

Estándares internacionales de derechos humanos en materia de neutralidad en la red

Fecha: 11 de marzo de 2020

Documento elaborado de manera conjunta por las oficinas en México de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ONU-DH)

Contenido

1	Marco general de derechos humanos	2
1.1	Importancia del acceso a internet para el disfrute de derechos humanos	2
1.2	Libertad de expresión	2
1.3	Otros derechos afectados	4
1.4	No discriminación	5
2	Declaraciones conjuntas de procedimientos regionales y universales	11
3	Estándares específicos del Sistema Universal.....	14
4	Estándares específicos del Sistema Interamericano.....	16
5	Regulación de la Neutralidad de la Red en el derecho comparado a nivel regional	24

1 Marco general de derechos humanos

1.1 Importancia del acceso a internet para el disfrute de los derechos humanos

La Asamblea General de las Naciones Unidas¹ y el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas^{2,3} han destacado en reiteradas ocasiones que el acceso a internet en condiciones adecuadas resulta fundamental para garantizar el pleno ejercicio y disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales, como la libertad de expresión, conforme al principio de no discriminación.

1.2 Libertad de expresión

La libertad de expresión se encuentra protegida en diversos instrumentos internacionales como el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴ y el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵. Este derecho es además ampliamente reconocido en el Sistema Interamericano, como muestran la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como "Pacto de San José", que en su artículo 13 reconoce la libertad de pensamiento y de expresión⁶, así como

¹ Resolución sobre Las tecnologías de la información y las comunicaciones para el desarrollo de 22 de diciembre de 2011 (A/RES/66/184). Disponible en

https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/66/184&Lang=S

² Resolución sobre la Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet (A/HRC/20/L.13).

Disponible en https://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_20_L13.pdf

³ Resolución sobre la Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet (A/HRC/38/L.10).

Disponible en https://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_38_L10.pdf

⁴ Que establece que "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión". Disponible en

<https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

⁵ Que establece que:

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.*

Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

⁶ Que establece que:

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.*

(...)

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*

otros instrumentos regionales tales como la Declaración Americana⁷, la Carta Democrática Interamericana⁸ y la Declaración de Chapultepec⁹.

El amplio reconocimiento de la libertad de expresión se fundamenta en la importancia de este derecho para el disfrute de otros y para el desarrollo de una sociedad democrática. Así lo han entendido los órganos encargados de supervisar el cumplimiento por parte de los estados de sus obligaciones internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁰ y el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas¹¹. En el ámbito comparado se reitera esta estrecha relación entre la libertad de expresión y la existencia de una sociedad democrática y el pleno disfrute de otros derechos y libertades¹².

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.

Disponible en www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

⁷ El artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que “Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio”. Disponible en www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp

⁸ El artículo 4 de la Carta Democrática Interamericana establece que “Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.” Disponible en www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm

⁹ La Declaración de Chapultepec, adoptada por la conferencia hemisférica sobre libertad de expresión celebrada en la Ciudad de México, el 11 de marzo de 1994, establece que:

1. No hay personas ni sociedades libres sin libertad de expresión y de prensa. El ejercicio de ésta no es una concesión de las autoridades; es un derecho inalienable del pueblo.

2. Toda persona tiene el derecho a buscar y recibir información, expresar opiniones y divulgarlas libremente. Nadie puede restringir o negar estos derechos.

(...)

4. El asesinato, el terrorismo, el secuestro, las presiones, la intimidación, la prisión injusta de los periodistas, la destrucción material de los medios de comunicación, la violencia de cualquier tipo y la impunidad de los agresores, coartan severamente la libertad de expresión y de prensa. Estos actos deben ser investigados con prontitud y sancionados con severidad.

5. La censura previa, las restricciones a la circulación de los medios o a la divulgación de sus mensajes, la imposición arbitraria de información, la creación de obstáculos al libre flujo informativo y las limitaciones al libre ejercicio y movilización de los periodistas, se oponen directamente a la libertad de prensa.

(...)

8. El carácter colegiado de periodistas, su incorporación a asociaciones profesionales o gremiales y la afiliación de los medios de comunicación a cámaras empresariales, deben ser estrictamente voluntarios.

Disponible en www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=60

¹⁰ Ver por ejemplo la Opinión Consultivo OC-5/85. Disponible en www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.doc y la sentencia del caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, disponible en www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=209&lang=es

¹¹ Ver por ejemplo la resolución del caso Aduayom y otros c. Togo. Disponible en www.ohchr.org/Documents/Publications/SDecisionsVol6sp.pdf

¹² Ver por ejemplo la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Palomo Sánchez y otros c. España, en la que se establece que:

1.3 Otros derechos afectados

Dada la relevancia del acceso a internet en la sociedad actual para el disfrute de numerosos derechos, su regulación debe también considerar la forma en la que se puede impactar en el disfrute de otros derechos.

Un ejemplo de otros derechos que pueden verse afectados por la regulación del acceso a internet es el acceso a la cultura. Así el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consagra el derecho a participar en la vida cultural y beneficiarse del progreso científico¹³, así como el artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial en lo relativo al acceso a las actividades culturales¹⁴ o el artículo 13 de la Convención sobre la eliminación

53. La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del pleno desarrollo de cada individuo. Con sujeción al párrafo 2 del artículo 10, ampara no sólo las «informaciones» o «ideas» recibidas positivamente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también las que chocan o inquietan: así lo exige el pluralismo, la tolerancia y la apertura de espíritu sin los cuales no existe la «sociedad democrática». Tal como se consagra en el artículo 10, está provista de excepciones que requieren sin embargo una interpretación restrictiva, y la necesidad de limitarla debe demostrarse de manera convincente (ver, entre otras, Lindon, Otchakovsky-Laurens y July, precitada). Además del contenido de las ideas y las informaciones expresadas, el artículo 10 protege también su modo de expresión (De Haes y Gijssels c. Bélgica, 24 de febrero de 1997, § 48, Repertorio 1997-I).

Disponible en www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/area-internacional/tribunal-europeo-derechos/jurisprudencia-tedh/articulo-libertad-expresion

Y la decisión de la African Commission on Human and Peoples' Rights, en el caso Media Rights Agenda and Constitutional Rights Project v. Nigeria, en la que estableció (traducción propia) que:

54. Este artículo refleja el hecho de que la libertad de expresión es un derecho humano básico, vital para el desarrollo personal del individuo, su conciencia política y su participación en la conducción de los asuntos públicos de su país.

Disponible en www.achpr.org/communications/decision/105.93-128.94-130.94-152.96/

¹³ Que establece que

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:
 - a) Participar en la vida cultural;
 - b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
 - c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.
2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

¹⁴ Que establece la obligación de los estados de garantizar “(vi) El derecho a participar, en condiciones de igualdad, en las actividades culturales”.

de todas las formas de discriminación contra la mujer, que recoge el derecho del acceso de las mujeres y niñas a la participación en todos los aspectos de la vida cultural.

