que den paso a una aplicación de la ley acorde con los derechos y principios establecidos en la Constitución Política.

i. Límite Constitucional No. 1. El Principio de no discriminación arbitraria:

⁷ Señalamos tres tipos de planes en zero rating que no se consideran aceptables en principio. Ver sección C, iii abajo

El Principio de no discriminación se encuentra consignado en el artículo 3 de la Resolución No. 3502 de 2011 en los siguientes términos:

“En todo momento, los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que prestan el servicio de acceso a Internet brindarán un trato igualitario a los contenidos, aplicaciones y servicios, sin ningún tipo de discriminación arbitraria, en especial en razón al origen o propiedad de los mismos. En todo caso, conforme lo previsto en el artículo 56 de la Ley 1450 de 2011, los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que prestan el servicio de acceso a 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 ”.

La disposición citada y, en especial, la palabra “arbitraria” cobra sentido para establecer el límite constitucional a la innovación de las ofertas comerciales generadas por los PSI en Colombia. Esto es, un primer límite para los planes ofrecidos por los PSI bajo el aparte demandado es que, en todo caso, la distinción entre CAS no sea arbitraria.

Ahora, la pregunta es ¿cómo establecer sí una distinción es arbitraria o no? Por un lado, la doctrina ha indicado que la regulación debe prohibir la discriminación de CAS específicas y entre clases de CAS, es decir, la discriminación debe ser agnóstica respecto a los CAS⁸.

En Colombia, la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC) en el concepto No. 583703 de 2017 señaló que la distinción es arbitraria cuando se dirige a contenidos,

⁸ Barbara Van Schewick, “Network Neutrality and Quality of Service: service: What a non discrimination rule should look like”, Stanford Law Review 67, número 1 (2015).

aplicaciones o servicios específicos. Así pues, en los términos del concepto: “*En línea con lo expuesto, no puede el regulador desconocer la posibilidad comercial de la libre oferta por parte de los proveedores de acceso a Internet y la voluntad del usuario de acogerse a este tipo de ofertas, sin perjuicio de que deban existir siempre ofertas sin ningún tipo de limitación en cuanto al acceso a contenidos, aplicaciones o servicios, distintas a las propias del plan, tal como la velocidad efectiva, el volumen de tráfico, entre otros*”. Así mismo, en el mismo concepto, la CRC reconoce que respecto al Principio de discriminación, el término “arbitrario” se traduce en un elemento objetivo necesario para evaluar si una oferta es o no discriminatoria e indicó que: “*Al respecto, se entiende que no todo acto de diferenciación en el mercado que se traduzca en ofertas diferenciales según las necesidades de segmentos de mercados o de sus usuarios de acuerdo con sus perfiles de uso y consumos, se puede entender, per se, como discriminatorio para los propósitos del principio dispuesto en el numeral 3.2. del artículo 3 de la Resolución CRC 3502 de 2011. Por el contrario, a la luz de la referida resolución existe una clara diferenciación entre lo que puede ser entendido como discriminación arbitraria (incluyendo aquellas situaciones de discriminación en razón del origen o la propiedad de contenidos, aplicaciones y servicios), y aquellas prácticas de diferenciación de las condiciones de mercado, ergo, no arbitrarias*”.

A la luz de lo anterior, consideramos que el criterio señalado por la CRC es útil para la interpretación constitucional, toda vez que, no solo protege la competencia entre los CAS, sino que se materializa como una garantía para la Libertad de Expresión. La Libertad de expresión, establecida en el artículo 20 de la Constitución Política, tiene como componente la libertad de información entendida como: “*la libertad de búsqueda y acceso a la información, libertad de informar y la libertad y derecho de recibir información veraz e imparcial sobre hechos, ideas, opiniones de toda índole a través*

de cualquier medio de expresión”⁹ (Subrayado nuestro). Así pues, la limitación bajo el principio de discriminación arbitraria garantiza que los usuarios reciban información parcial y completa en cuanto a los contenidos, aplicaciones y servicios (CAS), pues se exige a los PAS a distinguir por criterios no arbitrarios, de manera que deben presentar un catálogo amplio de opciones para el usuario.

