

CUESTIÓN de DERECHOS

Revista electrónica

Publicación semestral de la **Asociación por los Derechos Civiles**



Milo Lockett

Nº 4 - primer semestre 2013

Dossier:

La libertad de expresión en la era digital. Desafíos y perspectivas.

La libertad en el siglo XXI.
Editorial

El futuro de la libre expresión en la era digital.
Jack Balkin

El derecho a la privacidad y a la libertad de expresión: dos caras de la misma moneda.
Carly Nyst

Libertad de expresión, cultura digital y derechos de autor.
Beatriz Busaniche

Internet: dilemas sobre jurisdicción, derecho aplicable y libertad de expresión.
Manuel Larrondo

Neutralidad de la red y libertad de expresión.
Alberto J. Cerda Silva

Los nuevos nombres de dominio genéricos de ICANN. ¿La Internet abierta en riesgo?
Celia Lerman

Derechos humanos en línea: una agenda aún pendiente para la sociedad civil de América Latina y el Caribe.
Valeria Betancourt

Los intermediarios y los desafíos para la libertad de expresión en Internet.
Ramiro Álvarez Ugarte y Eleonora Rabinovich

ADC / Asociación por los Derechos Civiles

Buenos Aires, Argentina

www.cuestiondederechos.org.ar

www.adc.org.ar

ISSN: 1853-6565

Editores

Director

José Miguel Onaindia

Supervisión Editorial

Alejandro Carrió

Eleonora Rabinovich

Coordinación Editorial

María Inés Pacecca

Diseño Editorial

Estudio Demaro

Dirección Postal: Av. Córdoba 795 - 8° Piso
(C1054AAG) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Tel.fax: (54 11) 5236-0555

República Argentina

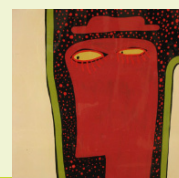
E-mail: revista@adc.org.ar

www.cuestiondederechos.org.ar

www.adc.org.ar

A excepción de aquellos artículos donde conste explícitamente la prohibición, los textos publicados en la revista pueden reproducirse libremente a condición de indicar la fuente y enviar copia de la publicación a “Cuestión de Derechos” por vía electrónica o postal (2 ejemplares para ediciones en soporte papel).

Los artículos reflejan el punto de vista de sus autores, y no necesariamente el de la revista.



Índice

Página 4 ■ Editorial.

Dossier: La libertad de expresión en la era digital. Desafíos y perspectivas.

Página 7 ■ El futuro de la libre expresión en la era digital.
Jack Balkin

Página 24 ■ El derecho a la privacidad y a la libertad de expresión:
dos caras de la misma moneda. *Carly Nyst*

Página 33 ■ Libertad de expresión, cultura digital y derechos de autor.
Beatriz Busaniche

Página 48 ■ Internet: dilemas sobre jurisdicción, derecho aplicable
y libertad de expresión. *Manuel Larrondo*

Página 67 ■ Neutralidad de la red y libertad de expresión.
Alberto J. Cerda Silva

Página 79 ■ Los nuevos nombres de dominio genéricos de ICANN.
¿La Internet abierta en riesgo? *Celia Lerman*

Página 93 ■ Derechos humanos en línea: una agenda aún pendiente
para la sociedad civil de América Latina y el Caribe.
Valeria Betancourt

Página 105 ■ Los intermediarios y los desafíos para la libertad de
expresión en Internet.
Ramiro Álvarez Ugarte y Eleonora Rabinovich



Neutralidad de la red y libertad de expresión

Alberto J. Cerda Silva*

Resumen

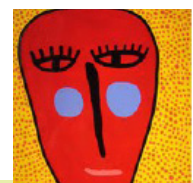
Aunque Internet fue concebida como una red de comunicaciones abierta, existe un creciente interés, tanto gubernamental como corporativo, por controlarla. Una de las fórmulas de ejercer tal control es discriminando entre las diversas comunicaciones electrónicas, ya sea bloqueando, degradando, o priorizando algunas de ellas. Estas prácticas infringen la neutralidad de la red, un principio regulatorio que impide a las empresas proveedoras de servicio interferir en las comunicaciones electrónicas, de modo que sean los usuarios –y no su proveedor de servicios de acceso a Internet– quienes definan y controlen el uso que desean hacer de su conexión. Este artículo describe brevemente la neutralidad de la red y, a partir de la experiencia de Chile, primer país en adoptar una ley en la materia, analiza la neutralidad como medida para alentar el adecuado funcionamiento del mercado y la protección de los consumidores. El artículo avanza en el análisis de la neutralidad de la red como una medida necesaria para el ejercicio de los derechos fundamentales en Internet en general, y de la libertad de expresión en particular.

Palabras claves: Regulación de Internet, Neutralidad de la Red, Derechos Humanos, Libertad de Expresión.

