



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Procesal

**LA NEUTRALIDAD EN LA RED Y LOS FUNDAMENTOS DE SU
APLICACIÓN COMO PRINCIPIO GENERAL EN EL DERECHO.**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

AUTORES: Paula Fernanda Morales Espinoza – Mario Esteban Pérez
González.

PROFESOR GUÍA: Dr. Salvador Millaleo Hernández.

Santiago, Chile

2015

*Queremos agradecer a nuestros padres por su apoyo incondicional,
a nuestro profesor guía por sus trabajo y paciencia,
a nuestros amigos y familiares por los ánimos que nos han
brindado durante todo este proceso de investigación y
redacción del presente trabajo, y a todos aquellos que
nos han apoyado y permitido culminar esta etapa
de nuestras vidas.*

TABLA DE CONTENIDOS

	Pág
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I. CONCEPTO Y ORÍGENES DE LA NEUTRALIDAD.	
1.- Generalidades	8
1.1.-Cómo funciona internet.....	9
1.1.1.- TCP/IP	10
1.1.2.- Servidores y páginas web	11
1.1.3.- El End to End.....	12
1.2.- Servicios que ofrece internet	13
2.- Orígenes de la neutralidad de la red	15
2.1.- Antecedentes.....	15
2.2.- Intentos normativos	18
2.3.- No todo es brillante en internet	22

2.4.- Concepto de neutralidad en la Red	26
2.5.- Neutralidad y libertad de expresión	32
3.- Casos relevantes/atingentes	37
3.1.- El inicio de las legislaciones	40
4.- El debate	41
4.1.- Posturas a favor	47
4.2.- Posturas en contra	49

CAPÍTULO II. LA NEUTRALIDAD EN LA RED COMO PRINCIPIO JURÍDICO.

1.- Neutralidad en la red: ¿un principio jurídico?	54
1.1.- Los principios jurídicos	54
2.- Análisis	57
3.- La neutralidad en la red como principio jurídico	67

CAPÍTULO III. EL PRINCIPIO DE LA NEUTRALIDAD EN LA RED EN LOS ÚLTIMOS FOROS INTERNACIONALES.

1.- Generalidades	75
2.- Encuentro Global sobre el futuro de la Gobernanza en Brasil.....	77

2.1.- Antecedentes.....	77
2.2.- El foro NetMundial	79
2.2.1.- El informe del Encuentro Global sobre el Futuro de la Gobernanza en Internet, Brasil 2014	81
2.2.2.- El principio de neutralidad en la red en el informe del Encuentro Global sobre el Futuro de la Gobernanza en Internet, Brasil 2014	90
3.-Foro multilateral de la Gobernanza en Internet (IGF) 2014, en Estambul ..	93
3.1.- Antecedentes.....	93
3.1.1.- Conexión de la ONU.....	96
3.1.2.- El párrafo 72 de la Agencia de Túnez.....	97
3.2.- El foro IGF 2014	99
4.- La Coalición Dinámica en la Neutralidad en la Red (DCNN)	108
4.1.- Objetivos.....	110
4.2.- Marco modelo de neutralidad en la red	112
5.- Importancia de los Foros Multilaterales	125

CAPÍTULO IV. SITUACIÓN NORMATIVA DEL PRINCIPIO DE LA NEUTRALIDAD EN LA RED EN EL DERECHO COMPARADO

1.- Generalidades	130
-------------------------	-----

2.- Brasil	131
2.1.- Antecedentes.....	131
2.2.- Proceso Legislativo.....	134
2.3.- La neutralidad en la red en el Marco Civil de Internet	140
3.- Chile	152
3.1.- Antecedentes.....	152
3.2.- Proceso Legislativo.....	161
3.2.1.- Primer trámite constitucional: Cámara de Diputados.....	161
3.2.2.- Segundo trámite constitucional: El Senado	172
3.2.3.- Tercer trámite constitucional: Cámara de Diputados	180
3.2.4.- Trámite de finalización: Cámara de Diputados	181
3.3.- La Ley 20.453, que consagra el principio de neutralidad en la red para los consumidores y usuarios en internet	182
4.- Estados Unidos	193
4.1.- Proceso normativo de la neutralidad en la red al alero de la FCC y la jurisprudencia estadounidense	193
4.2.- Votación de la FCC que define la naturaleza de internet y sus implicancias	200
5.- Unión Europea.....	205