1.4 No discriminación

Para garantizar el efectivo disfrute de los derechos humanos, incluida la libertad de expresión, es indispensable la aplicación de los principios de igualdad y no discriminación previstos en numerosos instrumentos internacionales como el artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas¹⁵, los artículos 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁶, el artículo 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁷, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁸, el artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial¹⁹. La

¹⁵ Artículo 1, que establece que:

Los propósitos de las Naciones Unidas son:

(...)

Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y

Disponible en <https://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-i/index.html>

¹⁶ Que establecen:

Artículo 2.

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

(...)

Artículo 7.

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Disponible en <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

¹⁷ Que establece que “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”. Disponible en <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

¹⁸ Que establece que “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

¹⁹ Que establece que:

En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que establece la garantía en condiciones de igualdad y sin discriminación del acceso a todos los derechos humanos por parte de las mujeres, refuerza las obligaciones de los estados en diversos ámbitos para lograr la plena efectividad de los derechos de las mujeres, de forma que los principios de igualdad y no discriminación atraviesan toda la Convención y se reiteran expresamente en diversos artículos como el 1, 2, 3, 4, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 y 23²⁰.

También a nivel regional se contempla la igualdad y la no discriminación como un elemento central para el efectivo disfrute de los derechos humanos como se recoge en el artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre²¹, el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²², los artículos 34 y 45 de la Carta de la Organización de Estados Americanos²³ y la Carta democrática Interamericana²⁴, entre otras.

todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

(...)

d) Otros derechos civiles, en particular:

(...)

vii) El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión;

viii) El derecho a la libertad de opinión y de expresión;

Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>

²⁰ Que establece en el artículo 13 que:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en otras esferas de la vida económica y social a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

(...)

c) El derecho a participar en actividades de esparcimiento, deportes y en todos los aspectos de la vida cultura

Disponible en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx>

²¹ Que establece que:

Artículo II. Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.

Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

²² Que establece que:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Disponible en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

²³ Disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp

²⁴ Disponible en https://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm

Los principios de igualdad y no discriminación no se restringen al ámbito meramente formal, sino que alcanzan la igualdad sustantiva o de facto, como han señalado de forma reiterada el Comité contra la Discriminación Racial²⁵, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer²⁶ y el Comité de

²⁵ Recomendación General Número 32 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racional relativa al Significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial:

6. La Convención se inspira en los principios de la dignidad y la igualdad de todos los seres humanos. El principio de igualdad enunciado en la Convención combina la igualdad formal ante la ley con la protección igual de la ley, dando lugar a un concepto de igualdad sustantiva o de facto, que es el objetivo que debe alcanzarse mediante la aplicación fiel de sus principios.

Disponible en https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CERD/00_3_obs_grales_CERD.html

²⁶ Recomendación General Número 25 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer relativa al Párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - Medidas especiales de carácter temporal establece que:

8. En opinión del Comité, un enfoque jurídico o programático puramente formal, no es suficiente para lograr la igualdad de facto con el hombre, que el Comité interpreta como igualdad sustantiva. Además, la Convención requiere que la mujer tenga las mismas oportunidades desde un primer momento y que disponga de un entorno que le permita conseguir la igualdad de resultados. No es suficiente garantizar a la mujer un trato idéntico al del hombre. También deben tenerse en cuenta las diferencias biológicas que hay entre la mujer y el hombre y las diferencias que la sociedad y la cultura han creado. En ciertas circunstancias será necesario que haya un trato no idéntico de mujeres y hombres para equilibrar esas diferencias. El logro del objetivo de la igualdad sustantiva también exige una estrategia eficaz encaminada a corregir la representación insuficiente de la mujer y una redistribución de los recursos y el poder entre el hombre y la mujer.

9. La igualdad de resultados es la culminación lógica de la igualdad sustantiva o de facto. Estos resultados pueden ser de carácter cuantitativo o cualitativo, es decir que pueden manifestarse en que, en diferentes campos, las mujeres disfrutan de derechos en proporciones casi iguales que los hombres, en que tienen los mismos niveles de ingresos, en que hay igualdad en la adopción de decisiones y la influencia política y en que la mujer vive libre de actos de violencia.

(...)

12. Las mujeres pertenecientes a algunos grupos, además de sufrir discriminación por el hecho de ser mujeres, también pueden ser objeto de múltiples formas de discriminación por otras razones, como la raza, el origen étnico, la religión, la incapacidad, la edad, la clase, la casta u otros factores. Esa discriminación puede afectar a estos grupos de mujeres principalmente, o en diferente medida o en distinta forma que a los hombres. Quizás sea necesario que los Estados Partes adopten determinadas medidas especiales de carácter temporal para eliminar esas formas múltiples de discriminación múltiple contra la mujer y las consecuencias negativas y complejas que tiene.

Disponible en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT/CEDAW/GEC/3733&Lang=en

Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁷ entre otros órganos de derechos humanos. Ese carácter debe también reflejarse en el acceso sustantivo y en condiciones de igualdad de las personas y grupos

²⁷ Recomendación general Número 16 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales relativa a la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3), que establece que:

A. La igualdad

6. La esencia del artículo 3 del Pacto es que la mujer y el hombre deben disfrutar en pie de igualdad de los derechos enunciados en él, noción que lleva en sí un sentido sustantivo. Si bien en las disposiciones constitucionales, las leyes y los programas de los gobiernos se puede hallar la expresión de igualdad de trato formal, el artículo 3 preceptúa también que los hombres y las mujeres disfrutarán en la práctica por igual de los derechos enunciados en el Pacto.

7. El disfrute de los derechos humanos sobre la base de la igualdad entre hombres y mujeres debe entenderse en sentido lato. Las garantías de no discriminación e igualdad en los instrumentos internacionales de derechos humanos prevén la igualdad tanto de facto como de jure. La igualdad de jure (o formal) y de facto (o sustantiva) son conceptos diferentes pero conectados entre sí. La igualdad formal presupone que se logra la igualdad si las normas jurídicas o de otra naturaleza tratan a hombres y mujeres de una manera neutra. Por su parte, la igualdad sustantiva se ocupa de los efectos de las normas jurídicas y otras y de la práctica y trata de conseguir no que mantengan, sino que alivien la situación desfavorable de suyo que sufren ciertos grupos.

8. La igualdad sustantiva de hombres y mujeres no se logrará sólo con la promulgación de leyes o la adopción de principios que sean a primera vista indiferentes al género. Al aplicar el artículo 3, los Estados Partes deben tener en cuenta que las leyes, los principios y la práctica pueden dejar a un lado la desigualdad entre hombres y mujeres o incluso perpetuarla, si no tienen en cuenta las desigualdades económicas, sociales y culturales existentes, en especial las que sufren las mujeres.