I. A modo de introducción

Internet fue concebida como una red de comunicaciones abierta. Sobre la base de un protocolo común, Internet permite la comunicación entre sus usuarios sin discriminar en su contenido, en el equipamiento o en el software empleado. Sin embargo, el éxito sin precedentes de Internet, que hoy brinda servicios a una de cada tres personas, ha abierto el apetito por su control. No sólo algunos gobiernos intentan domesticar a la red, sino que también lo intentan operadores del sector privado (ver Goldsmith y Wu, 2008). No se debe pasar por alto que Internet es, de hecho, esencialmente una infraestructura bajo control del sector privado. Con acierto, se ha dicho que en Internet los operadores privados tienen hoy más poder de control que cualquier presidente, rey, o juez (Rosen, 2011). Una de las fórmulas de ejercer tal control es vulnerando la neutralidad de la red.

* Profesor asistente de derecho informático adscrito al Centro de Estudios en Derecho Informático de la Universidad de Chile. Fundador y director de asuntos internacionales de Derechos Digitales, una organización de la sociedad civil que promueve los derechos humanos en el entorno en línea. Actualmente, es becario de la Comisión Fulbright prosiguiendo estudios doctorales en Georgetown University Law Center con una tesis sobre derechos humanos y regulación de Internet en América Latina. E-mail: acerda@uchile.cl



Imagina que eres un usuario de Internet móvil, pero tu proveedor de telefonía celular sólo te permite navegar en Facebook, como sucede en Guatemala. O quizá eres un residente en el extranjero que intenta comunicarse con sus nacionales en Paraguay usando Skype, pero fracasas porque la monopolística empresa nacional de telecomunicaciones degrada la calidad de sus servicios. O quizá intentas aprovechar tus conocimientos técnicos y ofrecer servicios de telefonía sobre Internet en Chile, pero fracasas después que las operadoras de telefonía fija bloquean tus servicios. O peor aún, intentas expresar tu descontento con el gobierno de turno pero tu prestador de servicios boicotea tus comunicaciones, como ha sucedido en Estados Unidos. Estos son los casos reales que grafican cómo las operadoras de telecomunicaciones violan la neutralidad de la red.

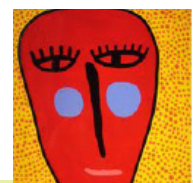
La neutralidad de la red evita la discriminación en las comunicaciones electrónicas. Neutralidad de la red no significa Internet para todos, ni siquiera una Internet a precio accesible —objetivos de política pública también deseables por cierto. La neutralidad de la red, de hecho, puede tener lugar aun si la empresa que brinda acceso a Internet ofrece diversos niveles de velocidad de conexión a diferente precio. Lo que sí garantiza la neutralidad de la red es que la calidad del servicio no se vea afectada por medidas arbitrarias de la empresa en cuestión, ya sea ralentizando la comunicación, condicionando el acceso al uso de determinado equipamiento u obstaculizando el acceso a determinados servicios o contenidos. La neutralidad de la red garantiza una calidad de servicio que no discrimina.

II. La ley de neutralidad de la red en Chile

En Chile, la adopción de una ley sobre neutralidad de la red es el resultado de una serie de hechos previos, en que los principales operadores de acceso a Internet del país fueron cuestionados por la calidad del servicio y la falta de transparencia en sus operaciones. Acciones legales ante autoridades judiciales, filtraciones de documentación interna de las compañías de telecomunicaciones y monitoreo del funcionamiento de las redes por organizaciones de usuarios fueron clave para dejar de manifiesto que ciertas compañías interferían con las comunicaciones en línea. La neutralidad de la red no era una solución en búsqueda de un problema, como aseguraban algunos operadores de acceso a Internet. La falta de neutralidad de la red era un problema ostensible.

Desde el 2003, precisamente cuando algunos comenzaban a anticipar la relevancia del tema (Wu, 2003), Voissnet, un prestador de servicios local de telefonía sobre Internet, se vio envuelto en una serie de batallas judiciales contra Telefónica, filial de la corporación española del mismo nombre, que aún hoy controla la mayor parte de los servicios de telefonía fija y de las conexiones a Internet del país.¹ Telefónica había adoptado medidas para entorpecer los servicios que, a precios más convenientes, Voissnet prestaba a los abonados a servicios de Telefónica. En 2007, la Corte Suprema prohibió a Telefónica la

¹ A fines del 2012, Telefónica controlaba el 53.2% de las líneas de telefonía fija y su operadora de Internet, Movistar, el 38.7% de las conexiones a la red. Subsecretaría de Telecomunicaciones, *Informe Sectorial: Telecomunicaciones en Chile* (2013), pp. 12 y 21.



adopción de toda medida técnica que bloquease o degradase su servicio a los usuarios de servicios de telefonía sobre Internet.² La Corte Suprema protegía así la neutralidad de la red. Sin embargo, dado el efecto relativo de las decisiones judiciales, la sentencia no surtiría efectos respecto de otros proveedores de servicio de Internet o telefonía.