5.1.- La neutralidad en la red en la Unión Europea	205
5.2.- Marco Regulatorio	209
5.3.- Continuidad del debate.....	221
6.- Análisis comparativo y general del principio de la neutralidad en la red en los modelos de Brasil, Chile, Estados Unidos y la Unión Europea	226
CAPÍTULO V. PERSPECTIVAS DE LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO Y PROXIMIDADES FUTURAS DE LA NEUTRALIDAD EN LA RED.	
1.- La Neutralidad en la red como fenómeno evolutivo.....	239
2.- Temáticas futuras en relación a la neutralidad en la red	240
2.1.- ¿Qué ha señalado la doctrina?.....	241
2.2.- ¿Qué se ha señalado en los encuentros Multistakeholder?	262
CONCLUSIONES	269
BIBLIOGRAFÍA	288
ANEXO: GLOSARIO	309

INTRODUCCIÓN

El explosivo crecimiento que ha experimentado internet en los últimos años producto del aumento de aplicaciones que demandan recursos y el crecimiento exponencial de usuarios, ha generado que los operadores deban emplear herramientas de gestión de tráfico para dar un servicio continuo en caso de congestión en la red, con la finalidad de mantener un nivel de calidad óptimo para los usuarios y combatir las amenazas contra la seguridad. Sin embargo, este tipo de prácticas abren también la puerta a ciertas conductas por parte de los proveedores de acceso a internet que pueden eventualmente considerarse anticompetitivas, discriminatorias e injustificadas.

En efecto, esta innegable injerencia de internet en el desarrollo de la sociedad actual sobre los aspectos más elementales y cotidianos del ser humano respecto de su arista social, cultural, económica, e incluso, desarrollo personal, ha generado ingente debate respecto de su tratamiento y entrega de tales servicios a sus usuarios. Ya no resulta para nadie desconocido el protagónico rol que juega la internet, así como todas las tecnologías de información y comunicación (TIC) en el desarrollo de la comunidad moderna. Por ello ya en el año 2003, el Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi

Annan en su discurso inaugural de la primar fase de la WSSI (cumbre mundial sobre la sociedad de la información) que tuvo lugar en Ginebra, indicó *“Las tecnologías de la información y la comunicación no son ninguna panacea ni fórmula mágica, pero pueden mejorar la vida de todos los habitantes del planeta. Se dispone de herramientas para llegar a los Objetivos de Desarrollo del Milenio, de instrumentos que harán avanzar la causa de la libertad y la democracia y de los medios necesarios para propagar los conocimientos y facilitar la comprensión mutua”*¹.

Considerando, en consecuencia, el papel crucial que desempeña internet en la sociedad para la creación y difusión de la información, es natural que se haya generado una fuerte pugna entre intereses públicos y los intereses privados. Por ello, la sociedad civil y los gobiernos han buscado adoptar mecanismos de regulación que intente de alguna manera armonizar ambas posiciones. En este sentido, desde hace ya un tiempo se ha instalado, y con gran fuerza, el concepto de *net neutrality* que, para algunos, se refiere a la necesidad de asegurar el carácter abierto de internet, preservando el acceso libre y no discriminatorio de los usuarios a los contenidos, aplicaciones o servicios disponibles en internet. Como ejemplo de esta concepción, Tim Berners-Lee, el creador de la web, la define como: “Si yo pago para conectarme