Para ejemplificar este punto, llegaría a ser válido que un PSI ofrezca un plan del servicio de correo electrónico, siempre que no defina el proveedor y esta decisión esté en manos del usuario. Por el contrario, si el PSI ofrece el plan telefónico indicando la aplicación o servicio específico, como en la actualidad lo hacen varios operadores en Colombia, genera una discriminación arbitraria en favor de un proveedor específico e impacta el acceso y tráfico de información en el Internet.

En conclusión, un primer límite constitucional que puede considerar la Corte es que en el marco de las ofertas comerciales realizadas bajo el artículo 56 (1) no se empleen criterios arbitrarios para discriminar, incluidas las ofertas comerciales basadas en los perfiles de uso y consumo de los usuarios. Para ejemplificar, una discriminación arbitraria sería aquella en la cual se benefician a dos aplicaciones en una misma categoría, como sería el caso de dar un trato diferencial a Whatsapp o Signal en la categoría de las aplicaciones de mensajería.

Las ofertas de zero rating no necesariamente tienen que recaer sobre CAS. Por ejemplo, puede ofrecerse planes en los que no cuente la navegación en ciertas horas del día. En caso de que se autorice el zero rating sobre CAS, hay que tener en cuenta el criterio

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-155 de 2019. MP: Diana Fajardo Rivera.

normativo de no arbitrariedad. Consideramos que las distinciones entre aplicaciones o servicios de una misma categoría difícilmente pueden ser admitidas. Por ejemplo, ¿qué justifica ofrecer Whatsapp sobre otras aplicaciones de mensajería? Es necesario que la Corte determine en qué consiste una discriminación arbitraria. El zero rating funciona en Colombia sin ninguna consideración. Así (1) son los operadores los que eligen los CAS en zero rating sin participación de las personas usuarias (ver siguiente sección sobre el principio de libertad de elección); (2) cualquier criterio que usen los operadores no está directamente regulado en la ley. El regulador ha admitido –o por lo menos no ha actuado frente a– casos de zero rating en los que los operadores seleccionan su propio contenido (integración vertical). Criterios como popularidad o interés de las personas usuarias conviven con otros como la promoción de contenidos propios (integración vertical) o interés público (zero rating durante la pandemia); (3) criterios de competencia entre operadores no son aceptables ya que todos los planes en zero rating ofrecen más o menos los mismos CAS, por lo cual antes que distinguirse, los operadores están obligados a proveer en zero rating los CAS que las personas usuarias esperan de cualquier plan en cualquier operador.

La discriminación por clases de aplicaciones también puede afectar la neutralidad de la red, ya que no existe una guía adecuada para establecer cuando varias aplicaciones son “del mismo tipo”. Por tanto, queda al arbitrio del proveedor de internet definir qué aplicaciones pertenecen a un mismo grupo para darles un trato diferenciado. La problemática surge, por ejemplo, cuando una aplicación puede pertenecer a más de una categoría, bien sea por su funcionalidad o por el tipo de protocolo que maneja. Lo cual puede dejarla incluida o excluida del trato preferencial y afectarla injustamente por la decisión del PAI, afectando así la innovación de aplicaciones y la elección de las personas.¹⁰

¹⁰ Barbara van Schewick, Network Neutrality and Quality of Service: service: What a non discrimination rule should look like (2015): 30.

El organismo de reguladores europeos de las comunicaciones electrónicas –BEREC en inglés– considera que los planes de zero rating abiertos a categorías (por ejemplo, chat, música, video, redes sociales, etc.) en lugar de CAS específicas (por ejemplo WhatsApp, Spotify, Youtube o Twitter en particular) genera un menor riesgo de restricción a la libertad de las personas usuarias.¹¹

También BEREC determinó con claridad que violan la regulación de internet abierto las ofertas de zero rating que bloquean el acceso a internet una vez acaba el plan de datos excepto por aquellas aplicaciones favorecidas dentro del plan. Esto cubre, por ejemplo, el bloqueo del acceso a todo internet una vez se consumen todos los datos excepto el acceso a WhatsApp o Facebook, por citar las aplicaciones más comunes en estos planes.¹² Vale la pena notar que la mayoría de planes en zero rating ofrecidos en Colombia funcionan de esta forma.