El 2007 también, la autoridad que vela por la libre competencia accionó en contra de las tres principales operadoras locales de telefonía móvil –Movistar, Entel y Claro, que en conjunto representan sobre el 95% del mercado³– por obstruir el ingreso al mercado de operadores de telefonía móvil virtual. El caso se sustanció ante el Tribunal de la Libre Competencia, que rechazó las acusaciones, pero la Corte Suprema había de revocar la decisión del tribunal especial condenando a las empresas acusadas al pago de cuantiosas multas y a definir a la brevedad términos de servicio a los nuevos operadores sobre la base de criterios generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios.⁴ La medida no sólo beneficia a los nuevos operadores del mercado, sino que ha de incrementar la competencia en el mercado y, finalmente, redundar en beneficio a los consumidores.⁵

Para entonces, NeutralidadSI, la organización ciudadana que encabezó la demanda por una ley que garantizase la neutralidad de la red,⁶ acusaba a VTR Banda Ancha, el segundo operador del mercado local,⁷ de degradar los servicios de conexión a Internet cuando los usuarios hacían uso de sistemas P2P, que permiten el intercambio de archivos en línea. VTR negó las acusaciones, por su puesto. Sin embargo, de acuerdo a un estudio de redes de 2008, la compañía era una de las líderes mundiales en causar interrupción artificial de las conexiones de Internet, una reconocida práctica para desmejorar la calidad de los servicios.⁸

A pesar de las pruebas de interferencias de las comunicaciones, las empresas proveedoras no transparentaban la precariedad de sus servicios a los consumidores, hacían caso omiso a los reclamos y no intentaron la adopción de buenas prácticas u otro tipo de fórmulas de autorregulación. Por su parte, aunque existían decisiones judiciales, sus efectos eran limitados. Esto hizo que garantizar transparencia y calidad de los servicios se transformase en un asunto de preocupación del poder legislativo.

En 2007, con los principales prestadores locales de acceso a Internet cuestionados, se

2 CORTE SUPREMA, Case 6236-2006: Voissnet S.A. y Fiscalía Nacional Económica contra Compañía de Teléfonos de Chile, sentencia definitiva, 4 de julio de 2007.

3 SUBSECRETARÍA DE TELECOMUNICACIONES, Informe Sectorial: Telecomunicaciones en Chile (2013), pp. 12 y 13.

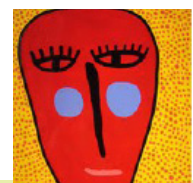
4 CORTE SUPREMA, Case 7781-2010: Fiscalía Nacional Económica contra Telefónica Móviles de Chile y otros, sentencia definitiva, 23 de diciembre de 2011.

5 SUBSECRETARÍA DE TELECOMUNICACIONES, Informe Sectorial: Telecomunicaciones en Chile (2013), p. 12

6 Ver <<http://www.neutralidadsi.org/>> (última visita: 8 de junio de 2013).

7 Según la Subsecretaría de Telecomunicaciones (2013), a fines del 2012, VTR controlaba el 21.0% de las líneas de telefonía fija, además de proveer servicios de acceso a Internet y televisión de pago.

8 AZUREUS VUZE, April 2008, First Results from Vuze Network Monitoring Tool Released on April 18, 2008: Revision to Appendix A, disponible en <torrentfreak.com/images/vuze-plugin-results.pdf> (última visita: 8 de junio de 2013).



introduce en el debate legislativo un proyecto que cristalizaría en la denominada ley de neutralidad de la red.⁹ Inicialmente concebida como una enmienda a la ley de protección al consumidor, terminó por concretarse en una modificación a la ley general de telecomunicaciones.¹⁰ En breve, la ley consagra la neutralidad de la red imponiendo a las concesionarias de servicio público de telecomunicaciones que prestan servicio a los proveedores de acceso a Internet y estos últimos una obligación de proveer información a los usuarios, y otra obligación a abstenerse de interferir en las comunicaciones de los mismos.

En cuanto a la obligación de informar, los operadores de redes mantendrán información en línea acerca de las características del servicio de acceso ofrecido, tal como su velocidad, calidad de conexión nacional e internacional, naturaleza y garantías del servicio.¹¹ Esta medida intenta mitigar la asimetría de información que usualmente aqueja a lo usuarios de Internet mediante el suministro de antecedentes básicos que empoderan a los consumidores para tomar decisiones tras ser realmente informados. Pero esta obligación de informar no es suficiente (Ver Carp et al., 2013), pues un prestador de servicio podría aún develar desvergonzadamente políticas que infringen la neutralidad de la red sin que el consumidor disponga de servicios alternativos. Aquí cobra relevancia la obligación de no intervenir.

La obligación a abstenerse de interferir exige a los operadores de redes que no bloqueen, interfieran, discriminen, entorpezcan ni restrinjan el derecho de un usuario de Internet a utilizar, enviar, recibir u ofrecer un contenido, aplicación o servicio a través de la red.¹² Tampoco podrán impedir a un usuario usar o incorporar dispositivos o equipamiento a la red, en cuanto sean legales y no ocasionen daños a la red o al servicio.¹³ Admite la ley, no obstante, que el servicio puede variar de acuerdo a las condiciones contratadas, pero esto no implica establecer una libertad contractual en cuanto a la no interferencia, sino simplemente reconocer la existencia de diversos anchos de banda y velocidades de conexión. En cualquier caso, el operador de redes debe proveer el servicio ofrecido y contratado al usuario. En otros términos, el prestador de acceso a Internet no puede interferir con el servicio contratado por el usuario.

