



En la Corte Constitucional de Colombia

COMENTARIO ESCRITO SOMETIDO POR EL CENTRE FOR LAW AND DEMOCRACY

INTERVENCIÓN COMO AMICUS CURIAE EN PROCESO D-14516 sobre la Ley 1450 de 2011

Febrero de 2022

Abogado Principal:

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Toby Mendel', with a stylized, sweeping flourish at the end.

Toby Mendel
Executive Director
Centre for Law and Democracy

39 Chartwell Lane
Halifax, N.S., B3M 3S7
Canada

Tel: +1 902 431-3688
email: toby@law-democracy.org

Abogada de Apoyo:

Laura Notess
Legal Officer
Centre for Law and Democracy

Tel: +1 782 234-4471
email: laura@law-democracy.org

1.0 Resumen del Argumento

- [1] Colombia es Estado Parte del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* así como de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, los cuales aseguran el derecho a la libertad de expresión en su Artículo 19 y Artículo 13 respectivamente. Estos tratados, y su interpretación por entidades oficiales de vigilancia (como el Comité de Derechos Humanos de la ONU y la Corte Interamericana de Derechos Humanos) así como por otros órganos competentes, dejan en claro que la libertad de expresión es uno de los derechos humanos más preciados.
- [2] Las obligaciones de los Estados de respetar la libertad de expresión no solo les obliga a no imponer restricciones indebidas a este derecho, sino que también les obliga a tomar medidas positivas para asegurar un flujo robusto de información e ideas en la sociedad, las cuales podrán llegar a impedir que agentes privados interfieran con la libertad de expresión. Dos aspectos claves de las obligaciones positivas de los Estados son de tomar medidas para asegurar, de manera progresiva y con el tiempo, no solo el acceso universal a Internet sino también el acceso que cumpla con determinadas normas de calidad (a las que se refiere en este documento como “acceso de calidad”), incluido el acceso a Internet en su totalidad. Esto va acompañado de la obligación de respetar la neutralidad de la red, que prohíbe la discriminación en la gestión del tráfico de Internet, de esta manera reforzando la obligación de asegurar acceso a Internet en su totalidad.
- [3] Los esquemas de zero rating (tarifa cero o tasa cero), que son permitidos por el Artículo 56(1) de la Ley 1450 de 2011 (16 de junio) de Colombia, dan a los usuarios acceso gratuito a determinados servicios o aplicaciones en línea, mientras que cobran por el acceso a otro contenido en línea. Dichos esquemas vienen con una fuerte presunción en contra de su validez ante las obligaciones positivas de los Estados descritas anteriormente. Aunque en circunstancias limitadas estos esquemas pueden ayudar a aumentar el acceso a Internet o a determinado contenido de interés público, en muchos casos tienen el resultado de atrapar a los usuarios en entornos cerrados o al menos de crear fuertes incentivos para que los usuarios concentren su uso de Internet en los servicios gratuitos.
- [4] Como mínimo, la autorización de los esquemas de zero rating por los Estados podría ser legítima solo si formaran parte de un plan más amplio de promover el acceso universal de calidad a Internet de una manera que respete la neutralidad de la red. Los Estados que autoricen esquemas de zero rating deben evaluar periódicamente su impacto para asegurar que estén contribuyendo a estos objetivos en lugar de obstruirlos. Asimismo, cualquier marco normativo que autorice el zero rating deberá cumplir con normas estrictas de legalidad, incluso al aclarar exactamente qué es lo que se está autorizando.
- [5] Colombia no cumple con sus obligaciones internacionales en este ámbito de varias maneras. Primero, su autorización de zero rating no parece ser parte de un plan o estrategia más amplia para promover el acceso universal de calidad a Internet de una

manera que respete la neutralidad de la red. Más bien, parece ser una excepción *ad hoc* a la neutralidad de la red concebida para servir los intereses comerciales o la conveniencia de los proveedores de acceso a Internet. Colombia tampoco parece haber efectuado una evaluación del impacto de este acuerdo sobre sus obligaciones positivas en este ámbito, privándola por lo tanto de la evidencia que necesitaría para justificar tal excepción a la neutralidad de la red. Además, el lenguaje específico del Artículo 56(1) es extremadamente impreciso y ambiguo, y por lo tanto no cumple con las requeridas normas del derecho internacional en materia de legalidad. Finalmente, según la información que hemos recibido, el regulador encargado de supervisar la aplicación del Artículo 56(1) no es competente para interpretarlo y hacer que se cumpla debidamente, agravando considerablemente el problema subyacente de su falta de claridad.

2.0 Declaración de Interés y Pericia del CLD

- [6] El Centre for Law and Democracy (CLD) es una organización no gubernamental (ONG) y sin fines de lucro que trabaja en el ámbito de los derechos humanos, enfocando los derechos fundacionales para la democracia. El CLD cree en un mundo en el que un respeto robusto por los derechos humanos sostiene la democracia fuerte y participativa en todos los niveles de la gobernanza – local, nacional, regional e internacional – conduciendo a la justicia social y a la igualdad. El CLD trabaja para promover, proteger y desarrollar los derechos humanos que sirven como la base de o que sostienen la democracia, incluso los derechos de la libertad de expresión, de votar y participar en la gobernanza, de acceso a la información y de la libertad de la asamblea y asociación.
- [7] Para realizar esta misión, el CLD lleva a cabo proyectos de investigación y difusión educativa para mejorar la comprensión de la sociedad civil y del público en su conjunto global sobre los derechos humanos que sirven como la base de o que sostienen la democracia. Se utilizan las investigaciones y la asistencia técnica para ayudar a los gobiernos y actores a nivel mundial para cumplir con las normas internacionales y constitucionales relativas a los derechos humanos que sostienen la democracia. El CLD incrementa la comprensión de las organizaciones intergubernamentales, así como las organizaciones no gubernamentales, respecto a los derechos humanos que sostienen la democracia, para que puedan realizar más efectivamente sus metas. El CLD también se compromete a una variedad de iniciativas de reforma jurídica, ya sea al analizar y abogar por la reforma de las leyes, al abogar por la adopción de leyes protectoras de derechos humanos o al apoyar el litigio constitucional. La investigación extensa y la labor normativa también forman parte del mandato del CLD, con el propósito de hacer una contribución para asegurar la relevancia y el desarrollo constante de los principales derechos humanos que están dentro de su mandato.
- [8] Basado en Halifax, Canadá, el CLD es reconocido como un líder global en establecer normas internacionales respecto a la libertad de expresión, como lo demuestra por ejemplo su papel anual en la redacción de las Declaraciones Conjuntas de los cuatro

mandatos internacionales especiales sobre la libertad de expresión.¹ El CLD frecuentemente ha entablado procesos constitucionales para promover el respeto por la libertad de expresión, presentando en algunas ocasiones sus propios informes de amicus curiae ante las cortes y proporcionando en algunas ocasiones apoyo para los abogados locales que defienden estos casos. En los últimos años, además de este caso, el CLD ha ofrecido apoyo en litigios ante la Corte Constitucional en Indonesia desafiando el poder del gobierno para bloquear sitios web, ante la Corte Suprema de Islamabad interpretando la doctrina del common law de “desacato al tribunal” y ante la Corte Suprema de Sri Lanka en un caso cuestionando la falla por parte del Estado en regular la radiodifusión de tal forma que protegiera el derecho del público de recibir información e ideas diversas. Además, el 15 de junio de 2021 el Director Ejecutivo del CLD, Toby Mendel, el abogado principal en este informe, compareció ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso No. 13.015, *Emilio Palacio Urrutia v. Ecuador*, como testigo experto para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

- [9] El CLD somete a consideración este informe con el objeto de asistir a la Corte Constitucional en su labor de interpretar las garantías de libertad de expresión internacionales y constitucionales en Colombia. La organización no tiene ningún interés directo en el resultado de este caso, más que su interés en los derechos humanos.

3.0 Introducción

Este caso se refiere a un recurso de inconstitucionalidad a parte del Artículo 56(1) de la Ley 1450 de 2011 (16 de junio).² El CLD no es experto en la ley constitucional de Colombia y el contenido de este informe de amicus curiae no aborda un análisis de la misma. Más bien, presentamos aquí las normas internacionales pertinentes, en particular con relación al derecho a la libertad de expresión.

- [10] Observamos que Colombia es Estado Parte del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP)³ así como de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (CADH).⁴ Las principales garantías para la libertad de expresión en estos dos tratados son muy similares, aunque la CADH incluye algunas medidas adicionales de protección.⁵ A

¹ Los mandatos especiales – a saber, el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante sobre la Libertad de los Medios de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos (OEA) y el Relator Especial para la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, (CADHP) – adoptan cada año una Declaración Conjunta con el apoyo del CLD y de Article 19. Estas Declaraciones son accesibles en: <https://www.law-democracy.org/live/legal-work/standard-setting/>.

² Diario Oficial No. 48.102 de 16 de junio de 2011.

³ Resolución de la Asamblea General de la ONU 2200A (XXI), 16 de diciembre de 1966, en vigor 23 de marzo de 1976. Colombia ratificó el PIDCP el 29 de octubre de 1969.

⁴ 22 de noviembre de 1969, en vigor 18 de julio de 1978. Colombia ratificó la CADH el 28 de mayo de 1973.

⁵ Por ejemplo, el Artículo 13(2) que restringe la mayoría de las formas de censura previa y el Artículo 13(3) que prohíbe los medios indirectos de restringir el derecho.

efectos de este informe de amicus curiae, las protecciones en los dos sistemas son tratados en gran medida como intercambiables salvo cuando se hace una distinción específica.

- [11] Este informe de amicus curiae presenta las normas de aquellos dos sistemas jurídicos internacionales, así como normas de otros sistemas regionales de derechos humanos, entre ellos los sistemas europeo y africano. Observamos que la garantía para la libertad de expresión contenida en el Artículo 10 de la *Convención Europea de Derechos Humanos* (CEDH)⁶ es similar a, pero algo más débil que la garantía de la CADH. Como resultado, se supone que la protección bajo la CADH es como mínimo tan fuerte como los principios protectores consagrados bajo la CEDH. La garantía de libertad de expresión contenida en el Artículo 9 de la *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*⁷ es distinta en su naturaleza y asimismo más débil que la protección bajo la CADH, así que, por lo tanto, se puede suponer que como mínimo, los principios protectores bajo la *Carta Africana* son incluidos dentro del ámbito de la CADH.

4.0 Declaración de los Hechos y la Ley

- [12] Este informe de amicus curiae se presenta en apoyo de la solicitud constitucional presentada contra el Artículo 56(1) de la Ley 1450 de 2011 por Ana Bejarano Ricaurte, Emmanuel Vargas Penagos y Vanessa López Ochoa según el procedimiento para recursos de inconstitucionalidad directos establecido en el Artículo 241(4) de la Constitución de Colombia. Se trata de un recurso de inconstitucionalidad directo que no surge de ningún caso jurídico en particular.

- [13] El Artículo 56(1) de la Ley 1450 de 2011 estipula como sigue:

Sin perjuicio de lo establecido en la Ley 1336 de 2006 (sic, 2009), no podrán bloquear, interferir, discriminar, ni restringir el derecho de cualquier usuario de Internet, para utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio lícito a través de Internet. En este sentido, deberán ofrecer a cada usuario un servicio de acceso a Internet o de conectividad, que no distinga arbitrariamente contenidos, aplicaciones o servicios, basados en la fuente de origen o propiedad de estos. Los prestadores del servicio de Internet podrán hacer ofertas según las necesidades de los segmentos de mercado o de sus usuarios de acuerdo con sus perfiles de uso y consumo, lo cual no se entenderá como discriminación.⁸

- [14] El Artículo 56(1) permite planes de “zero rating” en Colombia, conforme a los cuales los proveedores de servicios de Internet proporcionan acceso de forma gratuita a determinados servicios, contenido o aplicaciones en línea, sin que dicho acceso cuente para los límites de datos en un plan individual. Como se detalla en la petición constitucional presentada por Ana Bejarano Ricaurte, Emmanuel Vargas Penagos and Vanessa López Ochoa, dichos planes se ofrecen ampliamente en Colombia, y típicamente

⁶ 4 de noviembre de 1950, en vigor 3 de septiembre de 1953.

⁷ 27 de junio de 1981, en vigor 21 de octubre de 1986.

⁸ Aunque esta disposición se refiere a la Ley 1336 de 2006, en realidad debería ser la Ley 1336 de 2009.

permiten acceso de forma gratuita a Facebook, Whatsapp y un número selecto de otras aplicaciones de medios sociales.⁹

- [15] Este informe de amicus curiae argumenta que este artículo viola de distintas maneras la Constitución de Colombia al incumplir sus garantías de libertad de expresión. Asimismo, argumenta que el Artículo 56(1) viola el Artículo 13 de la CADH y el Artículo 19 del PIDCP. Ambos se incluyen en el bloque de constitucionalidad de Colombia bajo la legislación nacional, lo que significa que representan normas constitucionales a pesar de no mencionarse de forma explícita en el bloque de constitucionalidad.¹⁰

5.0 Libertad de Expresión bajo el Derecho Internacional

5.1 Garantías Internacionales

- [16] El derecho a la libertad de expresión es garantizado en todos los instrumentos generales clave de derechos humanos. La *Declaración Universal de Derechos Humanos* (DUDH),¹¹ adoptado en 1948 como una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se considera por lo general como la declaración internacional emblemática de derechos humanos. El derecho a la libertad de expresión es protegido en el Artículo 19 de la DUDH así como sigue:

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el 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.

Como una resolución de la Asamblea General, la DUDH no es formalmente vinculante para los Estados. No obstante, su posición preeminente y el hecho de que los Estados raramente rechazan sus principios significa que por lo menos partes de ella, incluso sus garantías de libertad de expresión, probablemente han adquirido fuerza jurídica como derecho internacional consuetudinario.¹²

- [17] Se confirió fuerza jurídica vinculante a la DUDH mediante la adopción por las Naciones Unidas de dos tratados, el PIDCP y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC)¹³ Existen en la actualidad 173 Estados Parte del PIDCP,¹⁴

⁹ Ver la Parte IV del recurso de inconstitucionalidad original, con fecha 11 de noviembre de 2021.

¹⁰ Como se sostiene en el recurso de inconstitucionalidad original, con fecha 11 de noviembre de 2021.

¹¹ Resolución 217A de la Asamblea General de las Naciones Unidas (III), 10 de diciembre de 1948.

¹² Ver por ejemplo D'Amato, A., "Human Rights as Part of Customary International Law: A Plea for Change of Paradigms" (2010, Faculty Working Papers, 88), <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/facultyworkingpapers/88>; and Meron, T., *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* (1989, Oxford, Clarendon Press).

¹³ Resolución 2200A de la Asamblea General de la ONU (XXI), 16 de diciembre de 1966, en vigor 3 de enero de 1976.

¹⁴ A partir de febrero de 2022.

el cual garantiza del derecho a la libertad de expresión en términos muy similares a los de la DUDH, también en el Artículo 19, así como sigue:

- (1) Toda persona tiene derecho a la libertad de opinión.
- (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.

[18] Por su parte, la CADH garantiza la libertad de expresión en los siguientes términos:

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 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.

5.2 Importancia de la Libertad de Expresión

[19] La libertad de expresión es uno de los derechos humanos más preciados y celebrados. Esto se debe en parte a su importancia por derecho propio y como medio para asegurar el respeto a los otros derechos y, en efecto, a la democracia misma. La Asamblea General de la ONU dejó esto en claro en su Resolución 59(I), adoptada en su primera sesión en 1946:

La libertad de información es un derecho humano fundamental y piedra de toque de todas las libertades a las cuales están consagradas las Naciones Unidas.¹⁵

[20] Para comprender el papel de la libertad de expresión en una democracia, es importante apreciar la naturaleza subyacente en general de este derecho, garantizado por el derecho internacional. No se entiende sencillamente como el derecho de toda persona de decir lo que quiera (sujeto por supuesto a restricciones limitadas). Cuenta con una naturaleza mucho más profunda. En efecto, debidamente comprendido, el derecho a la libertad de expresión protege e impulsa la libre circulación de información e ideas en la sociedad, dando especial importancia a la promoción del debate social sobre asuntos de interés público.

[21] Comprendido de esa manera, la libertad de expresión es el núcleo de la democracia, la cual depende de la capacidad de los ciudadanos de conocer, debatir y evaluar las posiciones de los distintos partidos y candidatos, de pedirles cuentas y de participar en el desempeño de los asuntos públicos. Lograr estos valores solo es posible cuando los ciudadanos tengan acceso a la información y puedan debatirla abiertamente. Organismos internacionales competentes han destacado repetidamente que la libertad de expresión es

¹⁵ Adoptada el 14 de diciembre de 1946.

esencial para la democracia. Para dar solo un ejemplo de estas declaraciones, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *La colegiación obligatoria de periodistas en una asociación prescrita por ley para la práctica del periodismo*:

La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también **conditio sine qua non** para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.¹⁶

5.3 Restricciones a la Libertad de Expresión

[22] Bajo el derecho internacional, el derecho a la libertad de expresión no es absoluta y los sistemas jurídicos de cada país contienen restricciones a la libertad de expresión. El enfoque adoptado bajo el derecho internacional es el de partir de la presunción general que toda actividad expresiva es protegida, por cualquier medio de expresión, y luego permitir a los Estados que la limiten o restrinjan, pero solo bajo ciertas condiciones. Esas condiciones se disponen en el Artículo 19(3) del PIDCP:

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.

[23] Una prueba casi idéntica, aunque agrega una prohibición amplia de la censura previa, se encuentra en los Artículos 13(2) y (4) de la CADH:

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

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

...

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

[24] Estas disposiciones imponen un estricto test tripartito para evaluar la legitimidad de cualquier restricción a la libertad de expresión. Este test fue resumido por el Comité de Derechos Humanos de la ONU, el organismo oficial de expertos independientes encargado con la vigilancia del PIDCP, en su Observación General N° 34 de 2011, así como sigue:

En el [Artículo 19(3) del PIDCP] se enuncian condiciones expresas y solo con sujeción a esas condiciones pueden imponerse restricciones: las restricciones deben estar "fijadas por la ley"; solo

¹⁶ Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, Serie A, No. 5, párr. 70.

pueden imponerse para uno de los propósitos indicados en los apartados a) y b) del párrafo 3 y deben cumplir pruebas estrictas de necesidad y proporcionalidad.¹⁷

- [25] La primera parte del test, la cual es extraída directamente del lenguaje del Artículo 19(3), es que las restricciones deberán ser "fijadas por la ley". Una justificación clave para esto es que solo el parlamento, actuando de forma colectiva de acuerdo con sus poderes y procesos legislativos formales, deberá tener la capacidad de decidir los intereses que justifiquen la derogación de la libertad de expresión, en conformidad con el derecho internacional. Esto imposibilita cualquier acción *ad hoc* o arbitraria de parte de funcionarios elegidos o empleados públicos, por superiores que sean, aunque no significa que el parlamento no pueda delegar a otros actores el poder legislativo secundario (como por ejemplo en la forma de regulaciones bajo una ley).
- [26] No es suficiente que haya sencillamente una ley; esa ley deberá cumplir con ciertas normas de control de calidad. Obviamente deberá ser accesible, lo cual significa por lo general que deberá haber sido publicada en el boletín oficial o en la publicación oficial que sirva para informar al público en general sobre la legislación.
- [27] La ley también no deberá ser imprecisa. Cuando una restricción a la libertad de expresión es imprecisa, puede estar sujeta a una variedad de interpretaciones distintas, las cuales puedan o no reflejar las intenciones del parlamento al adoptar la ley. Dicho de otra manera, las reglas imprecisas efectivamente conceden discrecionalidad a las autoridades responsables por su aplicación – ya sea un organismo regulador, la policía o un administrador – para decidir qué signifiquen. Es obvio que esto socava la idea misma de que es el parlamento que deberá fijar las restricciones. Lo mismo rige cuando una ley es clara, pero concede a las autoridades una discrecionalidad amplia en términos de cómo se aplicará. Un ejemplo de esto podría ser una ley que permitiera que la policía frenara una manifestación si considerara que no fuera del bien público.
- [28] Asimismo, se puede aplicar las disposiciones vagas de una manera inconsistente o imprecisa. Esto no ofrece a las personas la notificación debida de lo que es o no permitido, otro objetivo clave de la estipulación del test “fijadas por la ley”. En este caso, en particular cuando son significantes las sanciones en caso de incumplimiento de la regla, es probable que las personas se alejarán de la posible zona de aplicación de la regla para evitar cualquier posibilidad de ser censurada, resultando en lo que se ha denominado el “efecto de paralización” o “chilling effect” sobre la libertad de expresión. En su Observación General N° 34, el Comité de Derechos Humanos se refirió al problema de la vaguedad, así como el de conceder excesiva discreción:

A efectos del [Artículo 19(3) del PIDCP], para ser calificada de "ley", la norma debe estar formulada con precisión suficiente para que una persona pueda regular su comportamiento de conformidad con ella, y hacerse accesible al público. Las leyes no pueden conferir a los encargados de su aplicación una discrecionalidad sin trabas para restringir la libertad de expresión.

¹⁷ Observación General N° 34, Artículo 19: Libertad de opinión y libertad de expresión, 12 de septiembre de 2011, párr. 22. El Comité adopta de vez en cuando observaciones generales para proporcionar una síntesis de su jurisprudencia y sus reflexiones con relación a los distintos aspectos de los derechos. La Observación General N° 34 es la más reciente sobre la libertad de expresión.