¹ Anón. 2011. Tecnologías de información y comunicación. [En línea]. <<http://masterg1.wordpress.com/2011/11/18/tecnologias-de-informacion-y-comunicacion/>>. [Consulta: 12 de Abril de 2015].

a la red con una cierta calidad de servicio, y tú pagas para conectarte con esa misma calidad de servicio o una calidad superior, entonces podemos comunicarnos en ese nivel de servicio”². Expresado de otra manera, La neutralidad en la red, se refiere a que los protocolos que interconecta la gran red de computadores (internet) sólo se encarguen de transportar la información de manera eficiente de un punto a otro **sin discriminar respecto del contenido** o de la información que circule. Existirá, por lo tanto una neutralidad técnica.

Vista la neutralidad en la red de esta forma, cabe indicar que ésta se ha perfilado como uno de los grandes principios sobre el cual se ha construido internet hasta nuestros días, y se expresa básicamente en que **todo lo que se transmite en la red se transmita de la misma forma para sus usuarios, sin discriminar ni distinguir el contenido de los paquetes ofrecidos y entregados**. No es menor aquello de conceder a la neutralidad en la red la naturaleza de *principio jurídico*, pues ello obedece a una idea de una meta-regla, trascendente al derecho, y que debe regir en todo ámbito de regulación o política aplicada a internet, no como un imperativo legal de corriente al positivismo, sino como un axioma que plasma una valoración de justicia en la sociedad, no rígida, y que se adapte a las necesidades de la comunidad

²Anón. 2008. Negras nubes sobre la neutralidad en la red: 2da parte. [En línea]. <<http://espaciosintempo.wordpress.com/tag/internet/>>. [Consulta: 13 de Abril de 2015].

moderna. Esta cualidad de principio, es lo que permitiría mantener una triple función de, primero, dirección por cuanto guía a los órganos públicos en la elaboración de la legislación y regulación en esta materia, segundo, interpretación por cuanto constituye un firme asidero en la fijación del sentido y alcance de normas, protocolos y reglamentos relacionados con la neutralidad en la red, y tercero, integración por cuanto permite suplir las insuficiencias de las normas escritas.

Sin embargo, frente a la necesidad de garantizar el principio de la neutralidad en la red, se ha levantado un ingente debate de posturas en relación a la necesidad de su aplicación, fijación de su contenido, ámbito de regulación, repercusión en la sociedad, repercusión en el producto mismo de internet, repercusiones económicas, impacto futuro en las redes, impacto en los proveedores y usuarios, cuestionando desde múltiples aristas la implementación de este principio como un imperativo a seguir, más aún si no existe consenso siquiera en la determinación conceptual de la voz “*net neutrality*”.

Las determinaciones acerca de la regulación sobre internet, más bien conocida como gobernanza de internet, superan las barreras de lo nacional por cuanto este servicio se ha perfilado como un innegable producto universal en

que cualquier persona o usuario en cualquier parte del mundo puede acceder a sus beneficios con una inmediatez temporal sin precedentes. Este verdadero fenómeno global, ha hecho que tanto los usuarios, como académicos, políticos, autoridades y actores de todo tipo se reúnan y organicen en foros de carácter internacional para discutir estos temas tan controvertidos e ir generando consenso como comunidad internacional.

Producto de esta naturaleza internacional que ha presentado internet es que resulta importante abordar el tratamiento jurídico que se la ha dado al principio de neutralidad en la red en algunos modelos del derecho comparado, sin perder de vista por supuesto el caso de Chile, no por tratarse de nuestro derecho, sino por tratarse del primer país en el mundo en regular positivamente el principio de una red neutral, todo lo cual, claramente nuestro modelo ha constituido un precedente de la mayor relevancia en el concierto internacional. Además resulta importante analizar los casos de la regulación o tratamiento de este principio en los países o actores en que ha tenido mayor impacto y desarrollo.