El prestador de acceso a Internet puede, excepcionalmente, adoptar medidas de gestión de la red que contrarían el principio de neutralidad de la red, en dos circunstancias: primero, cuando la implementación de dichas medidas tienen por propósito mantener la seguridad de la red; y, segundo, a requerimiento de un usuario determinado.¹⁴ Un ejemplo de esto

9 Ley No. 20.453 que consagra el Principio de Neutralidad en la Red para los Consumidores y Usuarios de Internet, Diario Oficial 26 de agosto de 2010.

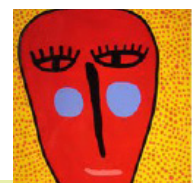
10 Para la historia legislativa, ver BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley No. 20.453 Consagra el Principio de Neutralidad en la Red para los Consumidores y Usuarios de Internet (2010).

11 Ley General de Telecomunicaciones, Art. 24 H d).

12 Ley General de Telecomunicaciones, Art. 24 H a).

13 Ley General de Telecomunicaciones, Art. 24 H b).

14 Ley General de Telecomunicaciones, Art. 24 H a).



último tiene lugar con la adopción de sistemas de control parental sobre contenidos en línea, los que, de hecho, el prestador de servicio está obligado a proveer a instancia de sus abonados.¹⁵ La autoridad nacional de telecomunicaciones está a cargo de supervisar, hacer cumplir, y reglamentar la aplicación de la ley.

Ciertas circunstancias hacían presagiar que la eficacia de la ley fuese reducida por las limitaciones propias de una legislación nacional, la ausencia de mecanismos para que el usuario no avezado se cerciorase de la calidad de su conexión a Internet, y las dudas sobre la decisión política de la autoridad de telecomunicaciones en hacer cumplir la ley. Afortunadamente, dichas circunstancias han sido proclives a la neutralidad de la red. Tras haber Chile adoptado la primera ley en la materia, diversos países de la región han aprobado también leyes de neutralidad de la red, incluidos Colombia, Ecuador, México y Perú, mientras Argentina y Brasil cuentan ya con proyectos de ley en discusión legislativa. La organización de la sociedad civil que lideró la iniciativa, NeutralidadSI, ha continuado monitoreando la implementación de la ley. Y, por su parte, la autoridad adoptó normas reglamentarias consistentes con la intención de la ley,¹⁶ inició acciones en contra de prestadores de servicios renuentes a cumplir con la ley,¹⁷ y lleva adelante, en conjunto con la Universidad de Chile, el proyecto Adkintun, que permite a los usuarios monitorear la calidad de acceso que les es provista.¹⁸

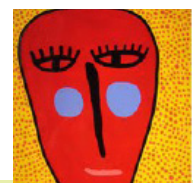
En Chile, la ley sobre neutralidad de la red ha contrarrestado la adopción de prácticas anti-competitivas por los principales operadores de redes locales y la deficiente protección a los usuarios de Internet en cuanto consumidores de servicios de telecomunicaciones. El Legislativo optó por adoptar una ley que garantizase cierta nivelación del mercado para fomentar la competitividad y, a la vez, protegiese los derechos de los consumidores. La ley garantiza la neutralidad de la red tanto a los proveedores de telefonía sobre Internet como a los usuarios de redes P2P y videojuegos en línea, al tiempo que impide a los operadores de redes discriminar las comunicaciones. La ley no asegura un derecho de acceso a Internet para todos, ni impide a los prestadores de servicio de Internet que cumplan con medidas decretadas por las autoridades competentes. La ley, sin embargo, ha clausurado el debate en torno a permitir la conformación de un mercado que priorice los servicios en líneas de unos sobre otros.

15 Ley General de Telecomunicaciones, Art. 24 H c).

16 Ver Decreto No. 368, Reglamento que Regula las Características y Condiciones de la Neutralidad de la Red en el Servicio de Acceso a Internet, publicado en el Diario Oficial el 18 de marzo de 2011; y, Resolución Exenta No. 6267, Fija Sentido y Alcance del Decreto No. 368, Reglamento que Regula las Características y Condiciones de la Neutralidad de la Red en el Servicio de Acceso a Internet, publicado en el Diario Oficial el 17 de noviembre de 2011.

17 La Nación, 17 de marzo de 2012.

18 Ver <<http://usuarios.adkintun.cl/>> (última visita: 8 de junio de 2013).



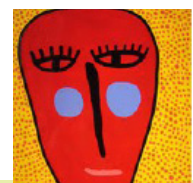
III. Un asunto de servicio

La experiencia de Chile pone de manifiesto cómo la neutralidad de la red constituye un problema relativo a la calidad del servicio, que mira a las condiciones y términos en que se ofrece acceso a Internet. Por un lado, la infracción a la neutralidad de la red obstaculiza el ingreso de operadores de servicios competitivos al mercado. Ello explica que empresas que proveen telefonía fija e Internet bloqueen o degraden el servicio provisto por competidores que ofrecen telefonía sobre Internet y, a su vez, quienes ofrecen acceso a Internet bloqueen o degraden los servicios de proveedores de contenidos. Por otro lado, la infracción a la neutralidad de la red daña también a los consumidores, que se ven impedidos de acceder a más y mejores servicios. La neutralidad de la red sería, en este sentido, un problema esencialmente de mercado.