Las leyes deben proporcionar suficientes orientaciones a los encargados de su ejecución para que puedan distinguir cuáles expresiones pueden restringirse correctamente y cuáles no.¹⁸

[29] Esta parte del test no necesariamente excluye la posibilidad de una legislación subordinada (como las reglas o regulaciones bajo un estatuto) así como otros poderes delegados para legislar (como las reglas adoptadas por un regulador o incluso leyes judiciales que se entiendan como derivadas de la constitución en los países de *common law*), siempre que esos poderes deriven de una norma jurídica principal (o sea, una ley o la constitución). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos resumió su jurisprudencia en este tema en *Sanoma Uitgevers B.V. v Holanda*:

[E]n lo que se refiere a las palabras "según la ley" y "fijado en la ley" que aparecen en los Artículos 8 al 11 de la Convención, el Tribunal observa que ha siempre entendido el término "ley" en su sentido "substantivo" y no el "formal"; ha incluido tanto la "ley escrita", la cual abarca disposiciones de estatutos inferiores y medidas regulatorias tomadas por organismos reguladores profesionales bajo las facultades independientes de reglamentación que se les ha delegado el Parlamento, y las leyes no escritas. Se deberá entender que la "Ley" se ha de entender de manera que abarque el derecho estatutario, así como la "ley" judicial. En resumen, la "ley" es la disposición en vigor tal como los tribunales competentes la hayan interpretado.¹⁹

[30] La segunda parte del test es que la restricción deberá servir o proteger uno de los motivos u objetivos enumerados en el Artículo 19(3). Dicho artículo deja muy claro que la lista es exclusiva y el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha reforzado este punto:

No se permiten restricciones por motivos que no estén especificados en [el Artículo 19(3) del PIDCP], aunque esos motivos justificasen restricciones de otros derechos protegidos por el Pacto. Las restricciones solamente se podrán aplicar para los fines con que fueron prescritas y deberán estar relacionadas directamente con la necesidad específica de la que dependen.²⁰

Las restricciones que no sirvan uno de los motivos enumerados no son legítimas.

[31] La tercera parte del test es que la restricción deberá ser "necesaria" para asegurar el motivo o el interés. La mayoría de los casos internacionales se deciden basándose en esta parte del test, la cual es sumamente compleja. Es posible extraer algunos aspectos clave de declaraciones de expertos sobre esta parte del test, a saber:

- las restricciones no deben ser excesivamente amplias en el sentido que no deben afectar la libre expresión más allá de lo que perjudique el motivo o interés pertinente;
- las restricciones deben estar racionalmente vinculadas con el motivo que aspiren proteger en el sentido de haber sido cuidadosamente diseñadas para protegerlo y deben representar la opción para protegerlo que menos perjudique la libertad de expresión; y
- las restricciones deben ser proporcionales en el sentido que los beneficios superen al daño a la libertad de expresión.

¹⁸ *Ibid.*, párr. 25.

¹⁹ 14 de septiembre de 2010, Aplicación No. 38224/03, párr. 83.

²⁰ Nota 17, párr. 22. Ver también *Mukong v. Cameroon*, 21 de julio de 1994, Communication No.458/1991, párr. 9.7 (Comité de Derechos Humanos de la ONU).

5.4 Obligaciones Positivas en Materia de la Libertad de Expresión: Naturaleza General

[32] Está bien establecido que el derecho a la libertad de expresión es uno de aquellos derechos que impone obligaciones tanto negativas como positivas para los Estados. Como declaró el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso de *Özgür Gündem v. Turkey* del 2000:

El Tribunal recuerda la importancia fundamental de la libertad de expresión como una de las precondiciones para una democracia funcional. El ejercicio genuino y efectivo de esta libertad no solo depende del deber del Estado de no interferir, sino que puede requerir medidas positivas de protección, incluso en el ámbito de las relaciones entre personas. [referencias omitidas]²¹

[33] Las obligaciones negativas se denominan así porque requieren que los Estados se abstengan de tomar medidas. Las obligaciones negativas más típicas son las de no imponer restricciones de contenido que vayan más allá de lo permitido por el Artículo 19(3) del PIDCP y los Artículos 13(2) y (4) de la CADH.

[34] Por otro lado, las obligaciones positivas requieren que los Estados tomen medidas para proteger los derechos. Mientras que las restricciones excesivas socavan la libre circulación de información e ideas en la sociedad, en otros casos proteger y apoyar la circulación de información e ideas requiere que los Estados establezcan medidas de protección o promoción.

[35] En algunos casos, medidas positivas de parte de los Estados son necesarias para evitar que las acciones de agentes privados socaven la libertad de expresión. Por ejemplo, el caso de *Özgür Gündem v. Turkey*, señalado anteriormente, hizo referencia a las obligaciones positivas de los Estados de impedir las represalias violentas contra el ejercicio del derecho a la libertad de expresión (los ataques a la libertad de expresión), de proporcionar protección para las personas que corran el riesgo de tales ataques y de investigar y enjuiciar a los responsables cuando sí ocurren delitos de esta naturaleza.²² Otro ejemplo de esto es la obligación de los Estados de promover la diversidad, incluso al impedir que los agentes privados se apropien de los medios de comunicación en la medida en que constituya una concentración indebida de la propiedad.²³ El Tribunal Europeo de

²¹ *Özgür Gündem v. Turkey*, 16 de marzo de 2000, Application No. 23144/93, para. 43. Ver también *Appleby v. the United Kingdom*, 6 de mayo de 2003, Application No. 44306/98, para. 39 y *Fuentes Bobo v. Spain*, 29 de febrero de 2000, Application No. 39293/98, para. 38.

²² Para las normas interamericanas en este ámbito ver Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión, *Violence Against Journalists and Media Workers: Inter-American Standards and National Practices on Prevention, Protection and Prosecution of Perpetrators*, 31 December 2013, https://www.oas.org/en/iachr/expression/docs/reports/2014_04_22_Violence_WEB.pdf. Para las normas adoptadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ver Toby Mendel, *Freedom of Expression: A Guide to the Interpretation and Meaning of Article 10 of the European Convention on Human Rights*, December 2012, pp. 30-31, <https://rm.coe.int/16806f5bb3>.

²³ Sobre las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la diversidad de los medios de comunicación en general, ver Mendel, *ibid.*, pp. 26-30. Sobre la diversidad de la propiedad, ver Toby Mendel, Ángel

Derechos Humanos ha sostenido incluso que los Estados tienen la obligación de proporcionar asistencia jurídica para proteger los derechos a la libertad de expresión de las partes demandadas contra las partes demandantes en casos complejos de difamación.²⁴

[36] En otros casos, las obligaciones positivas no responden a las acciones o posibles acciones de terceras partes, sino que responden sencillamente a la necesidad de tomar acción positiva para promover una circulación robusta de información e ideas. Por ejemplo, las obligaciones positivas de promover la diversidad van mucho más allá de simplemente impedir la concentración indebida de la propiedad. La Declaración Conjunta para la Promoción de la Diversidad en los Medios de Comunicación de 2007, adoptada por los mandatos internacionales especiales sobre la libertad de expresión, estipuló varias obligaciones positivas en el ámbito de la diversidad²⁵ mientras que la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos exige la “promoción y protección de las voces africanas, que incluye[n] la expresión a través de los medios en sus idiomas nacionales”,²⁶ como parte de la obligación más amplia de promover la diversidad. La obligación de los Estados de promulgar legislación para hacer efectivo el derecho de las personas de acceder a información en poder de las autoridades públicas (el derecho a la información) también se incluye en esta categoría. Como afirmó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Marcel Claude Reyes v. Chile*: “Consecuentemente, dicho artículo [Artículo 13] ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla.”²⁷

[37] Aunque los tribunales internacionales a menudo han hecho referencia explícita a la idea de las obligaciones positivas para los Estados en el ámbito de la libertad de expresión, como se indicó anteriormente, no suelen elaborar en detalle los principios generales que rigen estas obligaciones positivas, enfocando más bien las particularidades de la obligación positiva en cuestión y los hechos específicos del caso. Sin embargo, la jurisprudencia y la aplicación de los principios generales de derechos humanos así como del derecho sobre la libertad de expresión, permiten que se saque algunas conclusiones.

[38] Primero, las obligaciones positivas pueden o no ser tal que se puedan evaluar de conformidad con el test tripartito estipulado en el Artículo 19(3) del PIDCP y el Artículo 13(2) de la CADH. Por ejemplo, cuando los tribunales internacionales consideran casos de las obligaciones positivas de los Estados de impedir, proteger contra y procesar ataques de agentes del sector privado contra la libertad de expresión, no suelen aplicar el test

García Castillejo y Gustavo Gómez, *Concentration of Ownership and Freedom of Expression: Global Standards and Implications for the Americas* (2017, Paris, UNESCO), disponible en inglés y español, <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000248091>.

²⁴ Ver *Steel and Morris v. the United Kingdom*, 15 de febrero de 2005, Application No. 68416/01.

²⁵ 12 de diciembre de 2007, <https://www.osce.org/fom/66176?page=1>.

²⁶ Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión en África*, adoptada en la 32ª Sesión Ordinaria, 17-23 octubre de 2002. Disponible en: <http://www.achpr.org/sessions/32nd/resolutions/62>.

²⁷ 19 de septiembre de 2006, Serie C, No. 151, párr. 77. Ver también, sobre el reconocimiento del derecho a la información, *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, 8 de noviembre de 2016, Application No. 18030/11 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala).

tripartito; por el contrario, consideran si los Estados han hecho lo suficiente en este ámbito (aun así, existen necesariamente limitaciones a esto, elaboradas más adelante).

[39] Segundo, en algunos casos la caracterización de una medida como positiva o negativa depende de cómo se considere la cuestión. Por ejemplo, desde la perspectiva de los consumidores de información, limitar la concentración de la propiedad es una medida positiva, pero desde la perspectiva de los propietarios de medios de comunicación se puede considerar como una restricción negativa. Además, algunas medidas positivas incorporan limitaciones negativas. Por ejemplo, como aclara la cita anterior del caso de *Marcel Claude Reyes v. Chile*, el derecho a la información impone a los Estados una obligación positiva, pero también existen limitaciones a este derecho, es decir, las excepciones al derecho de acceso, las cuales representan restricciones negativas a la libertad de expresión. Como aclaró la Corte Interamericana de Derechos Humanos en ese caso, tales restricciones dentro de las obligaciones positivas deberán cumplir con el test tripartito:

...el artículo 13 de la Convención... protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención.²⁸

[40] Tercero, aunque las restricciones a la libertad de expresión deberán ser fijadas por la ley, como indica explícitamente el test tripartito, es posible cumplir con algunas obligaciones positivas sin respaldo legislativo o al menos sin normas jurídicas específicas. Asimismo, la cuestión de abordar los ataques a la libertad de expresión se ofrece como ejemplo. Los Estados podrán cumplir con su deber positivo de enjuiciar al establecer dependencias policiales especiales a través de política o simplemente como un asunto administrativo, o incluso, cuando los incidentes de ataques son bajos, se podrá investigar debidamente cada caso.²⁹

[41] No obstante, cuando las normas jurídicas forman parte de las acciones del Estado de cumplir con sus obligaciones positivas, esas disposiciones jurídicas deberán cumplir con los requisitos de la estipulación del test “fijadas por la ley” en cuanto a las restricciones. Estos instrumentos jurídicos afectan la libertad de expresión, ya sean considerados estrictamente o no como restricciones en el sentido del Artículo 19(3) del PIDCP y el Artículo 13(2) de la CADH, y no es admisible que sean imprecisas – de tal forma que los presuntos beneficiarios no puedan entender sus implicaciones – ni que permitan discreción excesiva a los funcionarios, posibilitando así la parcialidad, incluso la parcialidad potencialmente política, en su aplicación, lo cual nunca deberá permitirse en el contexto de la libertad de expresión. En efecto, por las mismas razones estos elementos de la norma “fijadas por la ley” deberán aplicarse a las medidas políticas o administrativas usadas por los Estados para cumplir con sus obligaciones positivas en el ámbito de la libertad de expresión.

²⁸ *Ibid.*, párr. 77. Ver también los párr. 88-92 de esa decisión que elaboran en más detalle la naturaleza de las restricciones al derecho a la información.

²⁹ Normalmente habrá alguna autorización jurídica a un nivel superior incluso para las medidas políticas o administrativas de esta naturaleza, pero estas en sí no afectan directamente la libertad de expresión.

[42] Por ejemplo, un plan de subvenciones para el contenido de medios de interés público deberá aclarar el tipo de contenido que apoye tanto para avisar con antelación suficiente a los posibles beneficiarios como para evitar la parcialidad en su aplicación. Como afirmaron los mandatos internacionales especiales sobre la libertad de expresión en su Declaración Conjunta para la Promoción de la Diversidad en los Medios de Comunicación de 2007:

Se debe considerar proveer apoyo para la producción de contenido que contribuya de manera significativa a la diversidad, fundado en criterios equitativos y objetivos aplicados en forma no discriminatoria.³⁰

Resulta evidente que los criterios no pueden ser “equitativos” y “objetivos” ni aplicados en “forma no discriminatoria” a no ser que cumplan con la normativa preceptiva y clara inherente en la estipulación “fijadas por la ley” del test tripartito.

[43] Fundamentalmente, por su naturaleza misma las obligaciones positivas imponen costos administrativos o de otro tipo al sector público, si bien algunos más que otros. Los tribunales deberán tener cuidado al imponerle gastos al sector público. Además, la naturaleza y el alcance en particular de estas obligaciones depende frecuentemente del contexto fáctico específico de cada caso. Por ejemplo, en un país donde son comunes los ataques a la libertad de expresión, podrá ser necesario establecer un mecanismo especial para abordar esto, y esto se ha hecho en muchos países,³¹ mientras que tal mecanismo no sería necesario en un país donde los ataques fueran muy infrecuentes.

[44] Como resultado de estos factores, los tribunales internacionales frecuentemente han sido reacios a pormenorizar principios generales claros que regulen el *alcance* o el *ámbito* de las obligaciones positivas, especialmente cuando estas tienen consecuencias económicas. Como señaló el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso de *Özgür Gündem v. Turkey*, también en el contexto de los ataques a la libertad de expresión:

El alcance de esta obligación variará inevitablemente, en consideración de la diversidad de las situaciones en los Estados Contratantes, las dificultades que entraña la vigilancia policial de sociedades modernas y las decisiones que se han de tomar en cuanto a prioridades y recursos. Tampoco se deberá interpretar dicha obligación de forma que se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada. [referencias omitidas]³²

Sin embargo, las circunstancias de dicho caso fueron que un periódico y su personal habían sido sometido a repetidos ataques violentos, provocando finalmente su cierre; y aun así el gobierno podía identificar solo una medida protectora que se había

³⁰ Nota 25. La Declaración también enfatizó la necesidad de que las medidas regulatorias corran a cargo de organismos independientes.

³¹ Ver, por ejemplo, Toby Mendel, *Supporting Freedom of Expression: A Practical Guide to Developing Specialised Safety Mechanisms* (2016, Paris, UNESCO), https://en.unesco.org/sites/default/files/supporting-freedom-of-expression_guide-safety-mechanisms.pdf and Eduardo Bertoni, *Prevent and Punish: In search of solutions to fight violence against journalists* (2015: Paris, UNESCO), http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CI/CI/pdf/Events/IDEI_2014/Prevent-and-Punish_Bertoni.pdf.

³² Nota 21, párr. 43.

proporcionado. Esto llevó a la conclusión del Tribunal, “que en las circunstancias el Gobierno no ha cumplido con su obligación positiva de proteger *Özgür Gündem* en el ejercicio de su libertad de expresión.”³³

[45] La Corte Interamericana de Derechos Humanos da un paso más en este contexto, declarando que los Estados,

ha[n] de adoptar, cuando sea pertinente, medidas necesarias y razonables para prevenir o proteger los derechos de quienes se encuentren en tal situación, [de riesgo o mayor vulnerabilidad a ataques por ejercer su derecho a la libertad de expresión], así como, en su caso, investigar hechos que los perjudiquen.³⁴

Y:

los Estados tienen la obligación de adoptar medidas especiales de prevención y protección de los periodistas sometidos a un riesgo especial por el ejercicio de su profesión.³⁵

También ha demostrado la voluntad de adoptar soluciones innovativas en este ámbito. Por ejemplo, en el caso de *Vélez Restrepo y familiares v. Colombia*, la Corte ordenó que Colombia incorporara “un módulo específico sobre la protección del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión y de la labor que cumplen los periodistas y comunicadores sociales” a su programa educativo sobre derechos humanos para el personal militar, basado en su conclusión que se había golpeado a un camarógrafo que filmaba abusos que estaban cometiendo los militares.

[46] El derecho a la información, que abarca tanto elementos positivos como restrictivos, ofrece la posibilidad de un alcance más amplio para la elaboración específica del alcance de la obligación, ya que depende menos de un contexto exacto. Las numerosas declaraciones de expertos sobre este derecho elaboran extensamente sobre sus elementos positivos, como la necesidad de que su alcance sea amplio, que los procedimientos para presentar y procesar pedidos sean fáciles de usar, para mecanismos efectivos de apelaciones que estén disponibles para los solicitantes y para que los Estados establezcan una variedad de medidas promocionales.³⁶ Sin embargo, casi todos los casos jurídicos sobre este derecho ante los tribunales internacionales son basados sobre denegaciones del acceso a la información, o sea, el aspecto negativo del derecho. Como tal, estos tribunales no han tenido en realidad la oportunidad de elaborar sobre las obligaciones positivas de los Estados en términos del derecho a la información más allá de establecer en términos generales la existencia de tal obligación positiva.

[47] Aquí también, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha demostrado la voluntad de adoptar soluciones innovativas para las violaciones. Por lo tanto, en el caso de *Marcel*

³³ *Ibid.*, párr. 46.

³⁴ *Vélez Restrepo y familiares v. Colombia*, 3 de septiembre de 2012, Serie C, No. 248, párr. 189.

³⁵ *Ibid.*, párr. 194.

³⁶ Los indicadores usados en el Índice del Derecho a la Información (RTI Rating), una metodología para evaluar las fortalezas de los marcos legales para el derecho a la información, ofrecen una buena evaluación de las normas tanto positivas como restrictivas que regulan este derecho. Disponible en: https://www.rti-rating.org/wp-content/uploads/2021/01/Indicators.final_.pdf.

Claude Reyes v. Chile, la Corte no solo ordenó que Chile proporcionara a las víctimas la información que habían buscado (o una decisión justificada sobre por qué quedaba exento) y que les pagara los costos, sino que también adoptara legislación y otras medidas para hacer efectivo en términos generales el derecho a la información, así como para ofrecer formación a los funcionarios sobre este derecho.³⁷

- [48] Los tribunales internacionales han hecho bastante progreso en el ámbito de la diversidad en los medios de comunicación en términos de elaborar principios generales que regulan las obligaciones positivas de la libertad de expresión. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos dejó claro ya en 1993 que los Estados tienen la obligación de regular la concesión de licencias para radiodifusores privados, declarando:

De todas las formas de asegurar que se respeten estos valores [diversidad en los medios de comunicación], un monopolio público es la que impone las mayores restricciones a la libertad de expresión, a saber, la imposibilidad completa de emitir de otro modo que no sea a través de una emisora nacional y, en algunos casos, en forma muy limitada a través de una estación local de cable.³⁸

- [49] También está bien establecido que la regulación de los medios de comunicación, incluso la expedición de licencias a las emisoras, debe encargarse a un organismo independiente del gobierno.³⁹ Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ido mucho más allá en este ámbito. En el caso de *Centro Europa 7 S.R.L. y Di Stefano v. Italy* de 2012, una Gran Sala del Tribunal⁴⁰ abordó la no concesión de las frecuencias necesarias para que una emisora licenciada pudiera salir al aire. El contexto más amplio fue un periodo cuando Berlusconi era Primer Ministro de Italia y el mercado televisivo estaba dominado por la emisora del Estado y los canales de Mediaset, propiedad de Berlusconi. El Tribunal elaboró extensamente sobre la obligación positiva del Estado de promover la diversidad en el sector de la difusión, incluso las siguientes declaraciones:

130. A este respecto, el Tribunal observa que en una sociedad democrática, no basta para garantizar un auténtico pluralismo en el sector audiovisual, prever la existencia de varias cadenas o la posibilidad teórica para los operadores potenciales de tener acceso al mercado del sector audiovisual. Es preciso permitir un acceso efectivo al mercado, a fin de garantizar, en el contenido de los programas considerados en su conjunto, una diversidad que refleje, lo máximo posible, la variedad de corrientes de opinión que existen en la sociedad a la que se dirigen estos programas.

...

133. Una situación en que, una fracción económica o política de la sociedad puede obtener una posición dominante con respecto a los medios audiovisuales y ejercer una presión sobre los difusores para, finalmente, restringir su libertad editorial, viola el papel fundamental de la libertad de expresión en una sociedad democrática, garantizada por el artículo 10 del Convenio, especialmente cuando se utiliza para proporcionar información e ideas de interés general, a las que el público puede, por otro lado, pretender. Lo mismo sucede cuando la posición dominante es detentada por un organismo de radiodifusión del Estado o público. Así, el Tribunal ya ha

³⁷ Nota 27, párr. 174.

³⁸ *Informationsverein Lentia and others v. Austria*, 24 November 1993, Application Nos. 13914/88, 15041/89, 15717/89, 15779/89 and 17207/90, para. 39.

³⁹ Ver, por ejemplo, Observación General No. 34, nota 17, párr. 39 y la Declaración Conjunta para la Promoción de la Diversidad en los Medios de Comunicación de 2007, nota 25.

⁴⁰ Una Gran Sala del Tribunal involucra 17 jueces y suele deliberar en casos que contienen cuestiones importantes o novedosas o cuando es preciso resolver la jurisprudencia del Tribunal.

considerado que, debido a su carácter restrictivo, un régimen de licencias concediendo al operador público un monopolio sobre las frecuencias disponibles no puede justificarse salvo que se demuestre que existe una necesidad imperiosa en este sentido.