9. Según el artículo 3, los Estados Partes deben respetar el principio de la igualdad en la ley y ante la ley. El legislador en el desempeño de su función ha de respetar el principio de igualdad en la ley, velando por que la legislación promueva el disfrute por igual de los derechos económicos, sociales y culturales por parte de los hombres y las mujeres. En cuanto al principio de igualdad ante la ley, habrá de ser respetado por los órganos administrativos y jurisdiccionales, con la conclusión de que dichos órganos deben aplicar la ley por igual a hombres y mujeres.

B. No discriminación

10. El principio de no discriminación es el corolario del principio de igualdad. A reserva de lo que se indica en el párrafo 15 infra sobre medidas especiales de carácter temporal, prohíbe tratar de manera diferente a una persona o grupo de personas a causa de su estado o situación particulares, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas u otras, el origen nacional o social, el nivel económico, el nacimiento u otras condiciones como la edad, la pertenencia étnica, la discapacidad, el estado civil y la situación de refugiado o migrante.

11. Constituye discriminación contra la mujer "toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera"{\$182}. La discriminación por sexo se puede basar en la diferencia de trato que se da a la mujer por razones biológicas, como la negativa a contratar mujeres porque pueden quedar embarazadas, o en supuestos estereotípicos como orientar a la mujer hacia empleos de bajo nivel porque se considera que la mujer no está dispuesta a consagrarse a su trabajo como se consagraría un hombre.

(...)

13. *Se produce discriminación indirecta cuando la ley, el principio o el programa no tienen apariencia discriminatoria, pero producen discriminación en su aplicación. Ello puede suceder, por ejemplo, cuando las mujeres están en situación desfavorable frente a los hombres en lo que concierne al disfrute de una oportunidad o beneficio particulares a causa de desigualdades preexistentes. La aplicación de una ley neutra en cuanto al género puede perpetuar la desigualdad existente o agravarla.*

14. *El género afecta al derecho igual del hombre y la mujer a disfrutar de sus derechos. El género alude a las expectativas y presupuestos culturales en torno al comportamiento, las actitudes, las cualidades personales y las capacidades físicas e intelectuales del hombre y la mujer sobre la base exclusiva de su identidad como tales. Las hipótesis y las expectativas basadas en el género suelen situar a la mujer en situación desfavorable con respecto al disfrute sustantivo de derechos, como el de actuar y ser reconocida como un adulto autónomo y con plena capacidad, participar plenamente en el desarrollo económico, social y político y tomar decisiones sobre sus circunstancias y condiciones propias. Las ideas preconcebidas sobre el papel económico, social y cultural en función del género impiden que el hombre y la mujer compartan responsabilidades en todas las esferas en que lo exige la igualdad.*

Recomendación General Número 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales relativa a la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), que establece que:

7. *La no discriminación es una obligación inmediata y de alcance general en el Pacto. El artículo 2.2 dispone que los Estados partes garantizarán el ejercicio de cada uno de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto, sin discriminación alguna, y solo puede aplicarse en conjunción con esos derechos. Cabe señalar que por discriminación se entiende toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en el Pacto{§6}. La discriminación también comprende la incitación a la discriminación y el acoso.*

8. *Para que los Estados partes puedan "garantizar" el ejercicio sin discriminación de los derechos recogidos en el Pacto, hay que erradicar la discriminación tanto en la forma como en el fondo{§7}: a) Discriminación formal. Para erradicar la discriminación formal es preciso asegurar que la Constitución, las leyes y las políticas de un Estado no discriminen por ninguno de los motivos prohibidos; por ejemplo, las leyes deberían asegurar iguales prestaciones de seguridad social a las mujeres independientemente de su estado civil.*

b) *Discriminación sustantiva. Abordando únicamente la forma no se conseguiría la igualdad sustantiva prevista y definida en el artículo 2.2{§8}. En el disfrute efectivo de los derechos recogidos en el Pacto influye con frecuencia el hecho de que una persona pertenezca a un grupo caracterizado por alguno de los motivos prohibidos de discriminación. Para eliminar la discriminación en la práctica se debe prestar suficiente atención a los grupos o individuos que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistentes en lugar de limitarse a comparar el trato formal que reciben las personas en situaciones similares. Los Estados partes deben, por tanto, adoptar de forma inmediata las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación sustantiva o de facto. Por ejemplo, asegurar que todas las personas tengan igual acceso a una vivienda*

tradicionalmente excluidos como las mujeres y las niñas, las personas indígenas, las personas afrodescendientes y las personas migrantes o empobrecidas, a todos los medios necesarios para garantizar el disfrute efectivo de sus derechos, incluyendo el acceso en condiciones que no supongan una discriminación en función de su capacidad económica o de otra naturaleza para utilizar internet y gozar del acceso a contenidos. Así por ejemplo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer se ha referido al derecho de las mujeres rurales al acceso a los beneficios de las tecnologías de la información y la comunicación, incluido internet²⁸.

adecuada y a agua y saneamiento ayudará a superar la discriminación de que son objeto las mujeres, las niñas y las personas que viven en asentamientos informales y zonas rurales.

9. Para erradicar la discriminación sustantiva en ocasiones los Estados partes pueden verse obligados a adoptar medidas especiales de carácter temporal que establezcan diferencias explícitas basadas en los motivos prohibidos de discriminación. Esas medidas serán legítimas siempre que supongan una forma razonable, objetiva y proporcionada de combatir la discriminación de facto y se dejen de emplear una vez conseguida una igualdad sustantiva sostenible. Aun así, algunas medidas positivas quizás deban tener carácter permanente, por ejemplo, la prestación de servicios de interpretación a los miembros de minorías lingüísticas y a las personas con deficiencias sensoriales en los centros de atención sanitaria.

10. Tanto las formas directas como las formas indirectas de trato diferencial constituyen discriminación conforme al artículo 2.2 del Pacto:

a) Hay discriminación directa cuando un individuo recibe un trato menos favorable que otro en situación similar por alguna causa relacionada con uno de los motivos prohibidos de discriminación, por ejemplo, cuando la contratación para puestos en instituciones educativas o culturales se basa en las opiniones políticas de los solicitantes de empleo o los empleados. También constituyen discriminación directa aquellos actos u omisiones que causen perjuicio y se basen en alguno de los motivos prohibidos de discriminación cuando no exista una situación similar comparable (por ejemplo, en el caso de una embarazada).

b) La discriminación indirecta hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto afectados por los motivos prohibidos de discriminación. Por ejemplo, exigir una partida de nacimiento para poder matricularse en una escuela puede ser una forma de discriminar a las minorías étnicas o a los no nacionales que no posean, o a quienes se hayan denegado, esas partidas.