Durante el reciente proceso de consultas que la Comisión Europea condujo en relación a la neutralidad de la red, la posición de varios países giró entorno a los efectos sobre el mercado de telecomunicaciones.¹⁹ Aunque el informe final reconoce prácticas cotidianas que aquejan la neutralidad de la red, también refleja la falta de consenso dentro de la Unión Europea en torno a qué regular. Algunos gobiernos expresaron que este sería un problema transitorio creado por la saturación de la actual infraestructura de telecomunicaciones, el cual sería superado con la nueva generación de redes. Otros gobiernos reconocieron que favorecer la discriminación en las comunicaciones no era nocivo en sí mismo, pues, de hecho, permitiría la conformación de un mercado de servicios diferenciados. En otros términos, las empresas podrían generar modelos de negocios sobre la base de priorización de transferencia de datos a través de las redes, si bien están impedidas de bloquear contenidos y aplicaciones. Pero aun quienes apoyaban la discriminación de las comunicaciones admitían que ello debía tener lugar con transparencia e información hacia los consumidores.

En Estados Unidos, la discusión en torno a la neutralidad de la red ha experimentado cambios significativos (Kimball, 2013). En 2005, la autoridad de telecomunicaciones adoptó la neutralidad de la red como su política. Sin embargo, al intentar hacerla efectiva en contra de Comcast por bloquear los servicios BitTorrent sufrió un serio revés judicial que cuestionó su competencia en la materia. Como resultado de ello, a fines de 2010 la autoridad modificó su política. Tanto los usuarios finales como los usuarios que proveen servicios o aplicaciones en línea tienen un derecho de información acerca de los servicios de acceso a Internet, un derecho a escoger el equipamiento que emplean para ello, y un derecho a enviar y recibir información en línea, de modo que el bloqueo queda prohibido. Sin embargo, queda permitida la “discriminación razonable” en la transmisión de tráfico lícito en red y la “razonable gestión de redes”, expresiones que permiten un amplio abanico de conductas, que incluyen desde hacer cumplir órdenes judiciales hasta ofrecer servicios de priorización de contenidos por pago. Estas flexibilidades son aún más laxas

19 Ver EUROPEAN COMMISSION, Information Society and Media Directorate-General, Report on the Public Consultation on ‘The Open Internet and Net Neutrality in Europe’, November 9, 2010.



para el mercado de acceso móvil a Internet.

La opción por dejar la definición del grado de neutralidad de la red al mercado, incluso si este es coadyuvado por herramientas tecnológicas (Zittrain, 2008), descansa en la clásica teoría de la mano invisible del liberalismo económico formulada por Adam Smith, conforme a la cual al promover sus propios intereses las personas inconscientemente promueven también el interés social. En este caso, bajo el supuesto de un mercado competitivo y la disponibilidad de adecuada información, todos los involucrados –proveedores de redes y de servicios, y los propios consumidores– al negociar para la consecución de su interés individual habrían de conseguir también un óptimo social sin la necesidad de hacer intervenir al estado, cuyo rol debe limitarse a resguardar el libre funcionamiento del mercado.

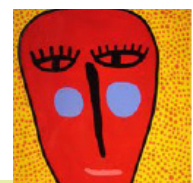
El inconveniente de dejar la definición del grado de neutralidad en la red (si alguno es permitido) a la mano invisible del mercado es, como lo ha expresado Joseph Stiglitz, Premio Nobel de Economía 2001, que dicha mano no funciona porque simplemente no existe. Por un lado, la pretendida transparencia funciona sobre la base de información, pero ésta es esencialmente asimétrica –en especial tratándose de servicios tecnológicos– o tiene efectos limitadísimos que se circunscriben a un grupo de usuarios avezados. Por otro lado, el presupuesto de un mercado perfecto, con plena competitividad, es ilusorio: en América Latina, el mercado de las telecomunicaciones es esencialmente monopólico y, en el mejor de los casos, un oligopolio, como sucede en Chile. Peor aún, una creciente tendencia a la integración vertical de servicios de redes, telefonía, contenidos y otros de valor agregado hace presagiar menor competitividad entre proveedores y condiciones más desventajosas para los consumidores.

Como quiera que fuese, lo cierto es que la mano invisible no funcionó en Chile. Ello explica en parte la adopción de la ley de neutralidad de la red. Sin embargo, hay una explicación adicional para entender la aprobación de tal ley que se sustenta en consideraciones distintas a las hasta aquí mencionadas: la neutralidad de la red es esencial para el pleno disfrute de los derechos humanos en el entorno en línea.

IV. Un asunto de derechos fundamentales

Adoptar normas en materia de neutralidad de la red es consistente con el derecho internacional de los derechos humanos. Este exige a los estados no sólo respetar ciertos derechos esenciales a la persona humana, sino también promover y proteger dichos derechos. Entre otras implicaciones, esto significa que los gobiernos deben adoptar medidas para que dichos derechos no sean violentados por funcionarios públicos ni por simples privados. Y no cabe duda de que los derechos humanos son plenamente aplicables en Internet.²⁰ De este modo si la conducta de un privado, tal como la discriminación en las comunicaciones

20 NACIONES UNIDAS. 2012. Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos. Resolución sobre la Promoción, Protección y Disfrute de los Derechos Humanos en Internet, UN Doc. A /HRC/20/L.13, 29 de junio de 2012.



electrónicas, afecta los derechos fundamentales de una persona, el estado debe intervenir para promover, proteger, y restablecer el respeto de dichos derechos.