134. El Tribunal subraya que, en un sector tan sensible como el de los medios audiovisuales, al deber negativo de no injerencia se añade, para la Estado, la obligación positiva de establecer un marco legislativo y administrativo apropiado para garantizar un pluralismo efectivo (apartado 130 supra). Esto es más conveniente cuando, como en el presente caso, el sistema audiovisual nacional se caracteriza por una situación de duopolio.⁴¹ [referencias omitidas]

- [50] La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos aplicó un razonamiento similar en *Open Society Justice Initiative v. Cameroon*, considerando que Cameroon violó el derecho a la libertad de expresión “porque carece de una autoridad independiente de concesión de licencias y los procedimientos de expedición de licencias no son ni justas ni transparentes, y por lo tanto no promueven la diversidad en los medios de comunicación.”⁴²
- [51] En conjunto, estos casos, aunque cada uno depende del contexto, permiten sacar algunas conclusiones generales sobre el alcance o el ámbito de las obligaciones positivas. En primer lugar, en términos generales les incumbe a los Estados adoptar medidas que sean “necesarias” o “razonables” para cumplir con la obligación positiva. Aunque esto depende del contexto y las circunstancias, involucra un esfuerzo mínimo de parte de los Estados para este fin. A su vez, esto sugiere que los Estados deberían hacer referencia explícita a la necesidad de cumplir con la obligación positiva y emprender un cierto grado de planificación con respecto a su progreso en cumplir con la obligación. Asimismo, implica un grado de esfuerzo que garantice, quizá con el tiempo y quizá en colaboración con agentes particulares, la obligación positiva. Puede que haya que moderarlo tomando en consideración la realidad de factores externos – no es posible impedir totalmente los ataques a la libertad de expresión ni de enjuiciar al 100% de los autores – sin embargo, se debería establecer medidas para mejorar la situación.
- [52] Segundo, las acciones que sean contraproducentes en el sentido de perjudicar el cumplimiento de la obligación positiva no son generalmente legítimas, por lo menos en la ausencia de una justificación clara y fundamental basada en la protección de otro interés social. En este caso, solo la protección de uno de los objetivos legítimos reconocidos en el Artículo 19(3) del PIDCP y el Artículo 13(2) de la CADH podría justificar potencialmente la continuación de tal acción. Por supuesto, esto difiere de las limitaciones prácticas como el costo y el esfuerzo, que los tribunales internacionales han reconocido como límites legítimos al cumplimiento de las obligaciones positivas.
- [53] Tercero, las medidas deberían ser efectivas para cumplir con la obligación positiva. La decisión en *Centro Europa 7 S.R.L. y Di Stefano v. Italy*, cuando se encontró una infracción a pesar del cumplimiento formal con las normas establecidas con respecto a la

⁴¹ 7 June 2012, Application No. 38433/09.

⁴² 25 May 2006, Communication No. 290/2004, para. 171, <https://africanlii.org/afu/judgment/african-commission-human-and-peoples-rights/2006/72>.

expedición de licencias a las emisoras particulares, debido a la presencia de otras acciones que efectivamente lo anularon, apoya esta proposición.

- [54] Cuarto, cuando no se está cumpliendo efectivamente una obligación positiva, los tribunales internacionales han mostrado la voluntad de ir más allá de los recursos normales e imponer soluciones innovativas. Trabajando desde esta perspectiva, se puede concluir que les incumbe a los mismos Estados mostrarse comprometidos e innovativos en buscar medidas para cumplir con las obligaciones positivas.

5.5 Obligaciones del Estado vis a vis los Agentes Privados

- [55] El derecho internacional de los derechos humanos se ocupa principalmente de las obligaciones directas del Estado, ya sean positivas o negativas. Sin embargo, las acciones de agentes privados pueden tener importantes repercusiones en la realización de los derechos humanos. Los tratados de derechos humanos requieren que los Estados “hagan efectivos” los derechos humanos fundamentales que reconocen al promulgar las medidas legislativas apropiadas y demás medidas.⁴³ Dentro del sistema interamericano de derechos humanos, esto significa que los Estados deben asegurar “la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia” de las garantías de derechos humanos.⁴⁴ Como se observa anteriormente, en algunos casos las obligaciones positivas de los Estados se basan en su deber de prevenir y enfrentar los abusos de derechos humanos cometidos por agentes no estatales.⁴⁵ A este respecto, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha declarado:

[S]ólo se podrán cumplir plenamente las obligaciones positivas de los Estados Parte de garantizar los derechos reconocidos en el Pacto si el Estado protege a las personas, no sólo contra las violaciones de los derechos reconocidos en el Pacto que cometan sus agentes, sino también contra los actos que cometan particulares o entidades y menoscaben el disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto, en la medida en que puedan aplicarse entre particulares o entidades privadas. Puede haber circunstancias en las que, por no haberse garantizado los derechos reconocidos en el Pacto los Estados Parte infrinjan estos derechos permitiendo que particulares o entidades cometan tales actos o no adoptando las medidas apropiadas o no ejerciendo el cuidado debido para prevenir, castigar, investigar o reparar el daño así causado.⁴⁶

- [56] Los tribunales de derechos humanos han adoptado numerosas decisiones elaborando las obligaciones de los Estados de impedir, investigar y remediar acciones de agentes privados que violen los derechos humanos, por ejemplo en el contexto de los actos

⁴³ Ver Artículos 1 y 2 del PIDCP, el Artículo 2 de la CADH y el Artículo 1 de la Convención Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos. Ver también Observación General No. 31, nota 45, párr. 7: “En el artículo 2 se dispone que los Estados Parte adoptarán las medidas legislativas, judiciales, administrativas y educativas y demás medidas que sean apropiadas para cumplir con sus obligaciones jurídicas.”

⁴⁴ *Pacheco Teruel et al. v. Honduras*, 27 de abril de 2012, Serie C, No. 241, párr. 104 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

⁴⁵ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 31, Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto, 26 de mayo de 2004, párr. 8.

⁴⁶ Observación General No. 31, nota 45, párr. 8.

violentos como la violencia doméstica o el conflicto armado.⁴⁷ Como se observa anteriormente, en el contexto de la libertad de expresión esto incluye la obligación para el Estado de tomar medidas para proteger a los que corran peligro por expresar sus opiniones y para enjuiciar a los responsables de dichos ataques.⁴⁸ Los Estados también deberían ofrecer a los intermediarios de Internet protección de responsabilidad por contenidos generados por terceros que se difundan a través de estos servicios para que ellos mismos no se conviertan en censores.⁴⁹

- [57] Estas responsabilidades del Estado van más allá de simplemente responder a violaciones específicas. Los Estados también deben establecer los entornos regulatorios y prácticos apropiados para una realización de los derechos humanos, incluso en relación a los agentes privados. Como explica la Comisión Africana de Derechos Humanos, la obligación de “proteger” los derechos puede requerir el establecimiento de marcos normativos para proteger contra la interferencia de terceras partes:

[E]l Estado tiene la obligación de proteger a los titulares de derechos contra otros sujetos por la legislación y la provisión de remedios efectivos. Esta obligación requiere que el Estado tome medidas para proteger a los beneficiarios de los derechos protegidos contra interferencias políticas, económicas y sociales. La protección suele implicar la creación y mantenimiento de un entorno o marco a través de una interacción eficaz de legislación y normas para que las personas puedan disfrutar libremente sus derechos y libertades.⁵⁰ [referencias omitidas]

- [58] La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce que no se puede hacer responsables a los Estados por todas las violaciones de derechos humanos cometidas por agentes privados.⁵¹ Sin embargo, puede plantearse la cuestión de la responsabilidad del Estado cuando tal normativa es fundamental para la realización de un derecho.

- [59] En la era digital, hay cada vez más preocupación a causa de las prácticas monopolísticas, especialmente de parte de las empresas de medios sociales. Históricamente, la amenaza principal a la libertad de expresión en línea surge de la interferencia indebida del gobierno con este derecho. Por esta razón, la mayoría de las normas de derechos humanos destacan los peligros de la regulación estatal, la cual sigue siendo motivo de grave preocupación. Sin embargo, los intermediarios digitales privados hoy en día tienen enormes poderes que, dependiendo del modo en que se utilicen, pueden socavar seriamente la capacidad de sus

⁴⁷ Ver, por ejemplo, *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4 (Corte Interamericana de Derechos Humanos); y *Pueblo Bello Massacre v. Colombia* 31 de enero de 2006, Serie C, No. 140 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

⁴⁸ Ver, como ejemplos del contexto Interamericano, *Perozo et al. v. Venezuela*, 28 de enero de 2009, Serie C, No. 195 (Corte Interamericana de Derechos Humanos); and *Vélez Restrepo y. Familiares v Colombia*, 3 de septiembre de 2012, Serie C, No. 248 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

⁴⁹ Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet de 2011, *ibid.*, párr. 2(a). Ver también *Magyar Jeti Zrt v. Hungary*, 4 de marzo de 2019, Application No. 11257/16 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos). La cuestión de responsabilidad de los intermediarios es compleja y está evolucionando rápidamente para las plataformas de medios sociales y los intermediarios que tratan directamente con el contenido de usuarios.

⁵⁰ *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria*, 13-27 October 2001, Communication No. 155/96, para. 46 (Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos).

⁵¹ *Perozo et al. v. Venezuela*, nota 48, párr. 170; *Gonzales Lluy et al. v. Ecuador*, 1 de septiembre de 2015, Serie C, No. 298, párr. 170 (y Corte Interamericana de Derechos Humanos).

usuarios de ejercer su derecho a la libertad de expresión. Si así es el caso, los Estados pueden tener la obligación de establecer medidas, incluso medidas potencialmente regulatorias, para asegurar que dichas empresas privadas no restrinjan de forma excesiva la libertad de expresión. Así como con la regulación de la radiodifusión, esto debería hacerse de una manera que se ajuste rigurosamente a las normas que rigen la libertad de expresión, incluido el principio de la regulación independiente.⁵²

- [60] Al mismo tiempo, tanto las personas jurídicas como físicas pueden servir de vehículos para proteger los derechos de otros. Los principales expertos sobre derechos humanos han reconocido que los agentes privados pueden jugar un papel decisivo en asegurar la libertad de expresión y que por lo tanto los Estados pueden tener obligaciones tanto positivas como negativas para apoyar a dichos agentes privados en el cumplimiento de esos papeles. Por ejemplo, los medios de comunicación sirven de vehículos a través de los cuales los periodistas puedan transmitir información e ideas,⁵³ y también de vehículos claves para que el público en general las reciba.⁵⁴ En la era digital, los Estados tienen obligaciones de promover la capacidad de los proveedores de servicios de Internet para proporcionar acceso a Internet al público.

6.0 Obligación de Promover el Acceso Universal de Calidad a Internet

- [61] Esta sección del informe de amicus curiae sostiene que los Estados no solo tienen la obligación positiva de promover el acceso universal a Internet para las personas dentro de su jurisdicción, sino que dicho acceso debe cumplir determinados criterios mínimos, a los que nos referimos colectivamente con el término “acceso de calidad”. Hoy en día el Internet juega un papel tan central tanto para la capacidad de comunicarse o de expresar opiniones como para acceder a información que el no poder acceder a ello socava de forma inaceptable las oportunidades para la libertad de expresión que sean disponibles para las personas, convirtiéndolas en ciudadanos de segunda clase y, para muchas personas en esa situación, atrapándolas en un ciclo de pobreza y desventaja. Mas aun, la capacidad de acceder a los servicios clave en línea, generalmente a través de una combinación de difundir y recibir información, significa que las implicaciones de la incapacidad de acceder a Internet van más allá de la libertad de expresión, socavando un sinfín de otros derechos, civiles y políticos además de económicos, sociales y culturales, y en realidad la capacidad de funcionar con normalidad en el mundo moderno.

- [62] Algunas de las declaraciones a las que se refiere más abajo van más allá del acceso a Internet y se refieren a conceptos más amplios como las tecnologías digitales o de la comunicación. El Internet es por lejos la plataforma dominante a este respecto, incluso en

⁵² Ver nota 39.

⁵³ *Opinión Consultiva Titularidad de Derechos de la Personas Jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 26 de febrero de 2016, OC-22/16, paras. 115-117 (Corte Interamericana de Derechos Humanos).

⁵⁴ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, frecuentemente considera el papel de la prensa en actuar como “guardián del público” que comparte información esencial con el público. Ver, por ejemplo, *Bladet Tromso and Stensaas v. Norway*, 20 de mayo de 1999, Application No. 21980/93, párr. 59.

términos de alojar los sitios web que proporcionan la información y los servicios que son tan esenciales para la vida moderna. Al mismo tiempo, el uso de Internet depende de otras tecnologías, incluidos el wifi y los planes de datos celulares, así como la variedad de dispositivos que conectan a las personas a Internet. A efectos del presente informe no es necesario examinar estos detalles técnicos. Cuando nos referimos al acceso a Internet, queremos decir todos los factores que intervienen en que esto sea una realidad práctica.

6.1 El Deber de Promover el Acceso Universal a Internet

- [63] Como se observa anteriormente, el Internet está integrado hoy en día a casi todas las facetas de la vida moderna y las comunicaciones, por lo cual es imprescindible tener acceso a Internet para participar en el intercambio libre de información e ideas en la sociedad. El Internet está cada vez más omnipresente como un medio de comunicación. De nuevo, como ya se ha observado, facilita no solo el derecho de expresar (o “difundir” en el lenguaje del PIDCP y la CADH) sino también los derechos de “buscar” y “recibir” información e ideas. Por lo tanto, es esencial para las dimensiones individuales tanto como sociales del derecho a la libertad de expresión que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha frecuentemente destacado.⁵⁵ Como la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la OEA declaró en su informe de 2013 sobre la Libertad de Expresión y el Internet:

El acceso a Internet, debido a su naturaleza multidireccional e interactiva, su velocidad y alcance global a un relativo bajo costo y sus principios de diseño descentralizado y abierto, posee un potencial inédito para la realización efectiva del derecho a buscar, recibir y difundir información en su doble dimensión, individual y colectiva. Además, Internet sirve de plataforma para la realización de otros derechos humanos.⁵⁶ [referencias omitidas]

- [64] Existe un consenso cada vez mayor que los Estados tienen la obligación positiva de promover el acceso a Internet como parte del derecho a la libertad de expresión. Por ejemplo, la Observación General No. 34 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU estipula:

Los Estados partes deberían tener en cuenta la medida en que la evolución de las tecnologías de la información y la comunicación, como Internet y los sistemas de difusión electrónica de la información en tecnología móvil, han cambiado sustancialmente las prácticas de la comunicación en todo el mundo. Ahora existe una red mundial en la que intercambiar ideas y opiniones, que no se basa necesariamente en la intermediación de los medios de comunicación de masas. Los Estados partes deberían tomar todas las medidas necesarias para fomentar la independencia de esos nuevos medios y asegurar el acceso a los mismos de los particulares.⁵⁷

⁵⁵ *La colegiación obligatoria de periodistas en una asociación prescrita por ley para la práctica del periodismo*, Opinión Consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985, Serie A, No. 5, párr. 30-32.

⁵⁶ Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la OEA, *Libertad de Expresión e Internet*, 31 de diciembre de 2013, para. 36, http://www.oas.org/en/iachr/expression/docs/reports/2014_04_08_internet_eng%20_web.pdf.

⁵⁷ Párr. 15.

[65] Una resolución sobre la libertad de expresión adoptada por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU que data de 2009 destaca la importancia de promover el acceso universal a Internet, exhortando a los Estados que:

Faciliten la participación, el acceso y la utilización en pie de igualdad con respecto a las tecnologías de la información y las comunicaciones, como Internet, aplicando una perspectiva de género, y alienten la cooperación internacional encaminada al desarrollo de los medios de comunicación y los servicios de información y comunicación en todos los países.⁵⁸

La misma resolución exhorta a los Estados a no imponer restricciones que no sean compatibles con el Artículo 19(3) del PIDCP, entre otras cosas, en materia del acceso a o la utilización de Internet.⁵⁹

[66] La resolución más reciente sobre libertad de expresión, adoptada por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en 2020, reitera su llamamiento a los Estados para que no restrinjan el acceso a o la utilización de Internet.⁶⁰ También exhorta a los Estados a:

(h) Adoptar y aplicar leyes y políticas que garanticen la libertad de buscar, recibir y difundir información, y en particular:

...

(iii) Facilitar y promover el acceso a las tecnologías de las comunicaciones y digitales, y su utilización.⁶¹

[67] Paralelamente a sus resoluciones sobre libertad de expresión, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU también ha adoptado una serie de resoluciones sobre la Promoción, Protección y Disfrute de los Derechos Humanos en Internet. La última de estas resoluciones, adoptada en julio de 2021, exhorta a los Estados a “acelerar los esfuerzos por reducir las brechas digitales, especialmente la brecha digital de género, y a potenciar el uso de la tecnología de la información y las comunicaciones, para promover el pleno disfrute de los derechos humanos para todos”.⁶² Asimismo, alienta a los Estados a que “apoyen a la sociedad civil en sus esfuerzos por eliminar los obstáculos al acceso digital”.⁶³

[68] Los mandatos internacionales especiales sobre la libertad de expresión han hecho algunas de las declaraciones más fuertes, en sus Declaraciones Conjuntas, sobre las obligaciones en el ámbito de derechos humanos de asegurar el acceso a Internet. En su Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet de 2011 afirmaron de manera inequívoca:

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

⁵⁸ Resolución 12/16, adoptada por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU el 2 de octubre de 2009, párr. 5(m).

⁵⁹ *Ibid.*, párr. 5(p)(iii).

⁶⁰ Resolución 44/12, adoptada por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU el 16 de julio de 2020, párr. 8(g).

⁶¹ *Ibid.*, párr. 8(h)(iii).

⁶² Resolución 47/16, adoptada por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU el 13 de julio de 2021, párr. 8. Una declaración parecida se incluyó en la Resolución 38/7, 5 de julio de 2018, párr. 5.

⁶³ *Ibid.*, párr. 9.

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.⁶⁴

[69] En su Declaración Conjunta sobre Universalidad y el Derecho a la Libertad de Expresión de 2014 profundizaron este tema, afirmando:

Los Estados deberían promover activamente el acceso universal a Internet sin distinción política, social, económica o cultural, entre otras cosas, respetando los principios de neutralidad de la red y el carácter central de los derechos humanos para el desarrollo de Internet.⁶⁵

[70] La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos también ha reconocido claramente la obligación de los Estados de proporcionar acceso a Internet. Su *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión en África* de 2019 afirma:

Los Estados deberán reconocer que es necesario el acceso universal, equitativo, asequible y significativo a internet para la realización de la libertad de expresión, acceso a información y el ejercicio de otros derechos humanos.⁶⁶

[71] Este asunto no se ha presentado a menudo ante los tribunales internacionales de derechos humanos, en parte debido a la naturaleza estructural del asunto, la cual no les obliga a los Estados a proporcionar a todos el acceso inmediato a Internet, por lo tanto, excluyendo en gran medida la posibilidad de que una persona que no tuviera acceso presentara una reclamación. En *Kalda v. Estonia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo que evaluar la legitimidad de las autoridades que negaban a un preso el acceso a determinados sitios web en línea. En su consideración del caso, el Tribunal señaló que:

Considera que el Artículo 10 [garantizando la libertad de expresión] no puede interpretarse como la imposición de una obligación general de proporcionar acceso a Internet, o a determinados sitios de Internet, para los presos.⁶⁷

Sin embargo, fue cuidadoso en aclarar el contexto para esta declaración, a saber,

[E]l encarcelamiento implica inevitablemente ciertas restricciones a las comunicaciones de los presos con el mundo exterior, incluso a su capacidad de recibir información.⁶⁸

Además, no cabía duda sobre el acceso a Internet, *per se*, en ese caso, como el solicitante sí tenía acceso, aunque sujeto a un sistema de permiso restringido concebido específicamente para los presos.

⁶⁴ 1 de junio de 2011, párr. 6(a), <https://www.law-democracy.org/live/joint-declaration-on-access-to-the-internet/>.

⁶⁵ 6 de mayo de 2014, párr. 1(h)(iii), <https://www.law-democracy.org/live/international-mandates-universality-and-freedom-of-expression/>. Ver también la Declaración Conjunta sobre la Independencia y la Diversidad de los Medios en la Era Digital, 2 de mayo de 2018, párr. 1(a)(ii) y la Declaración Conjunta del Vigésimo Aniversario: Desafíos para la Libertad de Expresión en la Próxima Década, 10 de julio de 2019, párr. 2(a), <https://www.law-democracy.org/live/20th-anniversary-joint-declaration-by-special-rapporteurs/>.

⁶⁶ Nota 26, Principio 37(2).

⁶⁷ 19 de enero de 2016, Application no. 17429/10, párr. 45.