Disponibles en https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20CuIt.html

²⁸ Recomendación General Número 34 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer sobre los derechos de las mujeres rurales:

7. Tecnologías de la información y las comunicaciones

Las TIC (entre ellas la radio, la televisión, los teléfonos móviles, los ordenadores e Internet) desempeñan un importante papel en el empoderamiento de las mujeres y las niñas rurales al conectarlas con el mundo y brindarles un acceso fácil a la información y la educación. Varias formas de tecnología pueden cubrir diversas necesidades, desde unirse a comunidades en línea hasta aprovechar el aprendizaje a distancia. Sin embargo, las mujeres y las niñas rurales se ven desproporcionadamente afectadas por una brecha entre los géneros en el acceso a las TIC, que es una dimensión importante de la brecha digital. En el caso de las mujeres y las niñas rurales, la pobreza, el aislamiento geográfico, las barreras lingüísticas, la falta de conocimientos

2 Declaraciones conjuntas de procedimientos regionales y universales

La importancia del acceso efectivo en condiciones de calidad, accesibilidad e igualdad a internet y los servicios asociados ha impulsado la adopción de varias declaraciones conjuntas por parte de los procedimientos que en distintas regiones del mundo y a nivel universal velan por la libertad de expresión, en los que hacen referencia específica a la regulación de la red y al principio de neutralidad de la red.

La Declaración Conjunta sobre la Libertad de Expresión e Internet, realizada por El Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), del 1 de junio de 2011²⁹ establece:

5. Neutralidad de la red:

a. El tratamiento de los datos y el tráfico de Internet no debe ser objeto de ningún tipo de discriminación en función de factores como dispositivos, contenido, autor, origen y/o destino del material, servicio o aplicación.

b. Se debe exigir a los intermediarios de Internet que sean transparentes respecto de las prácticas que emplean para la gestión del tráfico o la información, y cualquier información relevante sobre tales prácticas debe ser puesta a disposición del público en un formato que resulte accesible para todos los interesados.

6. Acceso a Internet

a. Los Estados tienen la obligación de promover el acceso universal a Internet para garantizar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de expresión. El acceso a Internet también es necesario para asegurar el respeto de otros derechos, como el derecho a la educación, la atención de la salud y el trabajo, el derecho de reunión y asociación, y el derecho a elecciones libres.

b. La interrupción del acceso a Internet, o a parte de este, aplicada a poblaciones enteras o a determinados segmentos del público (cancelación de Internet) no puede estar justificada en ningún

informáticos y los estereotipos de género discriminatorios pueden obstaculizar su acceso a las TIC.

Los Estados partes deberían adoptar medidas para promover la igualdad de género en el sector de las TIC y mejorar el acceso de las mujeres y las niñas rurales a las TIC, así como desarrollar o ampliar iniciativas encaminadas a mejorar sus aptitudes informáticas, por ejemplo mediante la creación de centros de conocimientos municipales o comunitarios. Los Estados partes también deberían explorar la sensibilización pública y la formación a través de la tecnología de telefonía móvil, que puede llegar a las mujeres y las niñas rurales.

Disponible en

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/34&Lang=en

²⁹ Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849&IID=2>

caso, ni siquiera por razones de orden público o seguridad nacional. Lo mismo se aplica a las medidas de reducción de la velocidad de navegación de Internet o de partes de este.

c. La negación del derecho de acceso a Internet, a modo de sanción, constituye una medida extrema que solo podría estar justificada cuando no existan otras medidas menos restrictivas y siempre que haya sido ordenada por la justicia, teniendo en cuenta su impacto para el ejercicio de los derechos humanos.

d. Otras medidas que limitan el acceso a Internet, como la imposición de obligaciones de registro u otros requisitos a proveedores de servicios, no son legítimas a menos que superen la prueba establecida por el derecho internacional para las restricciones a la libertad de expresión.

e. Los Estados tienen la obligación positiva de facilitar el acceso universal a Internet. Como mínimo, los Estados deberían:

i. Establecer 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.

ii. Brindar apoyo directo para facilitar el acceso, incluida la creación de centros comunitarios de tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y otros puntos de acceso público.

iii. Generar conciencia sobre el uso adecuado de Internet y los beneficios que puede reportar, especialmente entre sectores pobres, niños y ancianos, y en las poblaciones rurales aisladas.

iv. Adoptar medidas especiales que aseguren el acceso equitativo a Internet para personas con discapacidad y los sectores menos favorecidos.

f. A fin de implementar las medidas anteriores, los Estados deberían adoptar planes de acción detallados de varios años de duración para ampliar el acceso a Internet, que incluyan objetivos claros y específicos, así como estándares de transparencia, presentación de informes públicos y sistemas de monitoreo.

Por su parte la Declaración Conjunta del Vigésimo Aniversario: Desafíos para la Libertad de Expresión en la próxima década, realizada por El Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), el Relator Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), del 10 de julio de 2019³⁰ establece la vinculación entre libertad de expresión y neutralidad del acceso a internet al señalar que:

1.- Creación de un ambiente que permita el ejercicio de la libertad de expresión

³⁰ Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1146&lID=2>

La protección y la promoción de la libertad de expresión requieren normas legales y sistemas regulatorios que lo protejan de manera adecuada, especialmente en el caso del entorno digital, pero no únicamente en este. En función de crear entornos propicios para la libertad de expresión, los Estados deben:

(...)

b. Garantizar la protección de la libertad de expresión en los marcos legales internos, regulatorios y reglamentarios respetando las normas internacionales, incluyendo la limitación de las restricciones penales a la libertad de expresión a fin de no disuadir el debate público sobre los asuntos de interés público.

c. Promover la diversidad de los medios, mediante el apoyo a la expresión de los grupos marginados que estén en riesgo de discriminación; el desarrollo de reglas en cuanto a la transparencia de la propiedad de los medios y la infraestructura de las telecomunicaciones; la adopción y la implementación de marcos legales eficaces sobre el acceso a la información, y la precisa definición de restricciones de contenido autorizadas por el derecho internacional de los derechos humanos.

(...)

2.- Consolidar y mantener una Internet libre, abierta e inclusiva

El ejercicio de la libertad de expresión requiere de una infraestructura digital que sea robusta, universal y cuya regulación garantice que permanezca siendo un espacio libre, accesible y abierto para todas las partes interesadas. Durante los próximos años, los Estados y otros actores deben:

a. Reconocer el derecho al acceso y el uso de internet como un derecho humano y una condición esencial para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

b. Proteger la libertad de expresión según el derecho internacional de los derechos humanos en la legislación que pueda tener impacto en el contenido en línea.

c. Abstenerse de imponer interrupciones o bloqueos en la red de internet o en la infraestructura de las telecomunicaciones.

d. Expandir significativamente las iniciativas para proporcionar un acceso universal y asequible a internet.

e. Respetar y afianzar el principio de neutralidad de red.

f. Asegurar que los desarrollos tecnológicos más importantes, como la transición a las redes móviles 5G y la expansión del internet de las cosas (IoT), respeten los derechos humanos, en particular, mediante una debida diligencia en materia del respeto a los derechos humanos en cuanto al desarrollo de la infraestructura, el servicio de red, la interoperabilidad y la privacidad por diseño.

g. Evitar medidas que podrían causar la fragmentación del internet y limitar el acceso al internet global.