Esta forma de zero rating sería una discriminación porque trata de forma diferente lo que debe ser tratado de forma igual. Ninguna aplicación de chat, por ejemplo, debería ser tratada de forma preferencial respecto a otras aplicaciones de chat.¹³

Como mínimo, la prohibición de discriminación arbitraria debería tener en cuenta que distinguir entre CAS afecta la libertad de expresión y por tanto requiere un estándar más elevado de admisibilidad. Por tanto, no debería ser admisible distinguir entre CAS particulares. Si se permite distinguir en el nivel de CAS, sólo debería ser posible para los operadores elegir una categoría y entregar a las personas usuarias la elección del CAS específico dentro de una categoría.

¹¹ Berec guidelines Par. 42.

¹² Berec guidelines Par. 41 y 55

¹³ Open Internet Regulation, Article 3(3), primer subpárrafo.

ii. Límite constitucional No. 2: Principios de libertad de elección, transparencia e información.

Los principios de libertad de elección, transparencia e información están consignados en el artículo 3 de la Resolución 3502 de 2011 y delimitan la actuación de los PSI en Colombia. Lo anterior, toda vez que, la libertad de elección, la información y la transparencia son condiciones necesarias y componentes del derecho a la Libertad de Expresión.

En primer lugar, el principio de libertad de elección del usuario conlleva a que pueda libremente *“utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio a través de Internet, salvo en los casos en que por disposición legal u orden judicial estén prohibidos o su uso se encuentre restringido”*. Valga indicar, esto corresponde a uno de los contenidos de la Libertad de Expresión.

La Libertad de Expresión tiene un contenido multidimensional que no solo conlleva la posibilidad de buscar, acceder y obtener información veraz e imparcial, sino también en comunicar todo tipo de contenido a otras personas. Esto último ha sido definido como la Libertad de Expresión en estricto sentido, entendida como: *“el derecho de las personas a expresar y difundir libremente el propio pensamiento, opiniones e ideas, sin limitación, a través del medio y la forma escogidos por quien se expresa. Conlleva el derecho de su titular a no ser molestado por expresar su pensamiento, opiniones o ideas”*¹⁴. En consecuencia, la libertad de elección del usuario frente a las ofertas presentadas por los PSI es una manifestación de la libertad de expresión.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia SU-724 de 2019. MP: José Fernando Reyes Cuartas.

Más aún, la relación entre el principio de libertad de elección del usuario y la libertad de expresión se sustenta en que entre las funciones de esta última se encuentran la de hacer posible el autogobierno y la promoción de la autonomía personal¹⁵. Lo anterior, en el marco de las ofertas presentadas por los PSI, conlleva a que los usuarios sean los únicos en decidir cuál contenido, aplicación o servicio quieren buscar, acceder y utilizar. Así pues, los planes que favorecen o limitan las opciones de CAS, bajo una lógica netamente comercial y diferenciando por el origen del contenido, impacta significativamente la Libertad de Expresión expresada a través de la libre elección del usuario, toda vez que, un catálogo limitado por los PSI modera injustificadamente la facultad de cada persona de autodeterminar la información (CAS) de su interés.

Valga señalar que la Resolución 3502 de 2011 fijó los dos escenarios en los cuales esa facultad de elección se encuentra limitada: “(...) *salvo en los casos en que por disposición legal u orden judicial estén prohibidos o su uso se encuentre restringido*”.

De esta manera, la limitación que se ha generado en la práctica por parte de los PSI en Colombia al ofrecer planes de datos con la elección de los CAS específicos es problemática porque, por un lado, no corresponde a una de las excepciones establecidas en la resolución y, por el otro lado, porque efectivamente limita la posibilidad de libre elección de los usuarios.

En segundo lugar, los principios de transparencia e información son una garantía para que los PSI suministren al usuario “*toda la información asociada a las condiciones de*

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU-724 de 2019. MP: José Fernando Reyes Cuartas.

prestación del servicio incluida velocidad, calidad, prácticas de gestión de tráfico relativas a cada plan ofrecido o acordado (...)” y también revelen “*sus políticas de gestión de tráfico a los usuarios y a otros proveedores que tengan acceso a su red*”.