⁶⁸ *Ibid.*

[72] Estas declaraciones internacionales son respaldadas por el reconocimiento a nivel nacional de parte de un número creciente de Estados de la obligación constitucional de proporcionar acceso a Internet. Para dar solo algunos ejemplos, dicho derecho se ha reconocido en Brasil, Costa Rica, Estonia, Finlandia y Francia.⁶⁹

[73] Al mismo tiempo, a pesar de estas declaraciones positivas sobre el derecho humano de acceder a Internet, o la obligación del Estado de promover dicho acceso, se han expresado preocupaciones sobre el derecho universal de acceso, en parte debido a la imposibilidad para muchos Estados de realizar eso en la práctica. En su informe de 2011, emitido por el Relator Especial de la ONU para la Libertad de Opinión y Expresión justo antes de la Declaración Conjunta de 2011 en que señala claramente que los Estados tienen la obligación de promover el acceso universal, y el que también firmó, el Relator Especial reconoció estos desafíos, comentando que él,

es plenamente consciente de que el acceso universal a Internet no puede conseguirse de la noche a la mañana. No obstante, ... los Estados deben adoptar políticas y estrategias eficaces y concretas, elaboradas en consulta con personas de todos los sectores de la sociedad, entre ellos el sector privado, y con los ministerios gubernamentales competentes, para que Internet sea ampliamente disponible, accesible y asequible para todos.⁷⁰

[74] En parte, las preocupaciones sobre el reconocimiento del deber de promover el acceso surgen de un malentendido sobre la naturaleza de esta obligación. A diferencia de la mayoría de los aspectos del derecho a la libertad de expresión, que deben respetarse inmediatamente (o con rapidez, cuando hay que tomar medidas prácticas como la promulgación de legislación o la provisión de capacitación), este derecho está sujeto a la realización progresiva, en común con muchos derechos económicos y sociales. Como ha señalado el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión:

[P]ara asegurar el disfrute eficaz y universal del derecho a la libertad de expresión, deben adoptarse medidas para garantizar, de manera progresiva, el acceso de todas las personas a Internet.⁷¹ [referencias omitidas]

[75] Por consiguiente, no les impone a los Estados la obligación de asegurar que todos tengan acceso inmediato a Internet, puesto que esto sería imposible. Más bien, la obligación es la de “promover” o “facilitar” el acceso universal, tomando en cuenta los desafíos que esto puede presentar y las limitaciones prácticas que dificultan el acceso. Esto no quiere decir que el derecho sea ilusorio o teórico. Mientras que los Estados no tienen la obligación de asegurar con rapidez el acceso universal, tampoco pueden simplemente ignorar esta obligación y no hacer nada.

[76] El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, que juega un papel parecido al del Comité de Derechos Humanos de la ONU, pero en relación con el *Pacto*

⁶⁹Ver, por ejemplo, Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, 16 de mayo de 2011, A/HRC/17/27, párr. 65, https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf.

⁷⁰ *Ibid.*, párr. 66.

⁷¹ *Libertad de Expresión e Internet*, nota 56, párr. 37.

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC),⁷² ha elaborado extensamente sobre la idea de la realización progresiva de derechos, incluso en su Observación General No. 3, afirmando, por ejemplo:

[E]l hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea con el Pacto no ha de interpretarse equivocadamente como que priva a la obligación de contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo.⁷³

Cabe destacar que el Comité también comentó:

Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.⁷⁴

[77] La Declaración Conjunta de 2011 de los mandatos internacionales especiales sobre la Libertad de Expresión estipuló un número mínimo de medidas que los Estados deberían tomar para cumplir con sus obligaciones en este ámbito, así como sigue:

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.⁷⁵

No es sorprendente que esto esté bien alineado con la declaración anterior del Relator Especial de la ONU, exhortando a los Estados a “adoptar políticas y estrategias eficaces y

⁷² Resolución de la Asamblea General de la ONU 2200A (XXI), 16 de diciembre de 1966, en vigor 3 de enero de 1976. Ratificada por Colombia el 29 de octubre de 1969.

⁷³ Observación General No. 3. La índole de las obligaciones de los Estados partes, 14 de diciembre de 1990, párr. 9, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCESCR%2fGEC%2f4758&Lang=en.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Nota 64, párr. 6(e) y(f).

concretas... para que Internet sea ampliamente disponible, accesible y asequible.”

[78] Asimismo, la *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información en África* de 2019 estipula:

Los Estados adoptarán, en cooperación con todas las partes interesadas, legislación, políticas y otras medidas para proporcionar acceso universal, equitativo, asequible y significativo a Internet sin discriminación, incluso mediante:

- a. el desarrollo de mecanismos regulatorios independientes y transparentes para la supervisión eficaz;
- b. el mejoramiento de la tecnología de la información y la comunicación y la infraestructura de internet para lograr la cobertura universal;
- c. el establecimiento de mecanismos para regular la competencia del mercado para reducir los precios y fomentar la diversidad;
- d. la promoción de iniciativas de acceso local como las redes comunitarias para permitir una mayor conexión de las comunidades marginalizadas, sin servicios o que reciben servicios insuficientes; y
- e. la facilitación de las aptitudes de alfabetización digital para el uso inclusivo y autónomo.⁷⁶

[79] Comprendido de esta forma, esta obligación positiva es menos onerosa (poco realista) de lo que podría parecer. En realidad, muchos Estados ya están emprendiendo muchas si no todas las medidas enumeradas anteriormente.

[80] Reconociendo que muchos países todavía distan mucho de lograr este objetivo, la Declaración Conjunta de 2019, que enfoca los desafíos enfrentando la libertad de expresión en la próxima década, exhorta a los Estados a: “Expandir significativamente las iniciativas para proporcionar un acceso universal y asequible a internet.”⁷⁷ Asimismo, reconociendo los desafíos que enfrentan los Estados menos ricos, la resolución de 2021 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU sobre la Promoción, Protección y Disfrute de los Derechos Humanos en Internet pide que se garantice el apoyo, con la declaración siguiente:

Destaca que muchos Estados de todo el mundo necesitan apoyo en lo que respecta a la ampliación de la infraestructura, la cooperación tecnológica y el fomento de la capacidad, incluida la capacidad humana e institucional, para garantizar la accesibilidad, asequibilidad y disponibilidad de Internet con el fin de reducir las brechas digitales, alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible y garantizar el pleno disfrute de los derechos humanos.⁷⁸

6.2 Las Características que Componen el “Acceso de Calidad”

[81] La obligación en el ámbito de derechos humanos de promover el acceso universal también impone condiciones a la naturaleza de dicho acceso, que en su conjunto llamamos el “acceso de calidad”. Promover el acceso deberá tomar un enfoque basado en los derechos

⁷⁶ Nota 66, Principio 37(3).

⁷⁷ Nota 65, párr. 2(d).

⁷⁸ Nota 62, párr. 14.

humanos, en vista de que es en sí un derecho humano. En su resolución de 2016 sobre la Promoción, Protección y Disfrute de los Derechos Humanos en Internet, el Comité de Derechos Humanos de la ONU,

Afirma también la importancia de que se aplique un enfoque integral basado en los derechos humanos para facilitar y ampliar el acceso a Internet y solicita a todos los Estados que hagan lo posible por cerrar las múltiples formas de la brecha digital.⁷⁹

- [82] La necesidad de superar la brecha digital es una referencia constante en las declaraciones de expertos sobre el acceso a Internet.⁸⁰ A su vez, estos encuentran una base no solo en la obligación directa de facilitar el acceso universal para todos, sino también en la necesidad de combatir la discriminación, ya sea de naturaleza directa o especialmente sistémica, cuando las víctimas son las mujeres, las minorías, los pobres o cualquier otro grupo identificable. Para los pobres, en particular, la falta de acceso a Internet es un elemento estructural de la discriminación sistémica contra ellos en todos los niveles, para superar la cual son necesarias medidas positivas efectivas. Dicho de otra manera, cuando los pobres u otros grupos desfavorecidos no tienen acceso a Internet o solamente tienen acceso de calidad inferior, sus posibilidades de escapar de la trampa de la pobreza son significativamente disminuidas. A este respecto, la *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información en África* de 2019 señala:

Al facilitar acceso a Internet, los Estados deberán adoptar medidas específicas para asegurar a los grupos marginalizados el ejercicio efectivo de sus derechos en línea.⁸¹

- [83] Un aspecto del acceso de calidad es que el acceso deberá ser verdadero y no solamente ilusorio. Sin intentar elaborar sobre todas las implicaciones de esto, involucra elementos como la asequibilidad, tanto de los mismos servicios de acceso como de los dispositivos necesarios para permitir el acceso en la práctica, la capacidad de acceder a y usar Internet en idiomas locales (que en su turno tiene varios elementos distintos), un cierto nivel de fiabilidad del acceso, aunque esté sujeto a limitaciones prácticas y técnicas, y el acceso de suficiente ancho de banda como para permitir acceso práctico a servicios y plataformas claves. Muchas de estas calidades se expresan en los Principios 37(2) y 37(3) de la *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información en África* de 2019, citada anteriormente, ambos de los cuales se refieren al “acceso equitativo, asequible y significativo”. Se refiere a otras calidades en la resolución de 2021 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU sobre la Promoción, Protección y Disfrute de los Derechos Humanos en Internet, la cual incluye la siguiente declaración:

Alienta también a todos los Estados a que adopten las medidas apropiadas y necesarias para promover un acceso libre, abierto, interoperable, fiable y seguro a Internet ...a fin de garantizar el pleno disfrute de los derechos humanos.⁸²

⁷⁹ Resolución 32/13, adoptada por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU el 1 de julio de 2016, párr. 5.

⁸⁰ Ver, por ejemplo, párr. 8 de la Resolución 47/16 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, nota 62.

⁸¹ Nota 2666, Principio 37(4). El Relator Especial para la Libertad de Expresión de la OEA ha elaborado detalladamente sobre los tipos de medidas necesarias para cerrar la brecha digital. Ver *Libertad de Expresión e Internet*, nota 56, párr. 38-44.

⁸² Resolución 47/16, nota 62, párr. 10.

[84] Más allá de estas características, está implícito en la idea de cerrar la brecha digital y facilitar el acceso no discriminatoria que el acceso sea abierto y que abarque el Internet en su totalidad, y no solo partes del mismo. Esto también fluye del principio fundamental de la obligación de facilitar el acceso universal, que incluye la promoción de la libertad de expresión, lo que significa la expresión no censurada. La Relatora Especial de la OEA para la Libertad de Expresión ha comentado que los Estados deberían establecer medidas “para prohibir el bloqueo o la limitación al acceso a Internet o a parte de esta”.⁸³ La idea del acceso completo a Internet está también implícito en algunos de los términos usados en las declaraciones de expertos citadas anteriormente para precisar el concepto del acceso universal, como “significativo”, “equitativo”, “efectivo” y “gratuito”. Esto se entiende sin perjuicio de la posibilidad de bloquear el acceso a contenido ilegal en línea, sujeto a las salvaguardias apropiadas de conformidad con el Artículo 19(3) del PIDCP y el Artículo 13(2) de la CADH. La obligación de proporcionar acceso a Internet en su totalidad también se refleja fuertemente en el principio de la neutralidad de la red, que se ahonda en la próxima sección de este informe. Resulta evidente que la neutralidad de la red va unida a las obligaciones de los Estados de proporcionar acceso de calidad a Internet.

7.0 Neutralidad de la Red

7.1 Neutralidad de la Red como una Obligación en el Ámbito de Derechos Humanos

[85] Según Timothy B. Lee, el fundador del World Wide Web, “La neutralidad de la red es el principio por el cual los proveedores de servicios de Internet (ISPs por sus siglas en inglés) ... deben tratar a todo tráfico de datos que transita por la red de igual forma.”⁸⁴ Otros lo han descrito así como sigue:

La neutralidad de la red estipula que el tráfico de Internet se tratará de una forma no discriminatoria para que los usuarios de Internet puedan escoger libremente el contenido, las aplicaciones, los servicios y los dispositivos en línea sin ser influenciados por la prestación discriminatoria del tráfico de Internet.⁸⁵

[86] La obligación de los Estados de proteger la neutralidad de la red como parte del derecho más amplio de libertad de expresión deriva de las distintas normas sobre libertad de expresión. Sobre todo, el derecho de buscar y recibir información e ideas se vería seriamente debilitado si la manera práctica predominante de lograrlo estuviera sujeta a limitaciones y sesgos basados en los intereses comerciales y otros intereses de las empresas que proporcionan acceso a Internet u otros servicios en línea. Tal como deja en

⁸³ *Freedom of Expression and the Internet*, nota 56, párr. 37.

⁸⁴ *Network neutrality, explained*, actualizado el 21 de mayo de 2015, VOX, <https://www.vox.com/2015/2/26/18073512/network-neutrality>.

⁸⁵ Luca Belli and Primavera de Filippi, *Net Neutrality Compendium: Human Rights, Free Competition and the Future of the Internet* (2016: Springer International Publishing), p. 2, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01382021/document>.

claro las citas anteriores, la no discriminación o la igualdad con relación a la libertad de expresión también es un factor clave detrás del principio de derechos humanos de la neutralidad de la red.

[87] Los mandatos internacionales especiales sobre la libertad de expresión aclararon por primera vez que el derecho a la libertad de expresión impone una obligación positiva de proteger la neutralidad de la red en su Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet de 2011, afirmando:

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.⁸⁶

[88] Reiteraron el llamamiento a los Estados a “Respetar y reforzar el principio de la neutralidad de la red” en su Declaración Conjunta del Vigésimo Aniversario: Desafíos para la Libertad de Expresión en la Próxima Década de 2019.⁸⁷

[89] La resolución de 2021 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU sobre la Promoción, Protección y Disfrute de los Derechos Humanos en Internet también destaca las obligaciones de los Estados en este ámbito cuando,

Exhorta a los Estados a que velen por la neutralidad de la red, sin perjuicio de una gestión de redes razonable, y a que prohíban los intentos de los proveedores de acceso a Internet de dar prioridad a determinados tipos de contenidos o aplicaciones de Internet sobre otros a cambio de un pago u otro beneficio comercial;⁸⁸

[90] Asimismo, la *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión en África* de 2019 establece la obligación de los Estados de respetar la neutralidad de la red, aunque sin usar ese término específico, afirmando:

Los Estados requerirán que los intermediarios de internet faciliten el acceso al tráfico de internet en igual medida y sin discriminación basada en el tipo u origen del contenido o de los medios aplicados para la transmisión del contenido, y que los intermediarios de internet no interfieran con la libre circulación de información al bloquear o al dar preferencia a determinado tráfico de internet.⁸⁹

En vez de usar el término conciso “neutralidad de la red”, esta disposición describe en detalle exactamente lo que abarca, a saber, el acceso a todo el tráfico de Internet, en igual

⁸⁶ Nota 62, párr. 5. La neutralidad de la red no significa que los proveedores de acceso a Internet no puedan implementar sistemas razonables para gestionar el tráfico de Internet, según se profundiza a continuación.

⁸⁷ Nota 65, párr. 2(e). Ver también la Declaración Conjunta sobre Universalidad y el Derecho a la Libertad de Expresión de 2014, nota 65, párr. 1(h)(iii) (citada anteriormente).

⁸⁸ Nota 62, párr. 12.

⁸⁹ Nota 26, Principio 39(1).

medida y sin dar preferencia a determinados contenidos.

- [91] En su informe de 2013 sobre Libertad de Expresión e Internet, la Relatora Especial de la OEA para la Libertad de Expresión también destacó las obligaciones de los Estados en esta materia, afirmando:

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.

...

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.⁹⁰

Aquí también se ve referencias a la idea de la no discriminación, sin perjuicio de la protección de la integridad y la seguridad de las redes, y en particular la idea que el acceso debería ser por voluntad del usuario, libremente y no incentivada. Asimismo, se destaca la necesidad de que los Estados adopten legislación para hacer efectiva esta norma.

- [92] Al elaborar estas normas, la Relatora Especial se basa en la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Kimel v. Argentina* y, en particular, en la siguiente declaración de la Corte:

[E]l Estado no sólo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo. En consecuencia, la equidad debe regir el flujo informativo.⁹¹

- [93] Las normas sobre esta materia son quizás las más avanzadas dentro de Europa, en el Consejo de Europa, el principal organismo regional de derechos humanos para sus 47 Estados miembros, así como la Unión Europea de 27 países. Por ejemplo, el Principio 4 de la Declaración sobre Libertad de Comunicación en Internet de 2003 del Consejo de Europa, titulada “Supresión de barreras a la participación de los individuos en la sociedad de la información”, afirma:

Los Estados miembros han de fomentar y alentar el acceso de todos a las comunicaciones en Internet y a los servicios de información sin discriminación alguna y a un precio razonable. Además, la participación activa del público, por ejemplo, mediante la creación y mantenimiento de sitios web individuales, no ha de estar sujeta a licencia alguna o a otros requisitos similares.⁹²

No es sorprendente que esta Declaración no se refiera específicamente a la “neutralidad de la red” ya que se acuñó el término el mismo año en que fue adoptada. Sin embargo, las

⁹⁰ Nota 56, párr. 30 y 32.

⁹¹ 2 de mayo de 2008, Serie C, No. 177, párr. 57. La misma Corte también hace la misma declaración en el caso de *Fontvecchia y D'Amico v. Argentina*, 29 de noviembre de 2011, Serie C, No. 238, párr. 45.

⁹² Adoptado por el Comité de Ministros el 28 de mayo de 2003, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805dfbd5f.

ideas centrales que aquí se expresan son esencialmente las mismas.

[94] En 2010, el Consejo de Europa adoptó una Declaración sobre la Neutralidad de la Red,⁹³ la cual establece varias normas en este ámbito, de las cuales las siguientes son las más pertinentes para nuestros propósitos:

4. Los usuarios deben tener el mayor acceso posible al contenido basado en Internet, aplicaciones y servicios de su elección, se ofrezcan o no de forma gratuita, utilizando dispositivos adecuados de su elección. Este principio general, comúnmente conocido como neutralidad de la red, debe aplicarse con independencia de la infraestructura o la red utilizada para la conexión a Internet. El acceso a la infraestructura es un requisito previo para la realización de este objetivo.

...

6. En la medida en que es necesario en el contexto descrito anteriormente, la gestión del tráfico no debería ser visto como una desviación del principio de neutralidad de la red. Sin embargo, las excepciones a este principio deben ser consideradas con gran circunspección y necesitan ser justificadas por intereses públicos. En este contexto, los Estados Miembros deben prestar la debida atención a lo dispuesto en el Artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia correspondiente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

A continuación, el Consejo de Europa adoptó una Recomendación para la protección y promoción del derecho a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad con respecto a la neutralidad de la red, proporcionando una orientación detallada a los Estados Miembros en cuanto a las normas pertinentes en esta materia.⁹⁴

[95] La Unión Europea tiene un reglamento específico que enfoca la neutralidad de la red⁹⁵ la cual, como reglamento, es automático y directamente vinculante en todos los 27 Países Miembros. El reglamento de 18 hojas contiene una cantidad enorme de detalle sobre este asunto, del que las normas más importantes para estos efectos se encuentran en las siguientes partes del Artículo 3, Salvaguardia del acceso a internet abierta:

1. Los usuarios finales tendrán derecho a acceder a la información y contenidos, así como a distribuirlos, usar y suministrar aplicaciones y servicios y utilizar los equipos terminales de su elección, con independencia de la ubicación del usuario final o del proveedor o de la ubicación, origen o destino de la información, contenido, aplicación o servicio, a través de su servicio de acceso a internet.

Este apartado debe entenderse sin perjuicio del Derecho de la Unión o del Derecho nacional acorde con el de la Unión, relativo a la licitud de los contenidos, aplicaciones y servicios.

2. Los acuerdos entre los proveedores de servicios de acceso a internet y los usuarios finales sobre condiciones comerciales y técnicas y características de los servicios de acceso a internet como el precio, los volúmenes de datos o la velocidad, así como cualquier práctica comercial puesta en

⁹³ Adoptada por el Consejo de Ministros el 29 de septiembre de 2010, <http://archive1.diplomacy.edu/pool/fileInline.php?IDPool=1204>.

⁹⁴ Recomendación CM/Rec(2016)1, adoptada por el Consejo de Ministros el 13 de enero de 2016, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c1e59.

⁹⁵ Reglamento (EU) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo del 25 de noviembre estableciendo medidas relativas al acceso abierto a internet y enmendando la Directiva 2002/22/EC sobre el servicio universal y los derechos de los usuarios relativos a las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, y el Reglamento (EU) No. 531/2012 sobre el roaming (itinerancia) en las redes públicas de comunicaciones móviles dentro de la Unión, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2015.310.01.0001.01.ENG.

marcha por los proveedores de servicios de acceso a internet, no limitarán el ejercicio de los derechos de los usuarios finales establecidos en el apartado 1.

7.2 Algunas Características Principales de la Neutralidad de la Red

- [96] La idea básica de la neutralidad de la red es la no discriminación en la gestión del tráfico y las posibilidades de elección de los usuarios sobre el contenido y la forma del acceso (incluidos los dispositivos utilizados). Esto puede parecer bastante sencillo pero la realidad práctica es más compleja, comprendiendo cuestiones sobre sus limitaciones y repercusiones en distintos contextos. Como se señala en las declaraciones citadas anteriormente, hay límites a la neutralidad de la red. Primero, como aclara el Reglamento 2015/2120 de la UE, no se extiende al contenido (ni a aplicaciones o servicios) que sea ilegal (válidamente de acuerdo con la normativa de la UE, incluso la normativa sobre derechos humanos). Es obviamente apropiado, por ejemplo, que los proveedores de acceso a Internet bloqueen acceso a contenidos que sean de pornografía infantil.
- [97] Segundo, existen algunas limitaciones técnicas válidas a la neutralidad de la red, como las medidas razonables (y transparentes) de gestión del tráfico. No es necesario a estos efectos entrar aquí en los detalles técnicos, pero el Reglamento de la UE, al tiempo que permite medidas de gestión del tráfico, deja claro que dichas medidas “deberán ser transparentes, no discriminatorias y proporcionadas, y no podrán basarse en consideraciones comerciales, sino en requisitos objetivamente diferentes de calidad técnica del servicio para categorías específicas de tráfico”.⁹⁶ Así como el tráfico común y corriente, el Internet necesita un equivalente a las señales de alto y las rotondas, sin embargo, estos no deberían depender del tipo ni el costo del vehículo ni de la placa que lleve. Los proveedores de contenido no deberían poder pagar por obtener prioridad en este contexto, del mismo modo que uno no puede pagar para que su vehículo obtenga prioridad en situaciones comunes de tráfico.
- [98] Tercero, es legítimo que los proveedores comerciales ofrezcan diferentes opciones a distintos precios para el acceso a Internet. Por lo tanto, es muy común cobrar diferentes precios por diferentes velocidades de acceso de manera tal que los usuarios que deseen transmitir videos de alta definición sin problemas puedan pagar un costo elevado por velocidades de acceso que permitan este uso. El Reglamento de la UE específicamente reconoce como legítimas determinadas características del servicio comercial como “el precio, los volúmenes de datos o la velocidad”.⁹⁷ Estos se pueden variar sin afectar esencialmente la elección del usuario en cuanto al acceso a contenidos.
- [99] Algunas de las declaraciones de expertos anteriormente citadas dejan claro que la neutralidad de la red requiere que se proporcione acceso a *todo* el contenido de Internet, a elección del usuario. Algunas de las declaraciones dan un paso más y excluyen cualquier intento de influenciar o perjudicar esta elección a través del uso de incentivos o de otras medidas. La Declaración sobre Neutralidad de la Red del Consejo de Europa sugiere que

⁹⁶ *Ibid.*, Artículo 3(3).