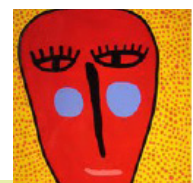
En el caso de Chile, el estado está obligado a proteger a las personas frente a la violación de sus derechos fundamentales garantizados constitucionalmente.²¹ La Constitución, además de listar ciertos derechos, ha incorporado las normas de derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno. Todavía más, la Constitución hace exigible dichos derechos no sólo respecto de los funcionarios públicos sino también de los privados. Y, a este efecto, sin perjuicio de otros mecanismos legales, la Constitución ha previsto una serie de acciones constitucionales que permiten acudir a la autoridad judicial para el restablecimiento de los derechos fundamentales, cuando se sufre privación, perturbación o amenaza en su ejercicio por actos u omisiones de actores públicos o privados. En otros términos, la Constitución provee eficacia horizontal a los derechos fundamentales.

La discriminación en las comunicaciones electrónicas no sólo infringe las leyes de libre competencia y de protección al consumidor. Más importante aún es que dicha discriminación, como veremos, infringe derechos fundamentales garantizados constitucionalmente. De ahí, entonces, que la adopción de normas sobre neutralidad de la red constituya una exigencia constitucional del deber del estado de proteger los derechos fundamentales de las personas. Esto es relevante en el caso de Internet, pues en último término éste es un entorno esencialmente privado. No privado en el sentido de excluir la injerencia de terceros, sino en el sentido de ser una infraestructura comunicacional controlada por entes privados. Pero, en Chile, a diferencia de países con otro régimen constitucional, la circunstancia de ser una infraestructura privada no es obstáculo para que los derechos fundamentales sean plenamente exigibles, incluso si quien les infringe no es un funcionario público.

La neutralidad de la red garantiza el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. De hecho, la Constitución asegura que las comunicaciones no podrán interceptarse sino en los casos y formas determinados por ley. Técnicamente, la interceptación de comunicaciones tiene lugar no sólo mediante la apropiación de éstas antes de que lleguen a su destino, sino también cuando son interrumpidas. Y, precisamente, las fórmulas más agresivas de violentar la neutralidad de la red tienen lugar a través del bloqueo de ciertas formas de comunicación, ya sea accediendo o no al contenido exacto de las mismas. Sin perjuicio de la responsabilidad criminal a que haya lugar, la neutralidad de la red impide a las empresas que proveen acceso a Internet bloquear las comunicaciones de sus abonados, ya sea impidiéndoles emitir o acceder a determinados sitios, contenidos, o aplicaciones.

La neutralidad de la red previene la violación del derecho a la vida privada. En efecto, ciertas prácticas de discriminación de las comunicaciones electrónicas se basan en la identificación de los usuarios o de sus cuentas de acceso, de modo que permite a las empresas determinar si tal usuario goza o no de autorización para acceder a un determinado

21 Constitución Política de la República de 1980, Arts. 5, 19, 20 y 21.



contenido o a una cierta funcionalidad de la red. Estas prácticas suponen el procesamiento de información personal relativa a patrones de conducta de los usuarios en Internet. Consiguientemente, dichas prácticas pueden implicar la violación de los derechos a la vida privada y a la adecuada protección de los datos personales de los internautas. La neutralidad de la red previene dicha violación al impedir a las empresas proveedoras de acceso a Internet discriminar entre sus abonados para determinar quiénes tienen o no privilegios para hacer determinados uso de la red, acceder a ciertos contenidos o aplicaciones.

Todavía más, la neutralidad de la red evita la discriminación arbitraria de las empresas que brindan acceso a Internet hacia los usuarios. Aunque en principio la discriminación está orientada a bloquear, degradar o priorizar servicios antes que personas determinadas, lo cierto es que en la medida en que ciertos servicios tienen usuarios preferenciales el acto de discriminación les castiga a ellos antes que a los servicios mismos. Así, por ejemplo, el bloqueo de servicios de redes P2P por VTR Banda Ancha castigaba preferentemente a usuarios de videojuego en línea y servicios de descarga de archivos. Eran éstos y no otros los usuarios que experimentaban mayor discriminación en la prestación de servicios. Ni hablar de fórmulas más groseras de violentar la neutralidad de la red como aquéllas han tenido lugar en Estados Unidos, donde la prestación de servicios ha sido degradada a quienes articulan mensajes antigubernamentales.

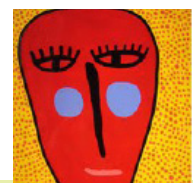
En el caso de Chile, bajo la influencia del liberalismo económico, la Constitución asegura el derecho a desarrollar actividades económicas en tanto no sean contrarias a la moral, al orden público o a la seguridad nacional.²² Este derecho al emprendimiento empresarial se ve seriamente menoscabado cuando los operadores de redes obstaculizan el empleo de las mismas para prestar servicios legítimos, tales como telefonía sobre Internet, telefonía móvil virtual, servicios de videojuego en línea u otros similares. La neutralidad de la red contribuye a brindar la apertura necesaria para el desarrollo de actividades económicas que, bajo otras circunstancias, serían sofocadas por los operadores de las redes.