3.- Control privado como amenaza a la libertad de expresión

Una característica transformativa del entorno de las comunicaciones digitales es el poder de las empresas privadas y, particularmente, de las redes sociales, las plataformas de búsqueda y otros intermediarios, sobre las comunicaciones, con un enorme poder concentrado en unas pocas empresas. Para proteger el entorno de la libertad de expresión frente al dominio privado sin suficiente rendición de cuentas, urgimos el desarrollo de las siguientes medidas:

a. Desarrollar mecanismos de supervisión, transparentes y que cuenten con garantías de independencia e involucren múltiples partes interesadas, para abordar las reglas privadas de moderación de contenido que podrían ser contrarias al derecho internacional de los derechos humanos o interferir con el derecho de las personas a ejercer su libertad de expresión.

b. Medidas regulatorias que aborden los modelos de negocios de ciertas empresas de tecnología digital que dependen de modelos de publicidad que fomentan un entorno que puede ser utilizado para la viralización, inter alia, de engaños, desinformación y expresiones de odio.

c. Implementar un marco de responsabilidades de las empresas según los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la ONU, respaldado por regulaciones o la supervisión del Estado para mitigar los daños a los derechos humanos, mediante el desarrollo de compromisos, políticas y evaluaciones públicas del impacto persistente en los derechos humanos.

d. Soluciones legales y tecnológicas que permitan transparentar la curación y moderación algorítmica del contenido, con la posibilidad de auditar de forma completa y permanente los datos que informan la inteligencia artificial.

e. Soluciones basadas en los derechos humanos para enfrentar los problemas causados por la desinformación, incluida la creciente posibilidad de falsificaciones tecnológicas profundas "deep fakes", de manera transparente, creíble y orientada, mediante enfoques compatibles con los estándares internacionales en materia de legalidad y la legitimidad del objetivo perseguido, cuando sea estrictamente necesario y proporcional.

f. Establecer reglas y sistemas eficaces para remediar la concentración indebida de la propiedad y las prácticas que representen un abuso de la posición dominante de las empresas que proporcionan servicios de comunicación digital.

3 Estándares específicos del Sistema Universal de Derechos Humanos

El Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de las Naciones Unidas destacó en su informe al Consejo de Derechos Humanos de 2016³¹:

IV. Cuestiones jurídicas y políticas

(...)

³¹ "Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión", Consejo de Derechos Humanos, ONU, A/HRC/32/38, 11 de mayo de 2016. Disponible en https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/32/38

A. Regulación del contenido

(...)

1. Regulación estatal

38. Los Estados regulan el contenido digital con medios jurídicos, políticos y técnicos diversos. Entre las tendencias preocupantes, destacan las siguientes.

(...)

Redes no neutrales

49. 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.

Así mismo, el Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de las Naciones Unidas, señaló en su informe al Consejo de Derechos Humanos de 2017 que³²:

II. Obligación del Estado de proteger y promover la libertad de expresión en línea

(...)

C. Neutralidad de la red

23. La neutralidad de la red —el principio de que todos los datos de Internet deben ser tratados en pie de igualdad, sin injerencia indebida— promueve el acceso más amplio posible a la información. En la era digital, la libertad de elegir entre distintas fuentes de información solo tiene sentido cuando el contenido de Internet y las aplicaciones de todo tipo son transmitidos sin discriminación o injerencia indebida por agentes no estatales, incluidos los proveedores. La obligación positiva del Estado de promover la libertad de expresión sostiene firmemente la neutralidad de la red, a fin de promover el mayor acceso no discriminatorio posible a la información.

(...)

III. Proveedores de acceso digital y libertad de expresión

³² “Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión”, Consejo de Derechos Humanos, ONU, A/HRC/35/22, 30 de marzo de 2017. Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/077/51/PDF/G1707751.pdf?OpenElement>

(...)

A. *Proveedores de servicios de telecomunicaciones e Internet*

(...)

33. *Cada vez más proveedores están concertando acuerdos con los medios de comunicación y otras empresas productoras de contenidos que amenazan la neutralidad de la red y están ejerciendo intensa presión para obtener concesiones a las normas de neutralidad de la red. Por ejemplo, mientras que reguladores europeos estaban elaborando directrices de neutralidad de la red, 17 de los principales proveedores de la región presentaron el “Manifiesto sobre el 5G” y advirtieron que directrices “excesivamente prescriptivas” retrasarían su inversión en 5G, la generación siguiente de conexión móvil a Internet.*

(...)

IV. *Responsabilidades en materia de derechos humanos de los proveedores de acceso digital*

(...)

B. *Responsabilidad de respetar la libertad de expresión de los usuarios*

(...)

2. *Incorporación de salvaguardias de los derechos humanos en la etapa de diseño*

59. *Tal como sucede con todo desarrollo de tecnología importante, las opciones de diseño e ingeniería reflejan consideraciones de políticas públicas y deben guiarse por el respeto de los derechos humanos. Por ejemplo, la “fragmentación de redes” (network slicing), una tecnología clave para redes 5G, puede permitir a los proveedores de telefonía móvil gestionar el tráfico de manera más eficiente y atender a la creciente diversidad de necesidades de los consumidores en la era de la Internet de las cosas (IoT). Al mismo tiempo, las redes también pueden “fragmentarse” en vías rápidas y lentas que den prioridad al acceso a algunas aplicaciones de Internet sobre otras, lo que podría interferir con la neutralidad de la red. Por consiguiente, las empresas deben asegurarse de que las innovaciones en el equipo y la tecnología de red, en particular los que tienen usos múltiples, estén diseñadas y desplegadas para que sean compatibles con la libertad de expresión y las normas de privacidad.*

4 Estándares específicos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se ha producido un importante desarrollo en materia de acceso a internet que incluye elementos centrales relativos a la gestión del tráfico no discriminatoria y la neutralidad de la red. Así, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión” del 31 diciembre 2013³³ señaló que:

CAPÍTULO IV. LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INTERNET

(...)

B. Libertad de expresión en Internet: principios orientadores

(...)

3. No discriminación:

(...)

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. Un desarrollo de este principio es el principio de neutralidad de la red.

(...)

C. Neutralidad de la red

25. En su Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet, el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) afirmaron que la neutralidad de la red es un principio según el cual “[e]l tratamiento de los datos y el tráfico de Internet no debe ser objeto de ningún tipo de discriminación en función de factores como dispositivos, contenido, autor, origen y/o destino del material, servicio o aplicación”. Lo 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.