⁹⁷ *Ibid.*, Artículo 3(2).

puede haber excepciones a este principio, pero nota que “deben ser consideradas con gran circunspección y necesitan ser justificadas por intereses públicos”, refiriéndose específicamente en este contexto al derecho a la libertad de expresión. Por ejemplo, en respuesta a la pandemia del COVID-19, algunos países han intentado impedir que los proveedores de servicio de Internet cobren por datos usados para acceder a información sobre el COVID-19,⁹⁸ lo cual probablemente cumpliría con las condiciones establecidas en la Declaración sobre Neutralidad de la Red (las que, en su turno, reflejan las normas generales sobre derechos humanos en este ámbito).

- [100] Una cuestión muy específica que llega al núcleo de las cuestiones planteadas en este recurso de inconstitucionalidad es si los esquemas de zero rating pueden ser válidos. Esto se profundiza a continuación. Sin embargo, en el contexto europeo, este debate ha sido resuelto en gran medida por una serie de decisiones en 2021 de la Corte de Justicia de la Unión Europea sobre si el Reglamento 2015/2120 permitiría los esquemas de zero rating. Concretamente, la Corte decidió que los esquemas de zero rating, un tema central en estos casos, no se ajustan a los requisitos del Artículo 3(3), afirmando:

Una opción de ‘tarifa cero’, así como la examinada en el asunto principal, realiza una distinción en el tráfico de internet, basada en consideraciones comerciales, al no imputar a la tarifa básica el tráfico con destino a aplicaciones asociadas. En consecuencia, esta práctica comercial es contraria a la obligación general de trato equitativo del tráfico, sin discriminación ni interferencia, estipulada en el primer párrafo del Artículo 3(3) del Reglamento 2015/2120.⁹⁹

8.0 “Zero Rating” (Tasa Cero) /Esquemas de Discriminación de Precios

8.1 Antecedentes: Esquemas de Zero Rating y Normativas Existentes a Nivel Global

- [101] La práctica conocida como “zero rating” ocurre cuando los proveedores de acceso a Internet cobran a los usuarios por parte de su tráfico en Internet pero no por otro tráfico en Internet. En la práctica, esto suele tomar la forma de planes de datos móviles que limitan el monto de datos que se puedan usar mensualmente, pero que exoneran el uso de ciertas aplicaciones o servicios (servicios designados) de ser contabilizados del total del paquete de datos contratado por el usuario. Existen ciertas variaciones en estos esquemas. Por

⁹⁸ Ver a continuación bajo 8.1 Antecedentes: Esquemas de Zero Rating y Normativas Existentes a Nivel Global.

⁹⁹ La Corte repite el mismo lenguaje en tres sentencias distintas con relación a esquemas de zero rating ligeramente diferentes, a saber: Caso C-34/20, 2 de septiembre de 2021, párr. 30, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=245537&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=EN&cid=2737873>; Caso C-5/20, 2 de septiembre de 2021, párr. 27, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=245535&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=EN&cid=2737860>; y Caso C-854/19, 2 de septiembre de 2021, párr. 28, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?lgrec=fr&td=%3BALL&language=en&num=C-854/19&jur=C>.

ejemplo, algunos planes de zero rating proporcionan acceso de forma gratuita a los servicios designados aun cuando el usuario no ha comprado un plan, mientras que otros solo incluyen el acceso de forma gratuita con la compra de un plan. Otra versión es los planes de “datos ganados”, en los que los usuarios que consuman cierto contenido “ganan” más datos de uso libre a cambio.¹⁰⁰

- [102] En la mayoría de los casos, los proveedores de acceso ofrecen planes de zero rating como una manera de incentivar a los usuarios de registrarse para sus servicios, sin recibir ningún beneficio directo de los servicios designados. Sin embargo, en algunos casos otros proveedores de servicios, normalmente empresas de medios sociales, pagan para que sus servicios aparezcan en lo que se conocen como acuerdos de “contenido patrocinado”.
- [103] El enfoque de zero rating varía entre los países. Sin embargo, el zero rating es más popular en los medios sociales y los sitios de transmisión de audio y video aunque la transmisión de videos es menos común en los países en vías de desarrollo.¹⁰¹ Una investigación de los planes de zero rating en Europa encontró que destacaron más comúnmente los sitios de medios sociales, aunque los servicios de transmisión de audio y video y los servicios de comunicación y de texto también eran bastante comunes.¹⁰²
- [104] Los esquemas de zero rating también son presentes en países con diversos niveles de acceso a Internet, pero han jugado un papel singular en la manera en que las personas del Hemisferio Sur accedan a Internet. En algunos países con proporciones de acceso a Internet históricamente bajas, el programa de zero rating de Facebook “Free Basics” (Básicos Gratuitos) es popular. En esta iniciativa Facebook colabora con proveedores móviles para ofrecer acceso de forma gratuita a determinados sitios web, notable entre ellos Facebook, concentrándose en los países con proporciones bajas de acceso a Internet.¹⁰³ Mientras que Facebook presenta tales iniciativas como una manera de expandir el acceso global a Internet, los críticos señalan que en realidad dichos programas crean “entornos cerrados”, que proporcionan a los usuarios acceso sin límites a Facebook y algunos otros servicios pero que resultan en la exclusión especialmente de los usuarios pobres de acceder al resto de Internet.¹⁰⁴

¹⁰⁰ Para una discusión de estas distintas opciones, ver Erik Stallman & R. Stanley Adams, IV, *Zero Rating: A Framework for Assessing Benefits and Harms*, Center for Democracy and Technology, enero de 2016, p. 4, https://cdt.org/wp-content/uploads/2016/01/CDT-Zero-Rating_Benefits-Harms5_1.pdf; Guy Thurston Hoskins, “Beyond ‘Zero Sum’: The Case for Context in Regulating Zero Rating in the Global South”, 8 *Internet Policy Review* 1 (2019), <https://policyreview.info/articles/analysis/beyond-zero-sum-case-context-regulating-zero-rating-global-south>.

¹⁰¹ Helani Galpaya, “Zero-Rating in Emerging Economies”, Global Commission on Internet Governance, febrero de 2017, p. 2, https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/GCIG%20no.47_1.pdf.

¹⁰² Comisión Europea, *Zero-Rating Practices in Broadband Markets*, febrero de 2017, p. 14, <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0217687enn.pdf>.

¹⁰³ Meta, “Free Basics”, 2022, <https://www.facebook.com/connectivity/solutions/free-basics/>; and Toussaint Nothias, “The Rise and Fall... and Rise Again of Facebook’s Free Basics”, Global Media Technologies and Cultures Lab, 21 de abril de 2020, <https://globalmedia.mit.edu/2020/04/21/the-rise-and-fall-and-rise-again-of-facebooks-free-basics-civil-and-the-challenge-of-resistance-to-corporate-connectivity-projects/>.

¹⁰⁴ Ver, por ejemplo, Jeremy Gillula, “Facebook’s Free Basics: More Open, Better Security, but Still a Walled Garden”, Electronic Frontier Foundation, 30 de septiembre de 2015, <https://www.eff.org/deeplinks/2015/09/facebooks-free-basics-more-open-better-security-still-walled-garden>.

- [105] Los esquemas de zero rating atraen cada vez más la atención regulatoria. Como se ha observado anteriormente, en sus decisiones la Corte de Justicia de la Unión Europea sostuvo de manera decisiva en 2021 que el Reglamento (UE) 2015/2120 prohíbe esquemas de esta índole en los países de la UE. Estas sentencias no se han implementado a nivel nacional en toda Europa, pero es casi seguro que su efecto práctico será el de eliminar o al menos restringir drásticamente los planes de zero rating dentro de la UE. Antes de esta sentencia, algunos países de la UE ya habían adoptado restricciones respecto a zero rating.¹⁰⁵
- [106] Asimismo, la India ha adoptado medidas contra zero rating, en esencia prohibiéndolo. Un reglamento de 2016 prohibió que los proveedores de acceso a Internet ofrecieran o cobraran tarifas discriminatorias por los servicios de datos basándose en el contenido, con una excepción limitada para zero rating por los servicios de emergencia.¹⁰⁶ Se promulgó el reglamento tras una campaña activa de activistas de derechos digitales en la India. Esto fue incentivado en parte por el programa de Facebook de “Free Basics” (Básicos Gratuitos), criticado por los activistas por dar acceso de forma gratuita a solo un número limitado de sitios web preseleccionados por Facebook en lugar de ofrecer a los pobres el acceso más amplio a Internet.¹⁰⁷ Desde entonces la India ha mantenido su prohibición de zero rating en sus normativas actualizadas sobre neutralidad de la red.¹⁰⁸
- [107] Canadá no ha prohibido directamente los esquemas de zero rating, pero la Comisión Canadiense de Radio, Televisión y Telecomunicaciones ha establecido criterios bastante estrictos en cuando a permitir el zero rating. En 2017, la Comisión hizo pública una decisión importante determinando que un plan de zero rating violó las disposiciones de no discriminación de la Ley de Telecomunicaciones.¹⁰⁹ Junto con esta decisión, la Comisión hizo público un documento de orientación normativa explicando cómo evaluar si un plan de precios diferenciales ofrecido por un proveedor de acceso se ajustaba a la Ley de Telecomunicaciones,¹¹⁰ la cual estipula cuatro criterios de evaluación que deben aplicarse:
1. Tratamiento independiente de los datos: La Comisión considera que este es el criterio más importante. Esto examina si el plan da un trato distinto a los datos

¹⁰⁵ Por ejemplo, los Países Bajos y Eslovenia habían establecido límites fuertes a los esquemas de zero rating. Estos fueron revocados por tribunales domésticos debido a preocupaciones sobre un conflicto con las normativas de la UE; se supone que la nueva sentencia de la Corte de Justicia altera la situación y que no solo permite sino que exige que se reintroduzcan tales prohibiciones. Asociación Internacional de Abogados, “EU Court of Justice Rules on Zero-Rating”, <https://www.ibanet.org/article/DAAB099C-A736-4ED7-BB4D-4719A1593A5F>.

¹⁰⁶ Telecom Regulatory Authority of India, Notification No. 2 of 2016, Prohibition of Discriminatory Tariffs for Data Services Regulations, 2016, 8 de febrero de 2016, https://tra.gov.in/sites/default/files/Regulation_Data_Service.pdf.

¹⁰⁷ Aayush Soni, “India Deals Blow to Facebook in People-Powered ‘Net Neutrality’ Row”, The Guardian, 8 de febrero de 2016, <https://www.theguardian.com/technology/2016/feb/08/india-facebook-free-basics-net-neutrality-row>; and Soutik Biswas, “Why is Mark Zuckerberg Angry at Critics in India?”, BBC, 20 de diciembre de 2015, <https://www.bbc.com/news/world-asia-india-35192184>.

¹⁰⁸ BBC, “India Adopts ‘World’s Strongest’ Net Neutrality Norms”, 12 de julio de 2018, <https://www.bbc.com/news/world-asia-india-44796436>.

¹⁰⁹ Telecom Decision CRTC 2017-105, 20 de abril de 2017, <https://crtc.gc.ca/eng/archive/2017/2017-105.htm>.

¹¹⁰ Telecom Regulatory Policy CRTC 2017-104, 20 de abril de 2017, <https://crtc.gc.ca/eng/archive/2017/2017-104.htm>.

basándose en su fuente o su índole. Por lo tanto, el tráfico de zero rating basado en su contenido no sería legítimo pero el ofrecer servicios gratuitos basados en otros criterios, como la hora del día, sí podría serlo.

2. Exclusividad de la oferta: Esto examina si el plan se ofrece solo a algunos clientes o solo por determinado contenido.
3. Impacto sobre la apertura e innovación de Internet: La Comisión considerará el impacto del plan en el acceso a Internet para los canadienses. Comenta que las prácticas “que favorezcan proveedores grandes y establecidos sobre los más pequeños y las nuevas empresas también pueden plantear preocupaciones.”
4. Si hay compensación financiera: En este caso la Comisión considerará quién beneficia por y paga por el plan, comentando que son especialmente sospechosos los acuerdos de datos patrocinados en los que un proveedor de contenidos paga por zero rating por su contenido.¹¹¹

Además de estos criterios, la “Comisión considerará si existen circunstancias excepcionales que demuestren claros beneficios en el interés público y/o perjuicio mínimo asociados con una práctica de precios diferenciales.”¹¹²

[108] En los Estados Unidos, la Comisión Federal de Comunicaciones adoptó en 2015 la Orden de Internet Abierta la cual, sin embargo, fue revocada durante la administración de Donald Trump. Esta señaló que algunos esquemas de zero rating pueden perjudicar la competencia y la elección del consumidor en materia de planes de datos, y por consiguiente autorizó que la Comisión examinara este tipo de prácticas caso por caso.¹¹³ Tras la revocación de la Orden de Internet Abierta, algunos estados promulgaron su propia legislación sobre neutralidad de la red.¹¹⁴ California, por ejemplo, adoptó en 2018 una ley de neutralidad de la red que limitaba drásticamente el uso de zero rating.¹¹⁵ Esto tuvo un impacto nacional significativo, resultando en que un proveedor importante suspendiera a nivel nacional su plan de zero rating.¹¹⁶ La legislación de California no prohíbe completamente el zero rating, pero sí prohíbe los planes patrocinados de zero rating, así como cualquier plan de zero rating que solo se aplique a parte del contenido o de los servicios en una determinada categoría, como la transmisión de música, y no a todo el contenido.¹¹⁷

¹¹¹ *Ibid.*, párr. 126.

¹¹² *Ibid.*, párr. 129.

¹¹³ Federal Communications Commission, 47 CFR Parts 1, 8 and 20, Protecting and Promoting the Open Internet: Final Rule, 13 de abril de 2015, párr. 151-152, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2015-04-13/pdf/2015-07841.pdf>.

¹¹⁴ Nicol Turner Lee, “California’s Net Neutrality Law and the Case for Zero-Rating Government Services”, Brookings, 19 de abril de 2021, <https://www.brookings.edu/blog/techtank/2021/04/19/californias-net-neutrality-law-and-the-case-for-zero-rating-government-services/>.

¹¹⁵ Código Civil de California, secciones 3101(a)(5)-(6), enmendadas por el Senate Bill No. 822, https://leginfo.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201720180SB822.

¹¹⁶ AT&T, “Impact of California ‘Net Neutrality’ Law on Free Data Services”, 17 de marzo de 2021, <https://www.attpublicpolicy.com/congress/impact-of-california-net-neutrality-law-on-free-data-services/?source=email>.

¹¹⁷ Código Civil de California, nota 115, secciones 3101(a)(5)-(6).

- [109] Como se ve de estos ejemplos, algunos países están enfrentando la cuestión de zero rating dentro del marco de la normativa sobre neutralidad de la red, mientras que otros dependen de las disposiciones de no discriminación o en materia de la competencia en el contexto de la regulación de las telecomunicaciones. Al mismo tiempo, el impacto sobre la cuestión de zero rating de las leyes sobre neutralidad de la red que van adoptando diferentes países no está siempre claro. Por ejemplo, la Ley 20.453 de Argentina prohíbe la fijación de precios por acceso a Internet sobre la base del contenido, los servicios o las aplicaciones que se utilicen, pero carece de una regulación de implementación que enfrente claramente los planes de zero rating, de tal modo que dichos planes todavía son permitidos en la práctica.¹¹⁸ De manera similar, en 2019 Nigeria introdujo un nuevo Código de Gobernanza de Internet, el cual expresamente permite el zero rating, con la condición que cualquier plan de zero rating cumpla con los objetivos políticos en la política nacional de comunicaciones así como con los correspondientes reglamentos de competencia.¹¹⁹ Sin embargo, falta una orientación más exacta sobre lo que dicho cumplimiento signifique. Estos ejemplos demuestran que el creciente interés global en las leyes sobre neutralidad de la red, incluso para regular el uso de zero rating, no siempre resulta en normas claras y decisivas al respecto.
- [110] Chile ofrece un buen ejemplo de la necesidad para normas claras sobre la cuestión de zero rating. Chile propuso con antelación la neutralidad de la red, promulgando una ley sobre neutralidad de la red en 2010.¹²⁰ En 2014 Subtel, el regulador de telecomunicaciones, notificó a los proveedores de acceso dentro del país que sus planes de zero rating, que enfocaban la provisión de acceso de forma gratuita a las plataformas de medios sociales, estaban en violación de la disposición de no discriminación de la ley sobre neutralidad de la red.¹²¹ Sin embargo, in 2015, Subtel enmendó su interpretación de las reglas, permitiendo los planes de zero rating con tal que no bloquearan el acceso a servicios parecidos a los de zero rating. Asimismo, señaló que no era competente para sancionar los casos de incumplimiento.¹²² El resultado ha sido una confusión significativa sobre las normas jurídicas y, en la práctica, los planes de zero rating han continuado.¹²³

¹¹⁸ Ley 27.078, 18 de diciembre de 2014, Artículo 57(b), <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/239771/norma.htm#:~:text=Su%20objeto%20es%20posibilitar%20el,m%C3%A1s%20altos%20par%C3%A1metros%20de%20calidad>; and Rodrigo Vargas Acosta, *Regulatory Issues in Matters of Freedom of Expression and the Internet in Latin America*, 2020, Derechos Digitales, p. 23, <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/tendencias-regulacion-digitales-eng.pdf> (observando que el zero rating “se permite en la práctica”).

¹¹⁹ Nigeria Communications Commission, Internet Code of Practice, párr. 3.6, <https://www.ncc.gov.ng/docman-main/internet-governance/878-internet-code-practice/file>.

¹²⁰ Ley 20.453, 18 de agosto de 2010, <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1016570>.

¹²¹ En sentido estricto, esto no fue una prohibición de los esquemas de zero rating, aunque muchos comentaristas lo caracterizaron así. Es interesante que Subtel haya dicho a la Fundación Wikimedia que su razonamiento no era aplicable a las organizaciones sin fines de lucro, respondiendo a una pregunta de la Fundación. Ver Erik Stallman y R. Stanley Adams, nota 100, p. 9.

¹²² Para una discusión detallada de esto, ver Marco Correa Pérez, “Zero-rating y la neutralidad de la red”, 2018, 7 Revista chilena de derecho y tecnología 1, https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-25842018000100107&lng=pt&nrm=iso&tlng=es.

¹²³ Rodrigo Vargas Acosta, nota 118, p. 23.

- [111] Mientras que existe un ímpetu significativo hacia la prohibición o la restricción de los planes de zero rating, debería notarse que la práctica casi no tiene regulación en muchas partes del mundo. En África, por ejemplo, parece haber comparativamente poco interés en la regulación de los planes de zero rating, quizás debido a los niveles relativamente bajos de acceso a Internet en el continente y los desafíos para que una persona promedio pueda pagar por datos móviles.¹²⁴
- [112] Finalmente, mientras que las discusiones sobre la regulación de los planes de zero rating se centran en gran medida en las restricciones del Estado, en algunos casos los gobiernos han tomado medidas para promover planes de zero rating de contenido que tenga notables beneficios sociales. Esto ocurre frecuentemente a través de acuerdos únicos entre gobiernos y compañías de telecomunicaciones, como cuando el Ministerio de Educación de Guyana firmó un memorando de entendimiento con el principal proveedor local de telecomunicaciones para ofrecer un plan de zero rating para los sitios web educativos.¹²⁵ Sin embargo, algunos gobiernos también han intentado regularizar prácticas de este tipo. Por ejemplo, Sudáfrica promulgó un reglamento bajo su Ley de Gestión de Desastres para crear opciones para los sitios web de zero rating ofreciendo contenido educativo y los sitios web de salud con información sobre el COVID-19 durante la pandemia del COVID-19.¹²⁶

8.2 El Impacto de Esquemas de Zero rating en la Libertad de Expresión

- [113] Como se ha demostrado anteriormente, los Estados tienen las obligaciones de asegurar, de manera progresiva, el acceso universal de calidad a Internet y de respetar los principios de neutralidad de la red. Lo que los Estados deberían hacer para cumplir con estas obligaciones dependerá de las circunstancias que prevalezcan en un determinado país, pero esto normalmente supondrá una variedad de medidas legislativas, políticas y prácticas. Asimismo, puede suponer medidas para restringir las prácticas de agentes privados que socaven el logro de estos objetivos. Esta sección del informe examina el potencial impacto práctico de los esquemas de zero rating en la realización del derecho a la libertad de expresión en Internet.
- [114] Un análisis superficial podría sugerir que, al ofrecer acceso de forma gratuita a servicios de Internet, los esquemas de zero rating ampliarán inevitablemente el alcance del acceso. Sin embargo, un análisis más profundo del impacto de los esquemas de zero rating, visto a la luz de las obligaciones de los Estados de promover de manera progresiva el acceso a Internet en su totalidad, como parte de sus obligaciones de promover el acceso universal

¹²⁴ Ver, por ejemplo, los argumentos en Alison Gillwald, *et al.*, *Much Ado About Nothing? Zero-Rating in the African Context*, 2016, Research ICT Africa, https://researchictafrica.net/wp/wp-content/uploads/2021/09/2016_RIA_Zero-Rating_Policy_Paper_-_Much_ado_about_nothing.pdf.