En suma, la ley de neutralidad de la red no sólo resguarda el adecuado funcionamiento del mercado y la protección de los derechos de los consumidores, sino que también contribuye a la protección de diversos derechos fundamentales previstos tanto en instrumentos internacionales de derechos humanos como en las disposiciones de derecho constitucional interno. De todos ellos, sin embargo, el más paradigmático es la libertad de expresión.

V. Neutralidad de la red como garantía a la libertad de expresión

Internet es hoy esencial para el goce efectivo de la libertad de expresión. Así lo ha puesto de manifiesto el reciente informe de Frank La Rue, relator especial de Naciones Unidas

22 Constitución Política de la República de 1980, Art. 19 núm. 21.



sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión.²³ Según éste, Internet amplía la capacidad de las personas para disfrutar del derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, ese potencial está en riesgo. El propio informe critica y formula sugerencias para prevenir la censura estatal así como el control privado sobre Internet por sus perniciosos efectos sobre la libertad de expresión.

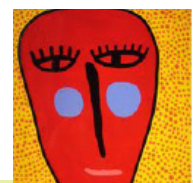
Internet mejora el goce efectivo de la libertad de expresión. Por un lado, facilita el acceso a información de un modo sin precedentes en la historia del hombre. Por el otro lado, reduce los costos de difundir las propias ideas y opiniones, sorteando las trabas de la censura estatal, las limitaciones del espectro radioeléctrico, los altos costos de producción y distribución de los medios de comunicación tradicionales, entre otros. Para que dicho potencial se concrete es necesario disponer de una neutralidad de la red que impida a las empresas que proveen acceso a Internet “privatizar la red”, en el sentido de transformar ésta verdadera plaza pública en un canal privado de televisión.

La discriminación en las comunicaciones electrónicas amenaza la libertad de expresión. Por un lado, limitando la experiencia de los usuarios al permitirles acceder sólo a los contenidos previamente aprobados por los proveedores de acceso a Internet, como sucede en Guatemala donde los abonados a telefonía móvil sólo pueden acceder a Facebook o al reducido número de sitios previamente permitidos por las compañías. Por otro lado, fórmulas más agresivas de discriminación permiten la verdadera censura privada de contenidos, como ha sido denunciado en Estados Unidos, donde las operadoras han bloqueado la comunicación de mensajes de la oposición política.

Inclusive fórmulas menos agresivas de segregación de las comunicaciones, como la priorización de servicios, resultan lesivas a la libertad de expresión. Dejando a un lado la dificultad para establecer los deslindes de una supuestamente legítima priorización, un mercado para servicios priorizados de pago no sólo cerraría oportunidades para servicios competitivos sino también para todos aquéllos incapaces de lograr acuerdo con los operadores de redes para obtener prioridad en sus comunicaciones. Y entre tales perdedores se contarían los medios de comunicación independientes, las organizaciones de la sociedad civil y las comunidades de software y contenidos libres o abiertos (Felczak, 2013). Los perdedores quedarían relegados a los márgenes de la Internet, a un medio de comunicación de segunda clase por su simple incapacidad de pagar extra para hacerse oír.

La estrecha conexión entre la neutralidad de la red y la libertad de expresión no es nueva. En Estados Unidos, Dawn Nunziato (2009) ha puesto de manifiesto la relación entre el poder de las empresas proveedoras de acceso a Internet para discriminar comunicaciones y sus efectos en el ejercicio de la libertad de expresión por los ciudadanos (véase también Wu, 2011). Las limitaciones de la Constitución estadounidense, sin embargo, impiden hacer una demanda directa por violación a la libertad de expresión por dichos operadores privados. De ahí el llamado al Congreso a adoptar una ley que garantice la

23 NACIONES UNIDAS. 2011. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank LA RUE. UN Doc. A/HRC/17/27, 16 de mayo de 2011.



neutralidad de la red.

La relevancia constitucional de la práctica de medidas que infringen la neutralidad de la red y su afectación a la libertad de expresión es más evidente en Chile. Como ya se ha mencionado, Chile dispone de un sistema constitucional en que los derechos fundamentales tienen efectos horizontales, esto es, deben ser respetados tanto por los funcionarios públicos como por los privados, lo que incluye a las empresas que prestan el servicio de acceso a Internet. Este sistema constitucional es prevalente en América Latina, donde, por consiguiente, la neutralidad de la red puede ser articulada como una acción constitucional en demanda del respeto a la libertad de expresión, así como de otros derechos fundamentales. Esto no obsta, por cierto, a la necesidad de disponer de una norma legislativa en la materia que desarrolle los mandatos abstractos y generales del constituyente en reglas más certeras y precisas y que prevea un mecanismo de supervisión más eficiente que el constitucional.