26. La Relatoría Especial considera importante que las autoridades garanticen la vigencia de este principio a través de legislaciones adecuadas. En este sentido, por ejemplo, la Ley 20.453 de Chile consagró el principio de neutralidad en la red prohibiendo el bloqueo, la interferencia, la

³³ Ver OEA /Ser.L/V/II.149, Doc. 50, disponible en http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/2014_04_22_IA_2013_ESP_FINAL_WEB.pdf

discriminación, el entorpecimiento y la restricción del derecho de “cualquier usuario de Internet para utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio legal a través de Internet, así como cualquier otro tipo de actividad o uso legal realizado a través de la red”.

27. La neutralidad de la red se desprende del diseño original de Internet, el cual facilita el acceso y la difusión de contenidos, aplicaciones y servicios de manera libre y sin distinción alguna. Al mismo tiempo, la inexistencia de barreras desproporcionadas de entrada para ofrecer nuevos servicios y aplicaciones en Internet constituye un claro incentivo para la creatividad, la innovación y la competencia.

28. 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.

29. 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.

30. No debe haber discriminación, restricción, bloqueo o interferencia en la transmisión del tráfico de Internet, a menos que sea estrictamente necesario y proporcional para preservar la integridad y seguridad de la red; para prevenir la transmisión de contenidos no deseados por expresa solicitud – libre y no incentivada– del usuario; y para gestionar temporal y excepcionalmente la congestión de la red. En este último caso, las medidas empleadas no deben discriminar entre tipos de aplicaciones o servicios. Asimismo, en algunas normas ya se ha establecido que las medidas de gestión de tráfico deben ser necesarias para un uso eficiente y seguro de Internet y no pueden discriminar arbitrariamente a un determinado proveedor de contenidos o servicios, o a un grupo de éstos, frente a otros proveedores. Además, la propuesta de la Comisión Europea para la regulación del mercado único europeo para comunicaciones electrónicas reconoce que “la gestión razonable de tráfico incluye la prevención o impedimento de crímenes graves, incluidas las acciones voluntarias de proveedores para prevenir el acceso y la distribución de la pornografía infantil.

31. Las normas sobre neutralidad de la red deben exigir que los prestadores del servicio de Internet sean transparentes respecto de las prácticas que emplean para la gestión del tráfico o la información. Cualquier información relevante sobre tales prácticas debe ser puesta a disposición del público y del órgano encargado de supervisar el cumplimiento del principio de neutralidad de la red, en un formato que resulte accesible para todos los interesados.

32. *Corresponde a los Estados, a través de leyes expedidas por el Poder Legislativo y de la labor de control y vigilancia de los entes competentes, darle vigencia al principio de neutralidad de la red en los términos anteriormente expuestos. Los órganos encargados de supervisar y aplicar estas normas deben ser independientes del poder político y económico, y deben proceder de modo transparente y respetuoso del debido proceso.*

33. *La importancia de la neutralidad de la red ha sido reconocida de manera creciente en el mundo. Chile y los Países Bajos, entre otros, han expedido leyes específicas con el objeto de protegerla. Asimismo, el Consejo de Europa y órganos reguladores en materia de telecomunicaciones han declarado su compromiso con dicho principio⁴³. Igualmente, ha sido reconocida por algunos tribunales nacionales.*

D. Acceso a Internet

(...)

51. *Asimismo, en atención a su obligación de garantizar el derecho a la libertad de expresión, los Estados deben adoptar medidas para prevenir o remediar restricciones ilegítimas al acceso a Internet por parte de particulares y empresas, como las políticas que atentan contra la neutralidad de la red o la prevalencia de prácticas anticompetitivas.*

En 2015 la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reiteró en sus informes “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2014”, del 9 de marzo de 2015³⁴, e “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión 2015” del 31 de diciembre de 2015³⁵ las siguientes conclusiones y recomendaciones:

CAPÍTULO V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

(...)

G. Internet

(...)

17. *Asimismo, la Relatoría Especial destaca la promoción de regulación en el hemisferio para garantizar que no haya discriminación, restricción, bloqueo o interferencia en la transmisión del tráfico de Internet, en aplicación del principio de neutralidad de la red.*

18. *En este punto, la Relatoría recomienda a los Estados miembros:*

(...)

d. Promover el acceso universal a Internet para garantizar el disfrute universal y efectivo del derecho a la libertad de expresión por este medio.

³⁴ Ver OEA/Ser.L/V/II, Doc. 13, disponible en

<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/Informe%20Anual%202014.pdf>

³⁵OEA/Ser.L/V/II, Doc. 48/15, disponible en

<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/InformeAnual2015RELE.pdf>

e. Garantizar que el tratamiento de los datos y el tráfico de Internet no debe ser objeto de ningún tipo de discriminación en función de factores como dispositivos, contenido, autor, origen y/o destino del material, servicio o aplicación, de conformidad con el principio de neutralidad de la red.

En 2017, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló en su “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”³⁶ algunos elementos centrales para garantizar una internet libre, abierta e incluyente:

CAPITULO III: ESTÁNDARES PARA UNA INTERNET LIBRE, ABIERTA E INCLUYENTE

(...)

B. PRINCIPIOS RECTORES

6. La relevancia de Internet como plataforma para el goce y ejercicio de derechos humanos está directamente vinculada con la arquitectura de la red y los principios que la rigen, entre ellos el principio de apertura, descentralización y neutralidad. En el informe Libertad de Expresión e Internet, la Relatoría Especial reconoció que las características especiales que han hecho de Internet un medio privilegiado para el ejercicio cada vez más democrático, abierto, plural y expansivo de la libertad de expresión, deben ser tenidas en cuenta al momento de establecer cualquier medida que pueda impactarla. En este sentido, enfatizó que la labor del Estado, el desarrollo de políticas públicas y la actuación de los particulares en el entorno digital deben adecuarse a unos principios orientadores que incluyen: el acceso en igualdad de condiciones, el pluralismo, la no discriminación y la privacidad, así como la neutralidad de la red y la gobernanza multisectorial como componentes transversales de estos principios.

(...)

11. Además de los principios de acceso, pluralismo, no discriminación y privacidad, el principio de neutralidad de la red fue reconocido por la Relatoría Especial como “una condición necesaria para ejercer la libertad de expresión en Internet en los términos del artículo 13 de la Convención Americana”. Lo 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.

(...)

1. Internet libre y abierta

19. El concepto de apertura y libertad en la red se explica a partir del desarrollo de estándares técnicos, como la interoperabilidad, las interfaces de aplicación abierta, los documentos, texto y data abiertos, así como en la ausencia de limitaciones o trabas que favorezcan artificialmente

³⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 22/17, de 15 de marzo de 2017, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anales/InformeAnual2016RELE.pdf>

monopolios o plataformas arcaicas. Uno de los ejes que garantiza la libertad en internet y la apertura es el principio de neutralidad de la red.