¹²⁵ Guyana Chronicle, “GTT Zero Rates Several Educational Sites”, 23 de octubre de 2020, <https://guyanachronicle.com/2020/10/23/gtt-zero-rates-several-educational-sites>.

¹²⁶ Directions on Zero-rating of Content and Websites for Education and Health, Government Notice 651 of 2020, 5 de junio de 2020, <https://openbylaws.org.za/za/act/gn/2020/651/eng/#:~:text=Zero%2Drating%20only%20applies%20to,also%20not%20be%20zero%2Drated>.

de calidad, así como de respetar la neutralidad de la red, plantea graves dudas sobre esta conclusión.

- [115] Es importante hacer una distinción aquí entre las situaciones donde el acceso completamente gratuito se ofrece a servicios limitados y las situaciones donde el acceso de zero rating a determinados servicios se ofrece en combinación con un plan pagado que da acceso a Internet en su totalidad, aunque sujeto a límites generales de datos. En los países con menos recursos, el primer tipo de esquemas de zero rating sí parece haber tenido un impacto en materia de incrementar el número de personas que puedan acceder por lo menos parcialmente a Internet.¹²⁷ No obstante, esto no cumple con las obligaciones de los Estados en este ámbito, o sea, de asegurar de manera progresiva el acceso a todo el contenido en Internet.
- [116] Surge entonces la cuestión de si los esquemas de zero rating, típicamente catalogados por los promotores como transicionales, sirven como rampa de acceso o peldaño para el acceso pleno o de calidad a Internet. Desde luego, los Estados no deberían asumir que esto sea el caso. En el mejor de los casos, la evidencia no es concluyente sobre la medida en que esto ocurre en la práctica.¹²⁸ Como observó el Relator Especial de la ONU para la Libertad de Expresión:

Los arreglos de tarifa cero pueden proporcionar a los usuarios acceso limitado a Internet en zonas que, de otro modo, carecerían totalmente de acceso. Sin embargo, los usuarios podrían seguir careciendo de acceso más amplio a Internet y quedar atrapados en entornos cerrados en línea. La suposición de que un acceso limitado, a la larga, se convertirá en uno de plena conectividad requiere mayor estudio. Podría depender de factores como el comportamiento de los usuarios, las condiciones del mercado, la situación de los derechos humanos y el entorno reglamentario.¹²⁹ [referencias omitidas]

- [117] Mientras que Facebook ha alegado que el 50% de los usuarios de Free Basics se subscriben posteriormente a todos los servicios de Internet,¹³⁰ investigaciones independientes han llegado a conclusiones muy diferentes. Por ejemplo, una encuesta de usuarios en ocho países del Hemisferio Sur encontró que solo el 12% de los encuestados reportaron que no habían usado Internet antes de usar un plan de zero rating, lo cual es altamente indicativo de que estos planes no sirven como rampa de acceso.¹³¹
- [118] Como resultado, quedan graves preocupaciones que estos esquemas de zero rating encierran permanentemente a los usuarios en “entornos cerrados” en vez de ofrecerles una trayectoria al acceso a Internet de calidad. Si así es, los esquemas de zero rating crean un Internet de dos niveles donde algunas personas tienen acceso a todo el contenido mientras que otras solo pueden acceder a servicios que han sido preseleccionados para ellos por

¹²⁷ Para una discusión de esto en el contexto africano ver Alison Gillwald, *et al.*, nota 124, pp. 4-5.

¹²⁸ Ver, por ejemplo, Arturo Carrillo, “Having Your Cake and Eating it Too? Zero-Rating, Net Neutrality, and International Law”, 19 *Stanford Technology Law Review* 364, 421-422 (2016), https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2017/11/19-3-1-carrillo-final_0.pdf.

¹²⁹ Informe del Relator Especial de la ONU sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, 30 de marzo de 2017, U.N. Doc. A/HRC/35/22, para. 27, <https://undocs.org/A/HRC/35/22>.

¹³⁰ Descrito por Guy Thurston Hoskins, nota 100.

¹³¹ *Ibid.*

empresas privadas.¹³² Cabe mencionar que estos límites no solo se extienden al acceso a información e ideas; también limitan la capacidad de los usuarios de expresarse libremente en Internet, ya que los usuarios también son limitados en la expresión de sus puntos de vista en las plataformas reglamentadas por zero rating.

- [119] El riesgo de los entornos cerrados puede ser menos grave para los usuarios que combinen los esquemas de zero rating con planes pagados que dan acceso a Internet en su totalidad, si bien esto depende de la cantidad de datos abiertos que tengan en sus planes.¹³³ Sin embargo, los esquemas de zero rating sí ofrecen fuertes incentivos para que los usuarios concentren su utilización de Internet en los servicios gratuitos, en detrimento de los otros servicios. Mientras que esto no es necesariamente una situación de “entorno cerrado”, se podría describir más como un “fumadero de opio”; uno tiene la libertad de irse, pero la seducción de los incentivos hace que esto sea muy difícil en la práctica. Mientras que el término “fumadero de opio” se puede considerar bastante fuerte, el riesgo para los usuarios de concentrar su tiempo en línea en los sitios de servicios gratuitos es muy real, en detrimento de otra utilización de Internet y, de hecho, de las posibilidades de que actualicen a mejores planes de datos más altos. Como tal, estos esquemas también promueven un Internet de dos niveles.
- [120] Este impacto de los esquemas de zero rating significa que estos socavan todos los valores importantes que sostienen la neutralidad de la red, así como los beneficios que conlleva, y por lo tanto representan una violación de las obligaciones de los Estados de respetar la neutralidad de la red, así como de la obligación de los Estados de implementar de manera progresiva el acceso universal de calidad a Internet. Tal como se ha señalado anteriormente, tomadas en conjunto estas exigen no solo la capacidad formal de acceder a Internet en su totalidad, sino que también prohíben los esquemas comerciales que privilegien determinadas partes de Internet.
- [121] El riesgo de que los esquemas de zero rating tengan este tipo de impacto es más alto en los países que no se encuentran en los niveles más bajos de desarrollo, precisamente porque estos Estados frecuentemente cuentan con mejores opciones para cumplir con sus obligaciones. Esto ayuda a explicar por qué la Unión Europea ha adoptado una posición muy firme en esta materia, con la prohibición completa de dichos esquemas para evitar el impacto que tienen sobre sus usuarios.
- [122] Asimismo, existen otros problemas con los incentivos introducidos por los esquemas de zero rating. Estos probablemente representan injustas prácticas comerciales dominantes (ver a continuación). También contribuyen a la discriminación, ya que son los pobres y otros grupos desfavorecidos los que serán presionados de manera desproporcionada hacia el uso de los servicios gratuitos.

¹³² David Kaye and Brett Solomon, “Merely Connecting the Developing World to the Internet Isn’t Enough”, 13 de octubre de 2015, Slate, <https://slate.com/technology/2015/10/the-u-n-wants-to-connect-the-world-to-the-internet-that-s-not-enough.html>.

¹³³ Por ejemplo, puede ser fácil agotar bastante rápidamente los planes de datos pequeños y después de eso uno se encuentra de nuevo esencialmente dentro de un entorno cerrado.

- [123] Las preocupaciones sobre los “entornos cerrados” y los “fumaderos de opio” tienen que examinarse a la luz del entorno comercial dentro del cual operan los esquemas de zero rating. Los esquemas de zero rating plantean graves preocupaciones en cuanto a la pluralidad y las prácticas monopolísticas (así potencialmente en cuanto a abusos de las posiciones dominantes en el mercado) puesto que en la práctica favorecen inevitablemente los “gigantes de la tecnología”, especialmente Facebook y sus aplicaciones afiliadas. Una investigación encontró que Facebook y los servicios que posee destacaban entre los planes de zero rating ofrecidos en Europa.¹³⁴ Una investigación de 15 países en América Latina también encontró que Facebook y Whatsapp eran las opciones dominantes de zero rating, aunque Twitter también era común.¹³⁵ Por lo tanto, los esquemas de zero rating incentivan de manera significativa el tráfico a las plataformas de medios sociales que ya figuran entre los jugadores que dominan el mercado.
- [124] Otra cuestión importante en este ámbito es que cuando los esquemas de zero rating son promocionados por agentes empresariales y no son sujetos a la regulación, reflejan inevitablemente los intereses comerciales de sus promotores más bien que los objetivos de incrementar el acceso de calidad a Internet y por supuesto de la neutralidad de la red.¹³⁶ Como se ha señalado anteriormente, algunos países han establecido condiciones estrictas para los esquemas de zero rating en un esfuerzo por asegurar que, en la medida en que se permita, son presionados para operar en el interés público. En la ausencia de dichas condiciones, las posibilidades de que los intereses comerciales se ajustaran de casualidad con las obligaciones de los Estados en esta materia son bastante remotas.
- [125] El modelo comercial subyacente de la mayoría de las plataformas de medios sociales también tiene relevancia en este ámbito. Generan sus ingresos no de las suscripciones ni de la provisión de servicios a los usuarios, sino de la publicidad y de otros servicios que ofrecen basándose en la recolección de datos personales de sus usuarios. La actividad principal de este negocio es los datos personales, y por lo tanto cuanto mayor sea la cantidad que recopilen, mejor será su negocio. A su vez, esto viene del tráfico en sus sitios así que cuanto más haya, mejor. En otras palabras, el incentivar a los usuarios a pasar más tiempo en sus plataformas impulsa directamente sus modelos comerciales. Por lo tanto, aunque algunas empresas de medios sociales han promocionado la idea de que los esquemas de zero rating tienen algún valor de interés público, estos esquemas también se ajustan directamente a sus modelos comerciales principales.
- [126] Ni está claro si los esquemas de zero rating incrementan en realidad la asequibilidad en general del acceso a Internet. A fin de cuentas, los proveedores de acceso a Internet necesitan generar ingresos y, si proporcionan de forma gratuita algunos servicios, deberán generar ingresos de otro modo. Por ejemplo, el Relator Especial de la ONU para la Libertad de Expresión, ha expresado preocupaciones que los acuerdos de zero rating

¹³⁴ Comisión Europea, nota 102, p. 18.

¹³⁵ Helani Galpaya, nota 101, p. 2.

¹³⁶ Esto era una queja frecuentemente citada por activistas haciendo campañas contra los esquemas de zero rating en la India (refiriéndose al paquete “Free Basics” de Facebook.).

“puedan aumentar el costo de los datos medidos.”¹³⁷ Algunas investigaciones respaldan esto, demostrando una correlación entre los esquemas de zero rating y mayores costos por planes de datos móviles.¹³⁸ Como resultado, los esquemas de zero rating pueden crear una “carencia artificial” en relación con el Internet abierto a medida que los servicios gratuitos consuman la capacidad, promoviendo de esta forma planes más caros de Internet y el uso continuado de límites de datos, en vez de ver una transición al acceso móvil a Internet sin límites para los usuarios más pobres.¹³⁹

[127] Una preocupación conexas es que los esquemas de zero rating pueden facilitar la difusión del discurso dañino en línea, especialmente la desinformación y la incitación al odio. Una razón por la que es importante el acceso de calidad a Internet es que permite a los usuarios acceder a diversas perspectivas que puedan contrarrestar dicho discurso dañino. Los algoritmos que impulsan la experiencia de los usuarios en la mayoría de las plataformas de medios sociales, los cuales son diseñados para la incrementación del tráfico y por consiguiente de las ganancias, tienden a empujar a los usuarios hacia silos de información donde solo escuchan perspectivas alineadas con sus vistas y perspectivas anteriores, incluso cuando estos sean racistas o desinformadas. Adicionalmente, es posible que los usuarios de zero rating no puedan vincularse a artículos o sitios web referenciados en el contenido de discurso dañino que aparece en sus silos de medios sociales. Como tal, los planes de zero rating pueden limitar la capacidad de los usuarios de escaparse de dichos silos,¹⁴⁰ mientras que el acceso de calidad a Internet en su totalidad no sufre de ese problema. La OEA ha planteado esta cuestión con relación a la desinformación en contextos electorales:

[Los acuerdos de zero rating han] resultado problemático frente a campañas de desinformación: quienes --por ejemplo-- reciben información falsa a través de redes sociales o servicios de mensajería privados casi exclusivos y no pueden verificar esa información porque no tienen acceso a Internet en su totalidad.¹⁴¹

[128] A pesar de lo anterior, es importante tener presente que un número mínimo de esquemas de zero rating se enfocan en aumentar el acceso a contenidos y servicios que tengan beneficios sociales importantes, como el contenido educativo, la información sobre salud, los servicios bancarios o los servicios gubernamentales. Dependiendo de la manera en que se ofrezcan dichos planes, es probable que representen un riesgo menor para el acceso de calidad a Internet, porque casi nadie estaría conforme con quedarse en un entorno cerrado de este tipo, y además porque tienen beneficios importantes en términos de asegurar el

¹³⁷ Informe del Relator Especial de la ONU sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, nota 129, párr. 26.

¹³⁸ Epicenter Works, *The Net Neutrality Situation in the EU: Evaluation of the first Two Years of Enforcement*, 29 de enero de 2019, https://en.epicenter.works/sites/default/files/2019_netneutrality_in_eu-epicenter.works-r1.pdf.

¹³⁹ Luca Belli, “Net neutrality, Zero-rating and the Minitelisation of the Internet, 2 *Journal of Cyber Policy* 96 (2016), https://internet-governance.fgv.br/sites/internet-governance.fgv.br/files/publicacoes/net_neutrality_zero-rating_the_minitelisation_of_the_internet_final.pdf.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 18.

¹⁴¹ OEA, CIDH y Relator Especial para la Libertad de Expresión, *Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales*, octubre de 2019, p. 44, https://www.oas.org/en/iachr/expression/publications/Guia_Desinformacion_VF%20ENG.pdf.

acceso a información de interés público. Sin embargo, se debería tomar precauciones aun con estos tipos de programa. Primero, debería entenderse que son significativamente menos deseables que el acceso de calidad (o sea, pleno) a Internet. Segundo, se debería examinar críticamente los beneficios prometidos de dichos programas. Por ejemplo, Facebook ha argumentado que su servicio de Free Basics aumentará el acceso a los sitios web de noticias y contenidos de los medios. No obstante, un estudio que abarcó múltiples países encontró poca evidencia que Free Basics aumentara el alcance de la audiencia de los medios de comunicación y sugirió más bien que el programa conllevaba el riesgo de promover la dominación de algunos medios.¹⁴²

[129] En resumen, debería tomarse en cuenta las siguientes consideraciones al evaluar en qué medida los esquemas de zero rating promueven la provisión de las obligaciones del Estado de proteger la libertad de expresión, de asegurar el acceso de calidad a Internet y de respetar los principios de neutralidad de la red:

- Habrá que examinar críticamente las afirmaciones que los esquemas de zero rating aumentan el acceso a Internet, basándose en la evidencia en lugar de las afirmaciones de las empresas. Si el resultado a plazo medio es simplemente el de dar acceso a los servicios gratuitos o de atrapar a los usuarios en patrones dominantes de uso de dichos servicios en detrimento del acceso más amplio a Internet, estos esquemas tienen el resultado de obstruir en lugar de avanzar las obligaciones de los Estados de asegurar de manera progresiva el acceso universal de calidad a Internet y de respetar la neutralidad de la red.
- En la medida en que los esquemas de zero rating tienen la capacidad de promover el acceso de calidad a Internet, resulta improbable que hagan esto de manera óptima cuando operan simplemente sobre criterios comerciales. Más bien, la experiencia en otros países demuestra que son necesarias las medidas reglamentarias para minimizar los impactos negativos de dichos esquemas y maximizar el potencial positivo que puedan tener.
- Al evaluar el valor de los esquemas de zero rating, se debería considerar su impacto sistémico sobre los costos del acceso a Internet. No es suficiente simplemente examinar el impacto superficial de estos esquemas; hay evidencia que sustenta la conclusión que en realidad estos elevan el costo de los planes de acceso a Internet en su totalidad. Su impacto en materia de permitir las prácticas monopolísticas o los abusos de las posiciones dominantes del mercado también debería evaluarse cuidadosamente.
- Al evaluar el valor de los esquemas de zero rating, también debería tomarse en cuenta sus otros impactos, como el riesgo que puedan facilitar la difusión del discurso dañino, especialmente la desinformación y la incitación al odio, debido a su impacto en cuanto a limitar el acceso a diversas fuentes de información.

¹⁴² Daniel O'Maley and Amba Kak, "Free Internet" and the Costs to Media Pluralism: The Hazards of Zero-Rating the News, 2018, CIMA, https://www.cima.ned.org/wp-content/uploads/2018/11/CIMA_Zero-Rating-Paper_web_150ppi_v2.pdf.

8.3 Las Condiciones Jurídicas que Regulan los Esquemas de Zero rating

- [130] Como este informe ha establecido, los Estados tienen obligaciones en materia de la libertad de expresión que les obliga a promover de manera progresiva el acceso universal de calidad a Internet, a respetar la neutralidad de la red y a promover la diversidad de los medios. El impacto exacto de los esquemas de zero rating, donde son permitidos, dependerá de todas las circunstancias, incluso cuestiones fácticas como el nivel de y las medidas por las que el público acceda a Internet y el costo del mismo, así como del entorno jurídico y regulatorio dentro del cual estos esquemas operan.¹⁴³ Mientras que el apartado anterior enfocaba las consideraciones a tomarse en cuenta al evaluar dicho impacto, este apartado examina las pruebas jurídicas que deberán aplicarse.
- [131] Una primera cuestión al respecto es que los Estados que permiten los esquemas de zero rating solo podrán cumplir con sus obligaciones en este ámbito si cuentan por lo menos con un sistema para evaluar el impacto de dichos esquemas en el cumplimiento de dichas obligaciones y, en particular, su impacto en general en la accesibilidad a Internet. Esto surge de los comprobados riesgos para ciertas obligaciones del Estado en materia de la libertad de expresión presentados por los esquemas de zero rating. Como ha señalado el Relator Especial para la Libertad de Expresión, los Estados deben “examinar cuidadosamente y, de ser necesario, rechazar los acuerdos” de zero rating que no cumplan con sus obligaciones de derechos humanos.¹⁴⁴ Asimismo, el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión ha expresado con claridad la necesidad de que los Estados dispongan de sistemas para evaluar los planes de zero rating:

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 ... Los Estados que permitan la oferta de planes de zero-rating, deberán monitorear su funcionalidad y evaluar periódicamente su compatibilidad con los derechos humanos.¹⁴⁵

En otras palabras, no les corresponde a los Estados simplemente aprobar o permitir los esquemas de zero rating sin hacer el esfuerzo de evaluar su impacto en sus obligaciones de promover el acceso de calidad a Internet y la diversidad de los medios, y de respetar la neutralidad de la red.

- [132] La evaluación del impacto de los esquemas de zero rating no siempre será fácil y podría incluir consideraciones de corto y largo plazo, así como un grado de incertidumbre fáctica (o sea, en cuanto a su impacto concreto). En la medida en que la evidencia sugiere que dichos esquemas podrían interferir con el cumplimiento de las obligaciones del Estado en materia de libertad de expresión, le incumbe siempre al Estado justificarlos sobre la base

¹⁴³ Para el argumento que un país como Zambia, con baja conectividad, tiene más probabilidades de cumplir con las obligaciones de derechos humanos al permitir los esquemas de zero rating mientras que un país como los Estados Unidos tiene más probabilidades de cumplir dichas obligaciones al prohibir los esquemas de zero rating ver Arturo Carillo, “Having Your Cake and Eating it Too? Zero-Rating, Net Neutrality, and International Law”, nota 128.

¹⁴⁴ Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión de la ONU, nota 129, párr. 28.

¹⁴⁵ Relator Especial para la Libertad de Expresión de la OEA, *Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente*, 15 de marzo de 2017, párr. 31, http://www.oas.org/en/iachr/expression/docs/publications/internet_2016_eng.pdf.

de evidencia que sea por lo menos plausible. Cuando se sostiene que los esquemas de zero rating sí expanden acceso a Internet, al menos en cierto modo, se debería tomar en cuenta la disponibilidad de otros esquemas que sean potencialmente más efectivos para hacerlo, así como si tal acceso parcial ayuda a los usuarios en la transición con el tiempo hacia mejores arreglos de acceso. Estas alternativas podrían requerir recursos, pero esto forma parte, dentro de lo posible, de la obligación positiva de los Estados en esta materia. El objetivo a largo plazo de ampliar el acceso de calidad a Internet de manera tal que respete la neutralidad de la red siempre tiene que ser la prueba decisiva en este ámbito. Las condiciones también podrán evolucionar con el tiempo, así que se debería actualizar periódicamente la evaluación y, si las condiciones han cambiado, esto podría requerir en su turno cambios en las regulaciones.