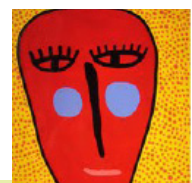
Las implicancias de la neutralidad de la red para la libertad de expresión estuvieron también presentes en el debate legislativo en Chile. Aunque con menor frecuencia que la alusión a los derechos de los usuarios de Internet o de los consumidores de servicios de acceso, las actas de la discusión legislativa consignan la continua alusión a la libertad de expresión, el libre uso de los medios tecnológicos, el libre acceso a los contenidos, y hasta la ley se refiere a la “libertad de utilización de los contenidos, aplicaciones o servicios que se presten a través de Internet”.²⁴ Aunque menos vocalizado que su impacto en el funcionamiento del mercado o la protección de los consumidores, en el debate estaba presente el hecho de que la neutralidad de la red trae aparejado positivos efectos para el ejercicio de la libertad de expresión, así como de otros derechos fundamentales en la red.

En Chile, la deliberada opción legislativa a favor de la neutralidad de la red obedece tanto a consideraciones relativas a la competitividad del sector de telecomunicaciones y la protección a los consumidores como a una política de respeto, promoción y protección de los derechos fundamentales, particularmente de la libertad de expresión. En este contexto, que la discriminación en las comunicaciones electrónicas fuese ejercida por empresas proveedoras de acceso de Internet y no por el gobierno resultaba irrelevante, pues tanto unos como otros están obligados a respetar los derechos fundamentales por imperativo constitucional.

VI. A modo de conclusión

Internet ha sido exitosa en parte debido a su carácter de red de comunicaciones abierta; sin embargo, en los años recientes, tal apertura es amenazada, entre otras razones por las prácticas de discriminación de comunicaciones que las empresas proveedoras de acceso a Internet ejecutan. Dichas prácticas infringen la neutralidad de la red.

²⁴ Ley General de Telecomunicaciones, Art. 24 J.



Para prevenir la infracción a la neutralidad de la red, Chile adoptó una ley sobre la materia que, básicamente, impone a los prestadores de servicio las obligaciones de suministrar información a los usuarios y de abstenerse de interferir en las comunicaciones. Dicha ley tiene por precedentes prácticas de los operadores locales de telecomunicaciones que segregaban las comunicaciones electrónicas, en perjuicio de la libre competencia en el mercado y de los derechos de los consumidores.

La adopción de una ley de neutralidad de la red en Chile, sin embargo, no sólo se justifica en la competitividad del mercado y la protección de los consumidores, sino que, especialmente, en un sistema constitucional que hace exigible el respeto de los derechos fundamentales tanto a los funcionarios públicos como a los actores privados, incluidos los prestadores de servicios de acceso a Internet. Y precisamente porque la violación a la neutralidad de la red amenaza o transgrede diversos derechos fundamentales, incluido el derecho a la libertad de expresión, ha sido necesario adoptar una ley que evite que las empresas que proveen acceso determinen qué, quiénes, y cómo pueden circular la información a través de Internet.

Referencias citadas

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (Chile), *Historia de la Ley No. 20.453 Consagra el Principio de Neutralidad en la Red para los Consumidores y Usuarios de Internet* (2010).
- CARP Jeremy, KULKARNI Isabella, and Patrick SCHMIDT (2013), "Transparency, Consumers, and the Pursuit of an Open Internet: A Critical Appraisal", en Zack STIEGLER (ed.), *Regulating the Web: Network Neutrality and the Fate of the Open Internet*. Maryland, Lexington Books, pp. 49-69.
- FELCZAK, Michael (2013) "Visions of Modernity: Communication, Technology, and Network Neutrality in Historical Perspective", en Zack STIEGLER (ed.), *Regulating the Web: Network Neutrality and the Fate of the Open Internet*. Maryland, Lexington Books, pp. 11-31.
- GOLDSMITH Jack and Tim WU (2008), *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*. New York, Oxford University Press.
- KIMBALL Danny (2013), "What We Talk about When We Talk about Net Neutrality: A Historical Genealogy of the Discourse of "Net Neutrality", en Zack STIEGLER (ed.), *Regulating the Web: Network Neutrality and the Fate of the Open Internet* Maryland, Lexington Books, pp. 33-48.
- NUNZIATO Dawn C., (2009) *Virtual Freedom: Net Neutrality and Free Speech in the Internet Age*. California, Stanford University Press.
- ROSEN Jeffrey y Benjamin WITTES (ed.) (2011), *Constitution 3.0: Freedom and Technological Change*. Washington, Brookings.
- ROSEN, Jeffrey (2011) "The Deciders: Facebook, Google, and the Future of Privacy and Free Speech", en Jeffrey ROSEN y Benjamin WITTES (ed.), *Constitution 3.0: Freedom and Technological Change*, Washington, Brookings, pp. 69-82.
- STIEGLER Zack (ed.) (2013) *Regulating the Web: Network Neutrality and the Fate of the Open Internet* Maryland, Lexington Books, 2013.
- WU, Tim (2003) *Network Neutrality, Broadband Discrimination*, Journal of Telecommunications and High Technology Law, Vol. 2, 2003, pp. 141-179.
- WU, Tim (2011) *Is Filtering Censorship? The Second Free Speech Tradition*, en Jeffrey ROSEN y Benjamin WITTES (ed.), *Constitution 3.0: Freedom and Technological Change* (Washington, Brookings, pp. 83-99.
- ZITTRAIN, Jonathan (2008): *The Future of the Internet: And How to Stop It*. New Haven, Yale University Press.