(...)

22. Como sostuvo la Relatoría Especial, la neutralidad de la red es una condición necesaria para ejercer la libertad de expresión, y es transversal a los principios rectores. Lo 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.

23. Los Estados deben garantizar la vigencia de este principio a través de legislaciones adecuadas. Varios países de la región ya han adoptado leyes consagrando el principio de neutralidad de la red, entre ellos, Argentina, Brasil, Chile y México. Por su parte, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones de Paraguay refrendó el principio de neutralidad de la red³⁵ y la Comisión Federal de Comunicaciones –FFC por sus siglas en inglés- en Estados Unidos, recientemente, también hizo lo propio.

(...)

28. La transparencia en los términos de gestión de la red es fundamental a fin de garantizar el principio de neutralidad de la red. La Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet de 2011 establece que “se debe exigir a los intermediarios de Internet que sean transparentes respecto de las prácticas que emplean para la gestión del tráfico o la información, y cualquier información relevante sobre tales prácticas debe ser puesta a disposición del público en un formato que resulte accesible para todos los interesados”.

29. En lo que respecta al principio de la neutralidad de la red surgió en 2015 un nuevo y controvertido debate sobre los denominados planes de tarifa cero" [zero rating]. Los planes de zero-rating permiten a las compañías proveedoras de Internet proveer acceso a determinadas aplicaciones sin que dicho acceso constituya un gasto en el plan de datos. Existen planes de zero-rating en distintos países de la región, incluyendo, Chile, Colombia, Brasil, Ecuador, Panamá, Paraguay, entre otros. La doctrina está dividida respecto del impacto de los planes de zero-rating en la neutralidad de la red. Sin perjuicio de la política que cada Estado adopte en torno a este tema, cabe adelantar que en ningún caso los Estados podrán reemplazar sus políticas de acceso universal a Internet por políticas o planes de zero-rating.

(...)

31. En todos los casos las políticas de zero-rating deberán evaluarse a la luz de la regulación legal de cada Estado y de la compatibilidad de las mismas con los términos de las normas que rigen y regulan la neutralidad de la red, siendo incompatibles en aquellas jurisdicciones donde esta última establezca la prohibición expresa de discriminar aplicaciones o contenido por precio. La compatibilidad de dichas medidas o planes con los derechos humanos habrá de medirse a la luz del test de legalidad, necesidad y proporcionalidad. Los Estados que permitan la oferta de planes de zero-rating, deberán monitorear su funcionalidad y evaluar periódicamente su compatibilidad con los derechos humanos. Además, estos Estados deberán prestar especial atención al régimen de

protección de datos y privacidad de dichos planes, atendiendo a los riesgos que estos planes generan en torno a la centralización de datos e información de los usuarios.

(.)

CAPÍTULO VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

(...)

G. Internet

18. Asimismo, la Relatoría Especial destaca la promoción de regulación en el hemisferio para garantizar que no haya discriminación, restricción, bloqueo o interferencia en la transmisión del tráfico de Internet, en aplicación del principio de neutralidad de la red.

19. En este punto, la Relatoría recomienda a los Estados miembros:

(...)

e. Garantizar que el tratamiento de los datos y el tráfico de Internet no debe ser objeto de ningún tipo de discriminación en función de factores como dispositivos, contenido, autor, origen y/o destino del material, servicio o aplicación, de conformidad con el principio de neutralidad de la red.

También en 2017 la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reiteró en el “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión” sus recomendaciones en materia de reconocimiento del principio de neutralidad³⁷:

CAPÍTULO III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

(...)

G. Internet

19. La Relatoría Especial destaca la promoción de regulación en el hemisferio para garantizar que no haya discriminación, restricción, bloqueo o interferencia en la transmisión del tráfico de Internet, en aplicación del principio de neutralidad de la red.

20. En este punto, la Relatoría recomienda a los Estados miembros:

(...)

e. Garantizar que el tratamiento de los datos y el tráfico de Internet no debe ser objeto de ningún tipo de discriminación en función de factores como dispositivos, contenido, autor, origen y/o destino del material, servicio o aplicación, de conformidad con el principio de neutralidad de la red.

³⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 210/17, 31 de diciembre de 2017, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2017/docs/AnexoRELE.pdf>

Asimismo, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su documento “Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente”³⁸ establece:

CAPITULO I: PRINCIPIOS RECTORES

(...)

6. La relevancia de Internet como plataforma para el goce y ejercicio de derechos humanos está directamente vinculada con la arquitectura de la red y los principios que la rigen, entre ellos el principio de apertura, descentralización y neutralidad. En el informe Libertad de Expresión e Internet, la Relatoría Especial reconoció que las características especiales que han hecho de Internet un medio privilegiado para el ejercicio cada vez más democrático, abierto, plural y expansivo de la libertad de expresión, deben ser tenidas en cuenta al momento de establecer cualquier medida que pueda impactarla. En este sentido, enfatizó que la labor del Estado, el desarrollo de políticas públicas y la actuación de los particulares en el entorno digital deben adecuarse a unos principios orientadores que incluyen: el acceso en igualdad de condiciones, el pluralismo, la no discriminación y la privacidad⁹, así como la neutralidad de la red y la gobernanza multisectorial como componentes transversales de estos principios.

(...)

11. Además de los principios de acceso, pluralismo, no discriminación y privacidad, el principio de neutralidad de la red fue reconocido por la Relatoría Especial como “una condición necesaria para ejercer la libertad de expresión en Internet en los términos del artículo 13 de la Convención Americana”. Lo 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.

(...)

A. Internet libre y abierta

19. El concepto de apertura y libertad en la red se explica a partir del desarrollo de estándares técnicos, como la interoperabilidad, las interfaces de aplicación abierta, los documentos, texto y data abiertos, así como en la ausencia de limitaciones o trabas que favorezcan artificialmente monopolios o plataformas arcaicas. Uno de los ejes que garantiza la libertad en internet y la apertura es el principio de neutralidad de la red.

(...)

³⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.17/17, 15 de marzo de 2017, disponible en http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/INTERNET_2016_ESP.pdf

En 2019 la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión reiteró en su “Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión” su recomendación relativa al principio de neutralidad de la red.³⁹

CAPÍTULO III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

(...)

E. Internet

(...)

26. En relación con este punto, al igual que en años anteriores, la Relatoría Especial recomienda a los Estados miembros:

(...)

D. Promover el acceso universal a Internet para garantizar el disfrute universal y efectivo del derecho a la libertad de expresión por este medio.

E. Garantizar que el tratamiento de los datos y el tráfico de Internet no debe ser objeto de ningún tipo de discriminación en función de factores como dispositivos, contenido, autor, origen y/o destino del material, servicio o aplicación, de conformidad con el principio de neutralidad de la red.