Los mencionados Principios tienen una relación directa con la Libertad de Expresión, puesto que el acceso a la información es una condición y un componente de este Derecho. Más aún, los principios previamente mencionados –no discriminación y libre elección del usuario- tienen como condición sine qua non la del suministro de toda la información de los servicios ofrecidos por los PSI, incluyendo las ofertas realizadas con base en los perfiles de uso y consumo.

Sumado a lo anterior, la garantía del principio de información es necesaria para generar un impacto sistemático en el funcionamiento del mercado. Es decir, para que la competencia entre los PSI se centre en ofrecer mejores ofertas a los usuarios (disminución de precio por unidad de datos y aumento en el tope de capacidad), las personas deben poder identificar qué proveedor ofrece los precios más bajos en el mercado, pues si no se advierte esto, el precio por unidad de internet no influye en la competencia de los CAS, lo que genera que los Proveedores de Internet no tengan un incentivo para ofrecer precios más bajos.

En conclusión, el apartado demandado puede encontrar una interpretación constitucional si las ofertas basadas en los perfiles de uso o consumo ofrecidas por los PSI no generan una discriminación arbitraria y permiten a los usuarios elegir entre los CAS bajo un marco de información clara y completa sobre elementos como el precio por unidad de internet.

iii. Límite constitucional No. 3: líneas rojas: conductas que no deben estar cobijadas por la interpretación constitucional del artículo 56 (1) por su impacto a la Libertad de Expresión.

Desde la academia y espacios regulatorios se han evidenciado ciertas formas de tarifas de “zero rating” que son contrarias a la neutralidad de la red, la libertad de expresión y el pluralismo informativo, de manera que, estimamos que no deben estar cobijadas por la autorización establecida en el artículo 56 (1) de la Ley 1450 de 2011. Como ejemplo de estas conductas se encuentra la de la integración vertical, los acuerdos de exclusividad y la priorización pagada o “Sponsored Data”¹⁶.

En primer lugar, la integración vertical promovida por los PSI genera un impacto en la libertad de información a la que pueden acceder los usuarios. Esto es, la integración vertical ocurre cuando los PSI ofrecen un plan de tarifa cero de contenidos propios o afiliados sobre contenidos de otros proveedores. Esto se traduce en el favorecimiento y captación de clientes para un PSI y CAS específico generando una afectación para otros servicios con los que se compite¹⁷.

En segundo lugar, la priorización pagada o “Sponsored data” corresponde a una estrategia en la cual un CAS paga a un PSI para que su contenido esté disponible en el esquema de “zero rating”, de manera que el usuario accede gratuitamente a ese contenido particular. Este tipo de planes impactan directamente la elección de los usuarios y la capacidad inventiva, pues *“el hecho de que los PSI elijan los ganadores y*

¹⁶ Hoskins, Guy Thurston. “Beyond ‘zero sum’: the case for context in regulating zero rating in the global South”. (2019), Internet Policy Review 8 (1).

¹⁷ Roberto Daniel Trivino y Antonio Franco Crespo, “La neutralidad de la red en Sudamérica vista desde la teoría actor red: el caso de cinco países”. (2021), Revista Administración Pública y Sociedad, No. 011.

*perdedores, al definir qué proveedores de contenido tendrán un trato preferencial, las dinámicas de la innovación cambian dramáticamente, dado que las empresas más reconocidas no se verán comprometidas con mejores productos y tecnología, sino con aquellos proveedores que tengan las condiciones para acceder a los usuarios, reduciendo así la incertidumbre en el mercado y evitando la inversión de capital”*¹⁸. De igual manera, la priorización pagada tiene un impacto para las *start-ups*, dado que ingresa a un mercado en el cual el contenido, aplicación o servicio de un competidor está sujeto a cero cargos en los planes ofrecidos a los usuarios, generando así un obstáculo adicional en su proceso de consolidación.