- [133] Como se ha establecido anteriormente, las normas sobre la neutralidad de la red implican una normativa de no discriminación en materia de la gestión del tráfico en Internet. Asimismo, debería incorporarse esta consideración en las evaluaciones de los esquemas de zero rating y en cualquier regulación asociada. Los esquemas de zero rating que sean independientes en cuanto al contenido o la fuente del contenido de zero rating son menos ofensivos a la norma de discriminación de neutralidad de la red que aquellos que privilegien determinadas empresas o plataformas, aunque ninguno de estos esquemas proporciona un acceso de calidad a Internet ya que no proporcionan acceso a Internet en su totalidad.
- [134] Cabe la posibilidad de que algunos esquemas de zero rating puedan asegurar suficientes beneficios de interés público para justificar sus impactos negativos, especialmente cuando estos sean menores. Ofrecer información de tipo zero rating sobre salud durante la pandemia del COVID-19 podría ser un ejemplo de tal beneficio. Sin embargo, simplemente servir los intereses comerciales de empresas privadas no podría servir como tal justificación como tampoco lo haría permitir a las empresas que restrinjan la libertad de expresión de otras formas para generar ingresos.
- [135] Una segunda cuestión, estrechamente relacionada, en este ámbito es que las obligaciones positivas de los Estados de promover el acceso universal de calidad a Internet les obligan a advertir cómo van a cumplir esta obligación, incluso al desarrollar un plan para hacerlo. Como los mandatos internacionales especiales sobre la libertad de expresión indicaron en su Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet de 2011: “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”.¹⁴⁶ Dicho de otra forma, cualquier sistema que permita los acuerdos de zero rating no debería existir en un vacío sino que, al contrario, debería ser parte de un paquete de medidas que en su conjunto constituyen un plan, las cuales son concebidas para cumplir las obligaciones de los Estados en este ámbito. Por supuesto, los Estados nunca deberían evitar la adopción de ni reemplazar los planes más amplios para promover el acceso a Internet por esquemas de zero rating, que, por definición, no cumplen sus obligaciones positivas de garantizar el acceso universal de calidad a Internet:

¹⁴⁶ Nota 64, párr. 6(f).

[E]n ningún caso los Estados podrán reemplazar sus políticas de acceso universal a Internet por políticas o planes de zero rating ... Aunque en algunos Estados los planes o políticas de zero rating se consideran aceptables como parte de una estrategia mayor para incrementar el acceso, la simple sustitución de las políticas de acceso por las de tarifa cero es incompatible con los objetivos de desarrollo de las Naciones Unidas y con la obligación de los Estados de promover y proteger los derechos humanos individuales en Internet.¹⁴⁷

[136] Normalmente, el enfoque de los Estados a la promoción del acceso universal de calidad a Internet supone la adopción de una gama de “leyes, políticas y otras medidas para asegurar el acceso equitativo, asequible y significativo a Internet sin discriminación”.¹⁴⁸ Varias declaraciones de expertos internacionales han profundizado en los detalles de las opciones disponibles en este ámbito, aunque observan que estas se deberían adaptar a las circunstancias de cada Estado.¹⁴⁹ Muchas de estas declaraciones se refieren, entre otras cosas, a la necesidad de normas sobre tarifas y de regular “la competencia en el mercado para reducir los precios y alentar la diversidad.”¹⁵⁰ El punto principal en esta materia es que los Estados deben tomar medidas coordinadas, de conformidad con algún plan, para cumplir con sus obligaciones de promover el acceso universal de calidad a Internet de una manera que respete la neutralidad de la red. No basta simplemente dejar que el mercado se encargue de esto sin tomar medidas adicionales.

[137] Tercero, como se ha señalado anteriormente,¹⁵¹ las normas jurídicas o aun las herramientas de política que se usen para cumplir con las obligaciones positivas deberían satisfacer la norma de legalidad establecida como la primera parte del test tripartito en materia de restricciones a la libertad de expresión. Esto requiere que dichas normas sean lo suficientemente claras y precisas como para notificar debidamente tanto a los intermediarios de Internet como a sus usuarios sobre lo que se permite y bajo qué condiciones. Como el apartado 8.1, Antecedentes: Esquemas de Zero rating y Normativas Existentes a Nivel Global demostró claramente, es evidente que muchos de los marcos normativos para los esquemas de zero rating no cumplen con esta norma, incluso después de haber sido interpretados y/o enmendados por los tribunales. Las normas en materia de legalidad están bien establecidas bajo el derecho internacional, el cual requiere un escrutinio estricto de esta característica para que una norma jurídica se apruebe como interferencia con la libertad de expresión.

[138] Cuarto, los Estados deberían contar con sistemas o mecanismos para asegurar que contrarresten las tendencias naturales de los esquemas de zero rating de apoyar las prácticas monopolísticas o anticompetitivas, incluso con respecto a su impacto en la diversidad de los medios así como en el concepto más amplio del derecho a acceder a una diversidad de información e ideas, como parte de la libertad de expresión. Se reconoce que el comportamiento monopolístico en el sector de comunicaciones socava la libertad

¹⁴⁷ Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión, nota 145, párr. 29-30.

¹⁴⁸ *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión en África* de 2019, nota 26, Principio 37(3)(c). Ver también la *Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet* de 2011, nota 64, párr. 6(e); y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión, *Libertad de Expresión e Internet*, nota 56, párr. 51.

¹⁴⁹ Ver, por ejemplo, las declaraciones a las que se refirió en la nota anterior.

¹⁵⁰ *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión en África* de 2019, nota 26, Principio 37(3)(c).

¹⁵¹ Ver la nota 30 y el texto relacionado.

de expresión. Como señala la Declaración Interamericana de Principios sobre Libertad de Expresión: “Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación ... conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad que asegura el pleno ejercicio del derecho a la información de los ciudadanos.”¹⁵²

- [139] Los esquemas de zero rating que apliquen el zero rating a solo unas cuantas aplicaciones o servicios, como Facebook o Twitter pero no a otros sitios de medios sociales, plantean un riesgo especial en esta materia y como resultado o deberían ser completamente prohibidos o permitidos solo sujetos a normas muy estrictas.¹⁵³ Como observa una publicación: “El mayor riesgo de provocar potenciales distorsiones en el mercado surge de los planes de zero rating que eximan a un único proveedor de contenido o servicios sobre una base de exclusividad”.¹⁵⁴ Esto es aun más extremo con relación a los planes de acceso a Internet que apliquen zero rating a contenido afiliado (o sea, el contenido de las filiales del proveedor de acceso a Internet), lo cual representa comportamiento anticompetitivo el cual los Estados no deberían permitir.¹⁵⁵ Como estipula la Recomendación sobre Neutralidad de la Red del Consejo de Europa: “Los proveedores de servicios de acceso a internet tratarán sin discriminación el tráfico de otros proveedores de contenido, aplicaciones y servicios que compitan con sus propios productos.”¹⁵⁶ Los esquemas de datos patrocinados, en los que los proveedores de servicios en línea pagan a los proveedores de acceso a Internet para que apliquen zero rating a su contenido, tienen una fuerte tendencia de favorecer las empresas con mejores recursos, y por consiguiente resultan en la consolidación de control y la reducción de competencia. Como tal, estos se deberían examinar con especial cuidado y no se deberían permitir cuando no haya sido demostrado que no sufran de dichos impactos negativos.
- [140] Finalmente, deberían tomarse en cuenta varias otras consideraciones al evaluar los esquemas de zero rating que sean permitidos. Como se ha señalado anteriormente, es solo legítimo regular los medios de comunicación si esto corre a cargo de un organismo regulador independiente que esté debidamente facultado.¹⁵⁷ Asimismo, esto es aplicable a la regulación de los esquemas de zero rating y la aplicación de sanciones a cualquier comportamiento de zero rating que no respete las normas. Los mandatos internacionales especiales sobre la libertad de expresión han destacado específicamente la necesidad de facultar a los reguladores independientes para que actúen contra la concentración indebida de la propiedad de los medios de comunicación.¹⁵⁸

¹⁵² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*, adoptada el 19 de octubre de 2000, Principio 12, <http://www.iachr.org/declaration.htm>.

¹⁵³ Informe del Relator Especial de la ONU sobre libertad de expresión, nota 129, párr. 28.

¹⁵⁴ Erik Stallman & R. Stanley Adams, nota 100, p. 22.

¹⁵⁵ Informe del Relator Especial de la ONU para la Libertad de Expresión, nota 129, párr. 28.

¹⁵⁶ Nota 94, párr. 3.1.

¹⁵⁷ Ver notas 42 y 52 y el texto relacionado. Ver también la *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión en África* de 2019, nota 26, Principio 37(3)(a).

¹⁵⁸ *Declaración Conjunta sobre la Independencia y la Diversidad de los Medios de Comunicación en la Era Digital de 2018*, 2 de mayo de 2018, para. 6(d), <https://www.law-democracy.org/live/2018-joint-declaration-by-special-rapporteurs-on-media-independence/>.

[141] Asimismo, los Estados deberían obligar a los proveedores de acceso a Internet que ofrezcan planes de zero rating a que satisfagan estrictos requisitos de transparencia. Las normas internacionales sobre la neutralidad de la red no dejan de exhortar a los Estados a que requieran la transparencia y la “divulgación significativa de información empresarial” con relación a las prácticas de gestión del tráfico de Internet.¹⁵⁹ Esto debería extenderse a la exigencia de claridad y transparencia con relación a los contratos de usuario:

Los usuarios de Internet deberían tener una conexión a Internet con las características definidas en los acuerdos contractuales que hayan celebrado con los proveedores de servicios de acceso a Internet sobre la base de información específica y adecuada que se proporciona a los usuarios con respecto a todos los aspectos que puedan afectar su acceso a Internet y su derecho a recibir e impartir información.¹⁶⁰

Dichos requisitos de transparencia también deberían aplicarse específicamente a los planes de zero rating, que forman parte de los acuerdos contractuales con los usuarios. Obligar a los proveedores de acceso a Internet a que divulguen datos sobre sus planes de zero rating también ayuda a los investigadores y responsables en la toma de decisiones a entender mejor el impacto de dichos planes en el acceso a Internet y en la neutralidad de la red.

[142] Al considerar o evaluar los esquemas de zero rating, los Estados deberían consultar con una gama de partes interesadas, incluidos los usuarios y la sociedad civil. Esto es mejor práctica antes de adoptar un reglamento que tenga repercusiones para la libertad de expresión, pero es especialmente importante en este ámbito, debido al alto nivel de debate e incertidumbre sobre los potenciales beneficios e impacto de los esquemas de zero rating, incluso en los distintos grupos en la sociedad. Asimismo, se debería consultar a los grupos vulnerables o marginalizados, incluidos aquellos con menos capacidad para costear los planes de datos móviles.¹⁶¹

9.0 Evaluación del Enfoque Colombiano

[143] El Artículo 56(1) permite a los proveedores de acceso a Internet en Colombia que ofrezcan planes de zero rating. Entendemos que existe cierta regulación adicional limitada con relación a los acuerdos de zero rating. Concretamente, la Resolución 3502 de 2011 establece que los proveedores de acceso a Internet pueden ofrecer planes que se limitan a los tipos genéricos de servicios, contenidos o aplicaciones, con tal que también pongan a

¹⁵⁹ Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión nota 129, párr. 28; la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet de 2011, note 64, para. 6(f); y la Recomendación sobre Neutralidad de la Red del Consejo de Europa, note 94, párr. 5.1

¹⁶⁰ Recomendación sobre Neutralidad de la Red del Consejo de Europa, *ibid.*, párr.1.3.

¹⁶¹ Informe del Relator Especial para la Libertad de Expresión de la ONU, nota 129, párr. 57.

disposición de los usuarios un plan ilimitado.¹⁶² Sin embargo, en la práctica este reglamento no parece haber tenido mucho impacto en los acuerdos de zero rating debido a diversos factores incluida su falta de claridad, incluso vis a vis la legislación primaria, además de los insuficientes poderes de ejecución de parte de los órganos de supervisión.¹⁶³

[144] El hecho que el Artículo 56(1) permite los esquemas de zero rating obliga a Colombia a examinar cuidadosamente su impacto real en las obligaciones de Colombia de promover el acceso universal de calidad a Internet, de respetar la neutralidad de la red y de fomentar el acceso a una diversidad de información e ideas, incluso a través de los medios de comunicación. Aunque no hemos podido examinar esto de manera comprensiva, parece que Colombia no ha efectuado una evaluación completa del impacto de la actitud permisiva con respecto al zero rating del Artículo 56(1) ante la situación actual en materia del acceso a Internet en el país. Se debería efectuar dicha evaluación, que después se utilizará para determinar la legitimidad más amplia o la ilegitimidad del Artículo 56(1).

[145] Las tasas de acceso a Internet en Colombia han aumentado dramáticamente en la década desde la promulgación de la Ley 1450. Por ejemplo, en 2019, el 65% de la población de Colombia había usado Internet en los tres meses anteriores, en comparación con solo 40% en 2011.¹⁶⁴ Colombia se ubica constantemente entre los dos primeros países entre las naciones en vías de desarrollo incluidos en el Índice de Catalizadores de Asequibilidad de la Alianza para un Internet Asequible.¹⁶⁵ Estos logros positivos hacen que sea más difícil justificar medidas como el zero rating para ampliar el acceso en Colombia. Aunque es posible que para algunas personas – en particular las más pobres – el acceso a Internet quede fuera de su alcance económico, Colombia debería considerar si existen opciones alternativas más positivas para promover el acceso a Internet, incluso aun el acceso de calidad, para estos sectores de la población. Asimismo, debería evaluar críticamente si los esquemas de zero rating aumentan o no el acceso a Internet para dichas poblaciones y también si sirven como rampas de acceso al acceso de calidad o, más bien, si atrapan a los usuarios más pobres en “entornos encerrados” o “fumaderos de opio”.

[146] Segundo, y todavía más grave, no hay evidencia de que el Artículo 56(1) forme parte de un plan más amplio de parte de Colombia de cumplir con sus obligaciones de promover el acceso universal de calidad a Internet. En efecto, la evidencia que hemos visto sugiere todo lo contrario. Concretamente, el Artículo 56(1) parece ser una disposición más bien

¹⁶² Resolución 3502 de 2011, 16 de diciembre de 2011, Artículo 9, https://normograma.info/crc/docs/resolucion_crc_3502_2011.htm.

¹⁶³ Para una discusión detallada de esto ver Juan Diego Castañeda y Laura Daniela González, Neutralidad de la Red y Ofertas en Comerciales en Colombia, 2017, Fundación Karisma, <https://web.karisma.org.co/wp-content/uploads/download-manager-files/Agosto%209%20-%20Informe%20neutralidad%20de%20la%20red.pdf>.

¹⁶⁴ El Banco Mundial, Personas que Usan Internet (% de la población) - Colombia, Sindicato Internacional de Telecomunicaciones (ITU, por sus siglas en inglés) Base de Datos de Indicadores Mundiales de las Telecomunicaciones (ICT)

<https://data.worldbank.org/indicator/IT.NET.USER.ZS?locations=CO>.

¹⁶⁵ Ver, por ejemplo, los informes de 2019-2021. Alianza para un Internet Asequible, Informe de Asequibilidad, <https://a4ai.org/affordability-report/>.

independiente que sirve los intereses comerciales de las empresas privadas, en lugar de una parte coherente de un plan más amplio en este ámbito.

- [147] Esta conclusión se ve respaldada por la ausencia de un régimen regulador más desarrollado en lo que se refiere al Artículo 56(1) y por la ineficacia de las normas adicionales que sí lo acompañan, a saber, la Resolución 3502 de 2011. Como resultado, el entorno regulatorio de Colombia carece de las normas necesarias para la prevención de cualquier plan de zero rating que plantee un riesgo para el aumento de acceso de calidad a Internet, para el respeto por la neutralidad de la red y para el apoyo de la pluralidad de los medios de comunicación. El análisis y la evidencia que se presentan en este informe demuestran que los esquemas de zero rating vienen acompañados de una presunción de invalidez y que es muy improbable que sean legítimos, independientemente del contexto específico en un país determinado, en la ausencia de un régimen regulador cuidadosamente elaborado que limite el abuso y los impactos negativos.
- [148] Algunas observaciones específicas refuerzan esta conclusión. Ni la Ley 1450 ni la Resolución 3502 pone límites a los planes de datos patrocinados ni a los planes que favorezcan el contenido afiliado, que son altamente sospechosos desde la perspectiva de la libertad de expresión. Tampoco existen requisitos para que los planes de zero rating en Colombia sean independientes en materia del contenido o de la fuente de los servicios de tipo zero rating. Colombia no prohíbe los planes de zero rating que favorezcan determinadas aplicaciones o servicios. En cambio, el fuerte predominio del zero rating a favor de Facebook y WhatsApp, como fue elaborado en el informe original, sugiere que el zero rating en Colombia puede estar facilitando el comportamiento monopolístico. Aunque la Resolución 3502 sí busca imponer algunos límites en este ámbito, no es lo suficientemente preciso, especialmente teniendo en cuenta el lenguaje permisivo del Artículo 56(1), y por lo tanto genera ambigüedad interpretativa en cuanto a sus consecuencias. Un mejor enfoque sería fijar tal límite en la legislación primaria en lugar de dejarlo a la regulación. En todo caso, parece que la Resolución 3502 es extensamente ignorada en la práctica.
- [149] Estas circunstancias, además del lenguaje específico del Artículo 56(1), significan que el régimen para zero rating en Colombia no cumple con las normas de legalidad requeridas bajo el derecho internacional. No precisa lo que es o no es permitido, dejando un amplio margen para la interpretación, lo que en la práctica ha servido en realidad como autorización de carta blanca para las prácticas de zero rating. Por un lado, el Artículo 56(1) pretende prohibir la discriminación con relación a la capacidad de los usuarios de acceder a y de beneficiarse del contenido y los servicios de Internet, pero, por otro lado, permite que esto pueda ser anulado basándose en las “necesidades de los sectores del mercado o de sus usuarios según sus perfiles de uso y consumo”. No se puede considerar de ninguna manera que esto proporcione una orientación clara en materia de cuando se permite o no la discriminación. En efecto, se podría argumentar que la “excepción” es tan imprecisa y ambigua que hace que la prohibición principal de discriminación sea en gran parte inefectiva.

- [150] Según la información que hemos recibido, el regulador encargado de la supervisión de zero rating en Colombia no está suficientemente capacitado para interpretar y hacer cumplir estas normas, agravando considerablemente el problema subyacente de la falta de claridad en el régimen regulatorio. Según la Fundación Karisma, la autoridad reguladora en este ámbito es incapaz de hacer cumplir los reglamentos subsidiarios con el fin de restringir las prácticas indebidas de zero rating.¹⁶⁶ Tal como se señala anteriormente, los reguladores independientes y debidamente capacitados son imprescindibles para asegurar que cualquier régimen que rige el sector de información y comunicaciones refleje la normativa de libertad de expresión. Dicho de otro modo, no importa lo claro y legítimo que sea un régimen de libertad de expresión si no se aplica debidamente en la práctica. Puesto que la Ley 1450 no prevé ni asigna responsabilidad regulatoria alguna para la vigilancia de los planes de zero rating permitidos bajo el Artículo 56(1), no protege debidamente la libertad de expresión.
- [151] No tenemos conocimiento de si se les exige a los proveedores de acceso a Internet que ofrecen planes de zero rating en Colombia a que sean estrictamente transparentes sobre cómo funcionan, incluso con los usuarios. Tampoco tenemos conocimiento de si se celebraron amplias consultas con las partes interesadas antes de la adopción del régimen del Artículo 56(1). En la medida en que se hubiera incumplido cualquiera de estos, surgen cuestiones adicionales con respecto a la legitimidad del régimen de zero rating de Colombia.

10.0 Conclusión

- [152] Los tratados internacionales de derechos humanos, incluso el PIDCP y la CADH, ofrecen un alto nivel de protección para el derecho a la libertad de expresión, en el Artículo 19 y el Artículo 13 respectivamente. Esto se debe a que la libertad de expresión es de suma importancia tanto por derecho propio – como elemento fundamental de la dignidad humana básica de todas las personas – como por los beneficios sociales más amplios que respalda – incluso la democracia misma y la protección de todos los otros derechos humanos, entre otros muchos. Estas garantías obligan a los Estados a abstenerse de tomar medidas que interfieran con dicho derecho, pero, importantemente, también obligan a los Estados a tomar medidas en determinadas circunstancias cuando esto sea necesario para proteger la libre circulación de información e ideas en la sociedad. Dichas obligaciones positivas abarcan circunstancias en las que los Estados necesitan proteger el derecho a la libertad de expresión contra injerencias de terceros privados, así como cuando los Estados deben tomar medidas para facilitar la libre circulación de información e ideas, y algunas veces los dos aspectos al mismo tiempo.
- [153] El Internet se ha vuelto tan central no solo para que las personas puedan expresarse sino

¹⁶⁶ Juan Diego Castañeda y Laura Daniela González, nota 163, p. 51 (“En todo caso, la CRC no tiene competencia para aplicar su propia regulación, por lo cual es necesario estudiar vías de reforma para dotarla con capacidades que permitan una regulación efectiva.”)

también para que puedan acceder a información e ideas – ambos derechos protegidos por las garantías internacionales de libertad de expresión – que el acceso a dicho medio de comunicación es, en sí mismo, esencial para que las personas puedan disfrutar plenamente del derecho a la libertad de expresión. Como tal, ahora se reconoce que, como parte de las obligaciones positivas de los Estados de respetar la libertad de expresión, estos deben asegurar, de manera progresiva, el acceso universal a Internet para sus ciudadanos. Deben estar presentes determinadas características para que dicho acceso cumpla su función bajo el derecho internacional, como que sea económicamente asequible para todos y que abarque Internet en su totalidad en lugar de solo partes de ello, a lo que se refiere en este informe como “acceso de calidad”. Estas características son respaldadas por la obligación de los Estados de respetar la neutralidad de la red, o la no discriminación en la gestión del tráfico de Internet.