5 Regulación de la neutralidad de la red en el derecho comparado a nivel regional

A. República de Chile

En la República de Chile, el 26 de agosto de 2010 se publicó la Ley 20.453⁴⁰, que consagra el principio de neutralidad de la red para los consumidores y usuarios de internet.

Esta ley establece que las concesionarias de servicio público de telecomunicaciones que presten servicio a los proveedores de acceso a internet:

Artículo único.- Agréganse los siguientes artículos 24 H, 24 I y 24 J en la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones:

Artículo 24 H.- Las concesionarias de servicio público de telecomunicaciones que presten servicio a los proveedores de acceso a Internet y también estos últimos; entendiéndose por tales, toda persona natural o jurídica que preste servicios comerciales de conectividad entre los usuarios o sus redes e Internet:

³⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 30, 17 de marzo de 2019, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/IA2018RELE-es.pdf>

⁴⁰ Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1016570>

- a) *No podrán arbitrariamente bloquear, interferir, discriminar, entorpecer ni restringir el derecho de cualquier usuario de Internet para utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio legal a través de Internet, así como cualquier otro tipo de actividad o uso legal realizado a través de la red. En este sentido, deberán ofrecer a cada usuario un servicio de acceso a Internet o de conectividad al proveedor de acceso a Internet, según corresponda, que no distinga arbitrariamente contenidos, aplicaciones o servicios, basados en la fuente de origen o propiedad de éstos, habida cuenta de las distintas configuraciones de la conexión a Internet según el contrato vigente con los usuarios. Con todo, los concesionarios de servicio público de telecomunicaciones y los proveedores de acceso a Internet podrán tomar las medidas o acciones necesarias para la gestión de tráfico y administración de red, en el exclusivo ámbito de la actividad que les ha sido autorizada, siempre que ello no tenga por objeto realizar acciones que afecten o puedan afectar la libre competencia. Los concesionarios y los proveedores procurarán preservar la privacidad de los usuarios, la protección contra virus y la seguridad de la red. Asimismo, podrán bloquear el acceso a determinados contenidos, aplicaciones o servicios, sólo ha pedido expreso del usuario, y a sus expensas. En ningún caso, este bloqueo podrá afectar de manera arbitraria a los proveedores de servicios y aplicaciones que se prestan en internet.*
- b) *No podrán limitar el derecho de un usuario a incorporar o utilizar cualquier clase de instrumentos, dispositivos o aparatos en la red, siempre que sean legales y que los mismos no dañen o perjudiquen la red o la calidad del servicio.*

(...)

La legislación chilena añade que “*para la protección de los derechos de los usuarios de Internet, el Ministerio, por medio de la Subsecretaría, sancionará las infracciones a las obligaciones legales o reglamentarias asociadas a la implementación, operación y funcionamiento de la neutralidad de red que impidan, dificulten o de cualquier forma amenacen su desarrollo o el legítimo ejercicio de los derechos que de ella derivan, en que incurran tanto los concesionarios de servicio público de telecomunicaciones que presten servicio a proveedores de acceso a Internet como también éstos últimos*”.

El 18 de marzo de 2011, se publicó el Decreto N° 368⁴¹, Reglamento que regula las características u condiciones de la neutralidad de la red en el servicio de acceso a internet. Esta norma reglamentaria fue promulgada el 15 de diciembre de 2010 y en su artículo noveno, establece que “*los ISP podrán bloquear contenidos, aplicaciones o servicios a petición expresa del usuario, sin que aquel pueda extenderse arbitrariamente a otros contenidos, aplicaciones o servicios distintos de los solicitados por el usuario. En ningún caso, este bloqueo podrá afectar de manera arbitraria a los proveedores de servicios y a las aplicaciones que se encuentran en Internet. Los ISP deberán tener disponible, para los usuarios que lo soliciten, un servicio de control parental que bloquee contenidos que atenten contra la ley, la moral o las buenas costumbres.*”

B. República Federativa de Brasil

El 23 de abril de 2014 se aprobó el Marco Civil de la Internet o Ley 12.965/2014⁴², en la República Federativa de Brasil, que establece los principios, garantías, derechos y obligaciones para el uso de internet. Es

⁴¹ <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1023845&idParte=0&idVersion=>

⁴² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm

necesario mencionar que, dentro de su tercer capítulo, primera sección retoma la neutralidad de la red, indicando que *“la persona responsable de la transmisión, conmutación o enrutamiento tiene el deber de tratar cualquier paquete de datos, independientemente de su contenido, origen y destino, servicio, terminal o aplicación”*, y que *“ la discriminación o degradación del tráfico se regulará de conformidad con las atribuciones privadas del Presidente de la República previstas en el punto IV del art. 84 de la Constitución Federal, para la fiel ejecución de esta Ley, después de escuchar al Comité Directivo de Internet y la Agencia Nacional de Telecomunicaciones, y solo puede resultar de:*

I - requisitos técnicos indispensables para la prestación adecuada de servicios y aplicaciones; y

II - priorización de los servicios de emergencia.”

Además, se establece que *“en la provisión de una conexión a Internet costosa o gratuita, así como en la transmisión, conmutación o enrutamiento, está prohibido bloquear, monitorear, filtrar o analizar el contenido de los paquetes de datos, de conformidad con las disposiciones de este artículo”*.

Para regular la Ley 12.965/2014 el Presidente de la República de Brasil emitió el Decreto N° 8.771⁴³, de 11 de mayo de 2016, entre otras cosas, para tratar los supuestos de discriminación en los paquetes de datos en internet y la degradación del tráfico. La neutralidad de la red es tratada del tercer al décimo artículo.

C. República de Argentina

El 18 de diciembre de 2014 en la República de Argentina se promulgo la Ley 27.78 – Argentina digital⁴⁴. Cabe precisar que en el artículo 56 de esta Ley *“se garantiza a cada usuario el derecho a acceder, utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación, servicio o protocolo a través de internet sin ningún tipo de restricción, discriminación, distinción, bloqueo, interferencia, entorpecimiento o degradación”*, y de la misma forma en el artículo 57 se establecen las prohibiciones que tienen los prestadores de servicios de TIC, entre las cuales se encuentran:

- a) “Bloquear, interferir, discriminar, entorpecer, degradar o restringir la utilización, envío, recepción, ofrecimiento o acceso a cualquier contenido, aplicación, servicio o protocolo salvo orden judicial o expresa solicitud del usuario.*
- b) Fijar el precio de acceso de internet en virtud de los contenidos, servicios, protocolos o aplicaciones que vayan a ser utilizados u ofrecidos a través de los respectivos contratos.*
- c) Limitar arbitrariamente el derecho de un usuario a utilizar cualquier hardware para acceder a internet, siempre que los mismos ni dañen o perjudiquen la red.”*

⁴³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8771.htm

⁴⁴ https://www.enacom.gob.ar/ley-27-078_p2707