Por último, la práctica de contratos de exclusividad entre PSI y proveedores de CAS da paso a que solo algunos de estos últimos puedan participar en el esquema *Zero Rating*, afectando así la competencia bajo un criterio de discriminación arbitraria, con el efecto de favorecer a ciertos CAS con una competencia reducida. Así mismo, los contratos de exclusividad tienen un impacto de fragmentación del Internet¹⁹, pues el trato diferencial dado por los PSI a ciertos CAS lleva a que el usuario final tenga acceso a cierto contenido y no al internet en su totalidad.

Así pues, estos tres escenarios han sido identificados como problemáticos en el marco de las políticas de *Zero Rating* y, por esta razón, consideramos que la Corte Constitucional debe reparar en estos para interpretar y limitar la autorización del artículo 56 (1) de la Ley 1450 de 2011. Lo anterior, no solo por el impacto sobre las condiciones de competencia en el mercado, sino por sus repercusiones en los usuarios

¹⁸ Pedro Henrique Roares Ramos, “Towards a developmental framework for net neutrality: the rise of sponsored data plans in developing countries”, (2014). 2014 TPRC Conference Paper.

¹⁹ Frago Kourandi, Jan Kramer y Tommaso Valletti, “Net Neutrality, Exclusivity Contracts, and Internet Fragmentation”, (2015). Information Systems Research 26 (2): 320-338.

y su ejercicio de la Libertad de Expresión a través de la libertad de elección de los Contenidos, Aplicaciones y Servicios en el marco de un Internet abierto y asequible. En pocas palabras, ciertos formatos de la tarifa “*Zero Rating*” -como aquellas precedidas por acuerdos de exclusividad entre PSI y CAS, la priorización pagada o “Sponsored Data” por parte de los CAS y la integración vertical promovida por los PSI- distorsionan el mercado y, con ello, la libre elección de los usuarios.

IV. Derecho a la Privacidad y Hábeas Data:

En el presente caso, los demandantes argumentan que el artículo 56 (1) de la Ley 1450 de 2011 vulnera los artículos 13, 15 y 20 de la Constitución Política, puesto que permite a los PSI recolectar y analizar los datos personales de los usuarios, a través del acceso a conversaciones privadas y datos sensibles que pueden llegar a ser empleados con fines discriminatorios. Además, los demandantes sostienen que la disposición demandada no establece una garantía para que los usuarios conozcan el perfil creado a partir de sus hábitos y la facultad para cambiar sus decisiones de consumo. Por consiguiente, afirman que bajo el artículo 56 (1) de la Ley 1150 de 2011, los PSI cuentan con un poder informático excesivo y con esto se vulneran los derechos a la privacidad y el Hábeas Data.

En este punto, se controvierte la expresión “Los Prestadores de Servicios 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 (...)”, establecida en el artículo 56 (1) de la Ley 1450 de 2011.

Frente a este asunto, consideramos que la autorización para realizar perfilamientos de acuerdo con el uso y consumo de los titulares tal como está en el artículo 56 (1) de la

Ley 1450 de 2011 es muy amplia y pone en riesgo los derechos a la privacidad y Hábeas Data de los usuarios de los Proveedores de Servicios de Internet.

En la actualidad, el tratamiento de los Datos Personales tiene un impacto y aprovechamiento en espacios públicos y privados. En este escenario, llama especialmente la atención la “industria de datos” y los mecanismos de recolección de datos personales como el rastreo en línea, dado su impacto en la privacidad de los usuarios en el Internet²⁰. Lo anterior, debido a que se utilizan herramientas como las *cookies* u otros sistemas tecnológicos para acceder e inspeccionar las actividades de las personas en Internet.