- [154] Los esquemas de zero rating se encuentran en varios países, incluso en Colombia en virtud del Artículo 56(1) de la Ley 1450 de 2011 (16 de junio). Estos esquemas dan a los usuarios el acceso de forma gratuita a determinado contenido, servicio o aplicaciones en línea, ya sea como un acuerdo independiente (o sea, sin otro acceso a Internet) o como parte de un plan pagado que incluye límites de acceso al resto de Internet. Dichos esquemas obviamente no representan el acceso de calidad a Internet ni respetan el principio de la neutralidad de la red, ya que proporcionan acceso exclusivo a solo parte de Internet o significativamente privilegian el acceso a parte del mismo. Sin embargo, sus proponentes argumentan que por lo menos ofrecen acceso para los usuarios a algún contenido en línea y/o que sirven como una manera en que sus usuarios entren a Internet, traducándose a menudo en el acceso más amplio (de calidad) a Internet. No obstante, la evidencia sugiere que aunque esto quizá sea cierto en algunos casos, a menudo los esquemas de zero rating dejan a los usuarios atrapados en “entornos encerrados en línea”, con acceso efectivo a tan solo parte de Internet, o bloqueados en “fumaderos de opio”, con el acceso dominado en gran medida por los servicios gratuitos.
- [155] Un análisis adecuado de derechos humanos demuestra que hay que establecer una serie de condiciones antes de que pueda ser legítimo un esquema de zero rating. Primero, los Estados que busquen justificar dichos esquemas deben emprender una evaluación que ofrezca evidencia concreta que estos sí avanza el cumplimiento de su obligación positiva de promover el acceso universal de calidad a Internet de una manera que respete la neutralidad de la red. No es suficiente que los Estados se limiten a aseverar esto, como tampoco bastaría la mera aseveración que una restricción a la libertad de expresión sea necesaria para proteger la seguridad o la reputación nacional.
- [156] Segundo, la obligación de promover el acceso universal de calidad a Internet requiere que los Estados hayan elaborado un plan para cumplir este objetivo con el tiempo. Los Estados que autoricen los esquemas de zero rating, y que los justifiquen alegando que ayudan a ampliar el acceso de calidad a Internet, pero no hacen nada más al respecto, no han cumplido sus responsabilidades bajo esta obligación. En efecto, para hacerlo se requerirá normalmente a los Estados que establezcan condiciones claras para los esquemas de zero rating en vez de dejar que las empresas comerciales que beneficien de dichos esquemas los gestionen como deseen. Tercero, cualquier régimen jurídico que

autorice esquemas de zero rating debe cumplir con normas estrictas de legalidad, incluso al dejar muy claro cuándo se permiten dichos esquemas y bajo qué condiciones.

- [157] El esquema de zero rating colombiano incumple su función con respecto a todas estas condiciones. No creemos que se haya efectuado ninguna evaluación que demuestre que el zero rating en Colombia promueva o apoye la obligación del país de promover el acceso universal de calidad a Internet de una manera que respete la neutralidad de la red. En la ausencia de pruebas de ello, Colombia no habrá justificado su autorización de medidas que de otra manera representan una violación de la neutralidad de la red y la no provisión de acceso de calidad a Internet. Además, Colombia no parece contar con un plan desarrollado para cumplir con su obligación de proporcionar el acceso universal de calidad a Internet. Entre otras cosas, Colombia no ha establecido un conjunto de condiciones claras y efectivamente aplicadas para los esquemas de zero rating que sean permitidos con el fin de asegurar que sí contribuyan a sus medidas más amplias (su plan) de promover el acceso universal de calidad a Internet. Finalmente, es notable que el régimen jurídico específico en Colombia que autoriza los esquemas de zero rating, a saber, el Artículo 56(1) de la Ley 1450 de 2011 (16 de junio), incumple los requisitos de legalidad. En efecto, las condiciones bajo las cuales esta disposición autoriza los esquemas de zero rating son extremadamente ambiguas.
- [158] Por estas razones, creemos que el Artículo 56(1) de la Ley 1450 de 2011 (16 de junio) incumple su función constitucional en Colombia. Colombia tiene obligaciones para tomar medidas progresivas para promover el acceso universal de calidad a Internet de una manera que respete la neutralidad de la red. La autorización de los esquemas de zero rating esencialmente a discreción de las empresas que benefician de estos esquemas, sin que se les hubiera impuesto condiciones claras y efectivas, y en la ausencia de un plan desarrollado para promover el acceso universal de calidad o de cualquier evidencia que dichos esquemas contribuyan en realidad a la promoción de tal acceso, son todas cuestiones que exigen la decisión de que Colombia no haya cumplido con sus obligaciones positivas de respetar la libertad de expresión.

CUADRO DE AUTORIDADES

Tratados

1. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 22 de noviembre de 1969, Serie de Tratados de la OEA No. 36, en vigor 18 de julio de 1978, <http://www.oas.org/juridico/English/treaties/b-32.html>
2. *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*, 27 de junio de 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982), en vigor 21 de octubre de 1986, http://www.achpr.org/english/_info/charter_en.html
3. *Convención Europea de Derechos Humanos*, 4 de noviembre de 1950, E.T.S. No. 132, en vigor 3 de septiembre de 1953, <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c>
4. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 19 de diciembre de 1966, Resolución de la Asamblea General de la ONU 2200A (XXI), en vigor 23 de marzo de 1976, https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_en
5. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Resolución de la Asamblea General de la ONU 2200A (XXI), 16 de diciembre de 1966, en vigor 3 de enero de 1976, <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

Casos

1. *Appleby v. the United Kingdom*, 6 May 2003, Application No. 44306/98 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Appleby%20v.%20the%20United%20Kingdom%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-61080%22%5D%7D>
2. *Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway*, 20 May 1999, Application No. 21980/93 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2221980/93%22%5D,%22documentcollectionid2%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-58369%22%5D%7D>

3. Case C-5/20, 2 September 2021 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea), <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=245535&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=EN&cid=2737860>
4. Case C-34/20, 2 September 2021 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea), <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=245537&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=EN&cid=2737873>
5. Case C-854/19, 2 September 2021 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea), <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?lgrec=fr&td=%3BALL&language=en&num=C-854/19&jur=C>
6. *Centro Europa 7 S.R.L. and Di Stefano v. Italy*, 7 June 2012, Application No. 38433/09 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Centro%20Europa%207%20S.R.L.%20and%20Di%20Stefano%20v.%20Italy%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-111399%22%5D%7D>
7. *Claude Reyes and Others v. Chile*, 19 September 2006, Series C, No. 151 (Corte Interamericana de Derechos Humanos), https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_ing.pdf
8. *La colegiación obligatoria de periodistas en una asociación prescrita por ley para la práctica del periodismo*, Opinión Consultiva OC-5/85 of 13 November 1985, Series A, No. 5 (Corte Interamericana de Derechos Humanos), https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_ing.pdf
9. *Emilio Palacio Urrutia y Otros v. Ecuador*, 24 November 2021, Serie C, No. 446 (Corte Interamericana de Derechos Humanos), https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_446_esp.pdf
10. *Fontevicchia y D'Amico v. Argentina*, 29 November 2011, Series C, No. 238 (Corte Interamericana de Derechos Humanos), https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf
11. *Fuentes Bobo v. Spain*, 29 February 2000, Application No. 39293/98 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22Fuentes%20Bobo%20v.%20Spain%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-58502%22%5D%7D>
12. *Gonzales Lluy et al. v. Ecuador*, 1 September 2015, Series C, No. 298 (Corte Interamericana de Derechos Humanos), https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf

22. *Perozo et al. v. Venezuela*, 28 January 2009, Series C, No. 195 (Corte Interamericana de Derechos Humanos),
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_195_esp.pdf
23. *Pueblo Bello Massacre v. Colombia*, 31 January 2006, Series C, No. 140 (Corte Interamericana de Derechos Humanos),
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_140_esp.pdf
24. *Sanoma Uitgevers B.V. v. the Netherlands*, 14 September 2010, Application No. 38224/03 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos),
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"appno":\["38224/03"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-100448"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
25. *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria*, 13-27 October 2001, Communication No. 155/96 (Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos),
https://www.achpr.org/public/Document/file/English/achpr30_155_96_eng.pdf
26. *Steel and Morris v. United Kingdom*, 15 May 2005, Application No. 6846/01 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-68224>
27. *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, 29 July 1988, Series C, No. 4 (Corte Interamericana de Derechos Humanos),
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf
28. *Vélez Restrepo and Family v. Colombia*, 3 September 2012, Series C, No. 248 (Corte Interamericana de Derechos Humanos),
https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_248_esp.pdf

Otras Autoridades

1. African Commission on Human and People's Rights, *Declaration of Principles on Freedom of Expression in Africa*, 10 November 2019,
https://www.achpr.org/public/Document/file/English/Declaration%20of%20Principles%20on%20Freedom%20of%20Expression_ENG_2019.pdf
2. Argentina, Ley 27.078, 18 December 2014,
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/239771/norma.htm#:~:text=Su%20objeto%20es%20posibilitar%20el,m%C3%AAs%20altos%20par%C3%A1metros%20de%20calidad>
3. California Civil Code, as amended by Senate Bill No. 822,
https://leginfo.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201720180SB822

4. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission, Telecom Regulatory Policy CRTC 2017-104, 20 April 2017, <https://crtc.gc.ca/eng/archive/2017/2017-104.htm>
5. Canadian Radio-television and Telecommunications Commission, Telecom Decision CRTC 2017-105, 20 April 2017, <https://crtc.gc.ca/eng/archive/2017/2017-105.htm>
6. Chile, Ley 20.453, 18 August 2010, <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1016570>
7. Council of Europe, 2003 Declaration on Freedom of Communication on the Internet, adopted by the Committee of Ministers on 29 September 2010, <http://archive1.diplomacy.edu/pool/fileInline.php?IDPool=1204>
8. Council of Europe, Recommendation CM/Rec(2016)1 on protecting and promoting the right to freedom of expression and the right to private life with regard to network neutrality, adopted by the Committee of Ministers on 13 January 2016, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c1e59
9. European Union, Regulation (EU) 2015/2120 of the European Parliament and of the Council of 25 November 25 laying down measures concerning open internet access and amending Directive 2002/22/EC on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services and Regulation (EU) No 531/2012 on roaming on public mobile communications networks within the Union, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2015.310.01.0001.01.ENG
10. Federal Communications Commission, 47 CFR Parts 1, 8 and 20, Protecting and Promoting the Open Internet: Final Rule, 13 April 2015, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2015-04-13/pdf/2015-07841.pdf>
11. Inter-American Commission on Human Rights, *Inter-American Declaration of Principles on Freedom of Expression*, 19 October 2000, <https://www.cidh.oas.org/declaration.htm>
12. Nigeria Communications Commission, Internet Code of Practice, <https://www.ncc.gov.ng/docman-main/internet-governance/878-internet-code-practice/file>
13. OAS, IACHR and Special Rapporteur on Freedom of Expression, *Guide to Guarantee Freedom of Expression Regarding Deliberate Disinformation in Electoral Contexts*, October 2019, https://www.oas.org/en/iachr/expression/publications/Guia_Desinformacion_VF%20ENG.pdf
14. OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression, *Freedom of Expression and the Internet*, 31 December 2013,

http://www.oas.org/en/iachr/expression/docs/reports/2014_04_08_internet_eng%20web.pdf

15. OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression, *Violence Against Journalists and Media Workers: Inter-American Standards and National Practices on Prevention, Protection and Prosecution of Perpetrators*, 31 December 2013, https://www.oas.org/en/iachr/expression/docs/reports/2014_04_22_Violence_WEB.pdf
16. OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression, *Standards for a Free, Open, and Inclusive Internet*, 15 March 2017, http://www.oas.org/en/iachr/expression/docs/publications/internet_2016_eng.pdf
17. Special International Mandates on Freedom of Expression, Joint Declaration on Promoting Diversity in the Broadcast Media, 12 December 2007, <https://www.osce.org/fom/66176?page=1>
18. Special International Mandates on Freedom of Expression, Joint Declaration on Freedom of Expression and the Internet, 12 December 2011, <http://www.law-democracy.org/wp-content/uploads/2010/07/11.06.Joint-Declaration.Internet.pdf>
19. Special International Mandates on Freedom of Expression, Joint Declaration on Universality and the Right to Freedom of Expression, 6 May 2014, <https://www.law-democracy.org/live/international-mandates-universality-and-freedom-of-expression/>
20. Special International Mandates on Freedom of Expression, Joint Declaration on Media Independence and Diversity in the Digital Age, 2 May 2018, <https://www.lawdemocracy.org/live/2018-joint-declaration-by-special-rapporteurs-on-media-independence/>
21. Special International Mandates on Freedom of Expression, Twentieth Anniversary Joint Declaration: Challenges to Freedom of Expression in the Next Decade, 10 July 2019, <https://www.law-democracy.org/live/20th-anniversary-joint-declaration-by-special-rapporteurs/>
22. South Africa, Directions on Zero-rating of Content and Websites for Education and Health, Government Notice 651 of 2020, 5 June 2020, <https://openbylaws.org.za/za/act/gn/2020/651/eng/#:~:text=Zero%2Drating%20only%20applies%20to,also%20not%20be%20zero%2Drated>
23. Telecom Regulatory Authority of India, Notification No. 2 of 2016, Prohibition of Discriminatory Tariffs for Data Services Regulations, 2016, 8 February 2016, https://tra.gov.in/sites/default/files/Regulation_Data_Service.pdf
24. UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 3. The nature of States parties' obligations, 14 December 1990,

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCESCR%2fGEC%2f4758&Lang=en

25. UN General Assembly Resolution 59(I), 14 December 1946,
<http://www.worldlii.org/int/other/UNGA/1946/87.pdf>
26. UN Human Rights Committee, General Comment No. 31, The nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant, 26 May 2004,
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f21%2fRev.1%2fAdd.13&Lang=en
27. UN Human Rights Committee, General Comment No. 34, Article 19: Freedoms of opinion and expression, 12 September 2011,
<https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/GC34.pdf>
28. UN Human Rights Council, Resolution 12/16, 2 October 2009,
<https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FHRC%2FRES%2F12%2F16&Language=E&DeviceType=Desktop>
29. UN Human Rights Council, Resolution 32/13, 1 July 2016,
<https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FHRC%2FRES%2F32%2F13&Language=E&DeviceType=Desktop>
30. UN Human Rights Council, Resolution 38/7, 5 July 2018,
https://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/38/7
31. UN Human Rights Council, Resolution 44/12, 16 July 2020,
<https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FHRC%2FRES%2F44%2F12&Language=E&DeviceType=Desktop>
32. UN Human Rights Council, Resolution 47/16, 13 July 2021,
<https://undocs.org/Home/Mobile?FinalSymbol=A%2FHRC%2FRES%2F47%2F16&Language=E&DeviceType=Desktop>
33. UN Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Report of the Special Rapporteur pursuant to Human Rights Council resolution 7/36, 16 May 2011,
https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf
34. UN Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Report on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 30 March 2017, U.N. Doc. A/HRC/35/22, para. 27, <https://undocs.org/A/HRC/35/22>

35. *Universal Declaration of Human Rights*, United Nations General Assembly Resolution 217A (III), 10 December 1948, <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html>

Otras Referencias

1. Acosta, R.V., *Regulatory Issues in Matters of Freedom of Expression and the Internet in Latin America*, 2020, Derechos Digitales, <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/tendencias-regulacion-digitales-eng.pdf>
2. AT&T, “Impact of California ‘Net Neutrality’ Law on Free Data Services”, 17 March 2021, <https://www.attpublicpolicy.com/congress/impact-of-california-net-neutrality-law-on-free-data-services/?source=email>
3. BBC, “India Adopts ‘World’s Strongest’ Net Neutrality Norms”, 12 July 2018, <https://www.bbc.com/news/world-asia-india-44796436>
4. Belli, L., “Net neutrality, Zero-rating and the Minitelisation of the Internet”, 2 *Journal of Cyber Policy* 96 (2016), https://internet-governance.fgv.br/sites/internet-governance.fgv.br/files/publicacoes/net_neutrality_zero-rating_the_minitelisation_of_the_internet_final.pdf
5. Belli, L. and de Filippi, P., *Net Neutrality Compendium: Human Rights, Free Competition and the Future of the Internet* (2016: Springer International Publishing), <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01382021/document>
6. Bertoni, E., *Prevent and Punish: In search of solutions to fight violence against journalists* (2015, Paris, UNESCO), http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CI/CI/pdf/Events/IDE_I_2014/Prevent-and-Punish_Bertoni.pdf
7. Biswas, S., “Why is Mark Zuckerberg Angry at Critics in India?”, BBC, 20 December 2015, <https://www.bbc.com/news/world-asia-india-35192184>
8. Carillo, A., “Having Your Cake and Eating it Too? Zero-Rating, Net Neutrality, and International Law”, 19 *Stanford Technology Law Review* 364 (2016), https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2017/11/19-3-1-carrillo-final_0.pdf
9. Castañeda, J.D., and González, L.D., *Neutralidad de la Red y Ofertas en Comerciales en Colombia*, 2017, Fundación Karisma, <https://web.karisma.org.co/wp-content/uploads/download-manager-files/Agosto%209%20-%20Informe%20neutralidad%20de%20la%20red.pdf>
10. Centre for Law and Democracy, RTI Rating, www.RTI-Rating.org

11. D'Amato, A., "Human Rights as Part of Customary International Law: A Plea for Change of Paradigms" (2010, Faculty Working Papers, 88), <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/facultyworkingpapers/88>
12. Epicenter Works, *The Net Neutrality Situation in the EU: Evaluation of the first Two Years of Enforcement*, 29 January 2019, https://en.epicenter.works/sites/default/files/2019_netneutrality_in_eu-epicenter.works-r1.pdf
13. European Commission, *Zero-Rating Practices in Broadband Markets*, February 2017, <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0217687enn.pdf>
14. Galpaya, H., "Zero-Rating in Emerging Economies", Global Commission on Internet Governance, February 2017, https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/GCIG%20no.47_1.pdf
15. Gillula, J., "Facebook's Free Basics: More Open, Better Security, but Still a Walled Garden", Electronic Frontier Foundation, 30 September 2015, <https://www.eff.org/deeplinks/2015/09/facebooks-free-basics-more-open-better-security-still-walled-garden>
16. Gillwald, A., *et al.*, *Much Ado About Nothing? Zero-Rating in the African Context*, 2016, Research ICT Africa, https://researchictafrica.net/wp/wp-content/uploads/2021/09/2016_RIA_Zero-Rating_Policy_Paper_-_Much_ado_about_nothing.pdf
17. Guyana Chronicle, "GTT Zero Rates Several Educational Sites", 23 October 2020, <https://guyanachronicle.com/2020/10/23/gtt-zero-rates-several-educational-sites>
18. Hoskins, G.T., "Beyond 'Zero Sum': The Case for Context in Regulating Zero Rating in the Global South", 8 *Internet Policy Review* 1 (2019), <https://policyreview.info/articles/analysis/beyond-zero-sum-case-context-regulating-zero-rating-global-south>
19. International Bar Association, "EU Court of Justice Rules on Zero-Rating", <https://www.ibanet.org/article/DAAB099C-A736-4ED7-BB4D-4719A1593A5F>
20. Kaye, D. and Solomon, B., "Merely Connecting the Developing World to the Internet Isn't Enough", 13 October 2015, Slate, <https://slate.com/technology/2015/10/the-u-n-wants-to-connect-the-world-to-the-internet-that-s-not-enough.html>
21. Lee, N.T., "California's Net Neutrality Law and the Case for Zero-Rating Government Services", Brookings, 19 April 2021,

- <https://www.brookings.edu/blog/techtank/2021/04/19/californias-net-neutrality-law-and-the-case-for-zero-rating-government-services/>
22. Lee, T. B., *Network neutrality, explained*, updated 21 May 2015, VOX, <https://www.vox.com/2015/2/26/18073512/network-neutrality>
 23. Meta, “Free Basics”, 2022, <https://www.facebook.com/connectivity/solutions/free-basics/>
 24. Mendel, T., *Freedom of Expression: A Guide to the Interpretation and Meaning of Article 10 of the European Convention on Human Rights*, December 2012, <https://rm.coe.int/16806f5bb3>
 25. Mendel, T., *Supporting Freedom of Expression: A Practical Guide to Developing Specialised Safety Mechanisms* (2016, Paris, UNESCO), https://en.unesco.org/sites/default/files/supporting-freedom-of-expression_guide-safety-mechanisms.pdf
 26. Mendel, T., Castillejo, A.G., and Gómez, G., *Concentration of Ownership and Freedom of Expression: Global Standards and Implications for the Americas* (2017, Paris, UNESCO), <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000248091>
 27. Meron, T., *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* (1989, Oxford, Clarendon Press)
 28. Nothias, T., “The Rise and Fall... and Rise Again of Facebook’s Free Basics”, Global Media Technologies and Cultures Lab, 21 April 2020, <https://globalmedia.mit.edu/2020/04/21/the-rise-and-fall-and-rise-again-of-facebooks-free-basics-civil-and-the-challenge-of-resistance-to-corporate-connectivity-projects/>
 29. O’Maley, D. and Kak, A., “Free Internet” and the Costs to Media Pluralism: The Hazards of Zero-Rating the News, 2018, CIMA, https://www.cima.ned.org/wp-content/uploads/2018/11/CIMA_Zero-Rating-Paper_web_150ppi_v2.pdf
 30. Pérez, M.C., “Zero-rating y la neutralidad de la red”, 2018, 7 *Revista chilena de derecho y tecnología* 1, https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-25842018000100107&lng=pt&nrm=iso&tlng=es
 31. Soni, A., “India Deals Blow to Facebook in People-Powered ‘Net Neutrality’ Row”, The Guardian, 8 February 2016, <https://www.theguardian.com/technology/2016/feb/08/india-facebook-free-basics-net-neutrality-row>

32. Stallman, E. and Adams, R. S., *Zero Rating: A Framework for Assessing Benefits and Harms*, Center for Democracy and Technology, January 2016,
https://cdt.org/wp-content/uploads/2016/01/CDT-Zero-Rating_Benefits-Harms5_1.pdf
33. World Bank, Individuals Using the Internet (% of Population) - Colombia, International Telecommunications Union (ITU) World Telecommunication/ICT Indicators Database,
<https://data.worldbank.org/indicator/IT.NET.USER.ZS?locations=CO>