En el documento “*Control de nuestros datos personales en la era de big data: el caso del rastreo web de terceros*” de la Universidad del Rosario se señala que la personalización, manipulación y el tratamiento de datos sensibles, perfilamiento y discriminación son dos productos de la industria de los datos. Puntualmente, sobre el tratamiento de datos sensibles advierten que “(estos) no se obtienen directamente de los titulares; se predicen a partir de sus comportamientos en línea”, es decir, aunque el titular no entrega directamente sus datos, los sistemas de rastreo en línea permiten determinar los mismos y, por consiguiente, usarlos con diferentes fines –no autorizados-

Esta cuestión es especialmente problemática, toda vez que los datos sensibles tienen una relación intrínseca con los Derechos de Hábeas Data e Intimidad. Bajo este entendimiento, se estableció en los artículos 5 y 6 de la Ley 1581 de 2012, una

²⁰ Laura Daniela González Guerrero, “Control de nuestros datos personales en la era del big data: el caso del rastreo web de terceros”. (2018). Revista Estudio socio.jurídico 21 (1).

protección especial para los Datos Sensibles, declarados como constitucionales por la Corte Constitucional en la sentencia C-748 de 2011.

Así pues, en primer lugar, los datos sensibles son *“aquellos que afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como aquellos que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual y los datos biométricos”*.

En este sentido, el artículo 6 de la Ley 1581 de 2012 estableció como regla que el tratamiento de los datos sensibles está prohibido y, únicamente pueden ser tratados cuando: el titular haya dado la autorización explícita para ese tratamiento; el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del Titular y se encuentra física o jurídicamente incapacitado; sea efectuado en el curso de las actividades legítimas y con las debidas garantías por parte de una fundación, ONG, asociación u organismo sin ánimo de lucro; se refiera a datos que sean necesarios para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial y/o tenga una finalidad histórica, estadística o científica.

La Corte Constitucional declaró exequible la prohibición del tratamiento de datos sensibles puesto que *“no solamente es compatible con la Carta, sino que es una*

*exigencia del derecho a la intimidad y un desarrollo de principio del habeas data de acceso y circulación restringida”.*²¹

Ahora bien, retomando el análisis respecto al rastreo de datos y el perfilamiento, como el autorizado por la disposición 56 (1) de la Ley 1450 de 2011, en Colombia, esta actividad no cuenta con una regulación particular, de manera que el único marco normativo aplicable es la mencionada Ley 1581 de 2012.

Frente a este punto, el perfilamiento realizado con el tratamiento de datos personales requiere el cumplimiento de estándares que no están incluidos en la Ley 1581 de 2012 ni en ninguna otra disposición vigente en el país. Por ejemplo, los Estándares Iberoamericanos de Protección de Datos Personales reiteran que el tratamiento de datos sensibles está prohibido y las excepciones se limitan a un fin de seguridad nacional, seguridad pública, orden público, salud pública, el cumplimiento de un mandato legal, que sea estrictamente necesario para el ejercicio y cumplimiento de las atribuciones y obligaciones expresamente en las normas que regulan al responsables del tratamiento.

De igual manera, el Reglamento General de Protección de Datos Personales de la Unión Europea señala respecto a las decisiones automatizadas y elaboración de perfiles que:

“Los interesados tienen derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en un tratamiento automatizado. No obstante, hay algunas excepciones a esta regla, como en los casos en que se haya dado un consentimiento explícito a la decisión automatizada. Salvo cuando una decisión automatizada se base en una ley, la empresa debe:

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-748 de 2011. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

- *Informar al interesado sobre las decisiones automatizadas.*
- *Dar al interesado el derecho a que una persona revise la decisión automatizada.*
- *Dar al interesado la posibilidad de impugnar la decisión automatizada”*

Esto es, se le reconocen al titular unas garantías adicionales, más allá de la autorización para el tratamiento de los datos personales, las cuales no se encuentran reconocidas en la normatividad colombiana.

Con todo lo anterior, reiteramos que la autorización dada por el artículo 56 (1) de la Ley 1450 de 2011 da paso a realizar perfilamientos de los titulares de datos personales sin que estos cuenten con las garantías correspondientes a este tipo de tratamiento. En otras palabras, en Colombia, el marco normativo existente es insuficiente para proteger a las personas frente a una actividad como el perfilamiento. Por consiguiente, la elaboración de perfiles, bajo el rastreo de datos sensibles conlleva una vulneración para la intimidad y el Hábeas Data de las personas que consideramos soporta la declaración de inconstitucionalidad de este apartado del artículo 56 (1) de la Ley 1450 de 2011.

V. Conclusiones:

Como puntos finales, se señala que:

1. Para el análisis constitucional del artículo 56 (1) de la Ley 1450 de 2011 se debe considerar el contexto particular colombiano, en el cual existe una brecha digital cuantitativa y cualitativa significativamente marcada en departamentos como Vichada, Vaupés, Chocó, Putumayo, Amazonas, Arauca y Caquetá. Sumado a lo anterior, la brecha existente no se soluciona mediante ofertas de Zero Rating,

pues esta no es una política de acceso a Internet, sino una alternativa limitada para el acceso a Internet.

2. El artículo 56 (1) de la Ley 1450 de 2011 presenta una autorización para las tarifas “zero rating” en Colombia. Este tipo de tarifas generan un “dilema de conectividad”, puesto que permiten un acceso gratuito a contenido, pero a su vez, ese acceso es para unas aplicaciones, contenidos o servicios específicos, lo cual, no es un acceso integral al Internet.
3. Tal como está redactada la autorización es ambigua, pues estas tarifas pueden llegar a afectar la Neutralidad de la Red y la Libertad de Expresión. Por consiguiente, condicionar la constitucionalidad de esa autorización a que las tarifas “zero rating” ofrecidas por los PSI se hagan sobre categorías de CAS y no sobre CAS específicos. De esta manera, la autorización es constitucional si respeta los principios de no discriminación arbitraria, libertad de elección del usuario, información y transparencia.
4. Existen conductas asociadas a la tarifa “zero rating” que responden a un interés netamente comercial y no a los beneficios para el usuario, de manera que no pueden estar cobijadas por la autorización del artículo 56 (1) de la Ley 1450 de 2011. Estas son: (i) integración vertical de PSI, (ii) acuerdos de exclusividad entre PSI y proveedores de CAS y (iii) la priorización pagada o “sponsored data”.
5. La autorización establecida en el artículo 56 (1) de la Ley 1450 de 2011 a favor de los PSI para perfilar a los usuarios según su uso o consumo vulnera los derechos a la Privacidad y Hábeas Data, toda vez que el perfilamiento es una

modalidad de tratamiento que requiere el acceso a datos sensibles, los cuales, como regla no pueden ser tratados. Sumado a lo anterior, el perfilamiento de las personas no es una actividad que cuente con regulación en Colombia y por lo tanto, los PSI actúan sin un marco para garantizar los derechos a la Privacidad y el Hábeas Data de los titulares.

VI. Solicitudes:

En primer lugar, teniendo en cuenta la naturaleza técnica del debate y la necesidad de establecer el funcionamiento en la práctica de la segmentación realizada por los PSI, consideramos necesario convocar a una audiencia pública, según los artículos 12 y 13 del Decreto 2067 de 1991, de forma que los Honorables Magistrados puedan aclarar hechos relevantes para tomar la decisión.

En segundo, lugar, solicitamos la declaración de constitucionalidad condicionada para la autorización para hacer ofertas por parte de los PSI sin que se entiendan como no discriminación bajo el entendido de que estas ofertas de servicio o planes cumplan con los principios de libre elección de los usuarios, información, transparencia y no discriminación arbitraria en cuanto a contenidos, aplicaciones o servicios (CAS). Esto supone que la Corte Constitucional indique los límites de la expresión demandada de forma que los PSI tengan prohibidas las conductas de: i) acuerdos de exclusividad, ii) contenido pagado o “sponsored data”, iii) contenido propio del SPI o integración vertical.

Por otro lado, solicitamos se declare inconstitucional la expresión “de acuerdo con sus perfiles de uso y consumo”, puesto que da paso a realizar un perfilamiento de los

titulares de los datos personales con base en sus datos sensibles, sin que los mismos cuenten con las garantías necesarias para evitar discriminación.

De forma subsidiaria, en caso de que los condicionamientos no resulten pertinentes, se solicita que se declare la inexecutable total de la autorización señalada en el artículo 56 (1) de la Ley 1450 de 2011, en tanto la amplitud de la excepción a la norma de neutralidad puede conducir a conductas que afectan los derechos fundamentales a la libertad de expresión y a la información, en su dimensión de pluralismo informativo.