Dicho lo anterior, este trabajo desarrollará en un primer Capítulo la delimitación y alcances conceptuales que ha presentado la neutralidad en la red, sus discusiones y posturas más relevantes del debate en torno a los

mismos temas. Luego, en un segundo Capítulo se describirá el sentido y alcance de los principios jurídicos para posteriormente fundamentar al fenómeno de la neutralidad en la red como principio y no como una mera regla normativa sea positiva o consuetudinaria. En el tercer Capítulo se desarrollará el fenómeno de los foros internacionales sobre materias de gobernanza en internet, señalando cuáles son los temas y consensos que allí se han generado, y asimismo, se dará cuenta de la relevancia de estos foros para la comunidad internacional. En el cuarto Capítulo expondremos el derecho comparado, sus antecedentes que contextualizan la situación de la neutralidad en la red, el tratamiento de discusión parlamentaria de ser el caso y los textos normativos que presentan estos modelos (que por su relevancia corresponderán a los casos de Brasil, Chile, Estados Unidos y la Unión Europea). En el quinto y último Capítulo se desarrollará la neutralidad en la red como un fenómeno evolutivo, dejando en claro al lector que el tema que es objeto de este trabajo de investigación no presenta verdades absolutas, por el contrario, a pesar de los esfuerzos de delimitar consensos, sigue generando grandes controversias tanto en su definición, interpretación, consecuencias sociales, económicas y culturales, como la necesidad de consagrar o no la neutralidad en la red en normas positivas, para luego exponer lo señalado por la doctrina acerca de las problemáticas futuras que se prevén en materia de neutralidad en la red. Finalmente se desarrollará un análisis conclusivo de las materias tratadas que a

juicio de estos autores resultan relevantes aportar al derecho informático.

CAPÍTULO I

CONCEPTO Y ORÍGENES DE LA NEUTRALIDAD DE LA RED

1.- Generalidades: Internet y su importancia

Internet es la red de comunicaciones más libre que existe. Todas las libertades son ejercidas en ella y si bien se trata de regularla, la mayoría de los intentos perecen en la práctica, constatando que se enfrentan a una realidad en constante cambio, innovación y libertades.

No obstante esto, esta realidad “incontrolable” en los países democráticos³⁻⁴, es siempre objeto de miradas recelosas. Los objetivos de diversos grupos han visto en internet ciertos elementos que son de su interés

³Países autoritarios como China, Irán y en su momento Egipto, controlan el acceso de sus ciudadanos a ciertos contenidos en la red, para mantener a la población controlada. En el caso egipcio, el régimen de Hosni Mubarak trató infructuosamente de controlar la información a la que podían acceder los egipcios, llegando incluso al bloqueo total de Internet para los 83 millones de habitantes del país del Nilo, tratando de apaciguar las revueltas ya conocidas por todos. *Egipto desaparece del mapa de Internet*, en <http://www.elpais.com/articulo/internacional/Egipto/desaparece/mapa/Internet/elpepuint/20110128/elpepuint_7/Tes> [Consulta: 11 de Junio de 2014].

⁴ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha subrayado la importancia de la relación existente entre la democracia y la libertad de expresión, asunto que se detalla en el Informe Anual de la Relatoría Para La Libertad de Expresión del año 2009, página 225, párrafo 8. Este texto se encuentra disponible en <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/Informe%20Anual%202009%201%20ES.P.pdf>> [Consulta: 22 de Septiembre de 2014].

controlar, tales como económicos, políticos, sociales, etc. Es que internet ha cobrado tal fuerza que lo que se transmite a través de esta red se sabe cómo empieza (a veces) pero nunca se puede saber a priori cual será el impacto final que tendrá. Ciertas agrupaciones podrían tener intereses en desviar la atención de ciertas informaciones o contenidos privilegiando otros más acordes a sus ideas, valores o meras aspiraciones económicas⁵. El peligro de esto, ante millones de internautas⁶ es que tales temores se vuelvan realidad.

1.1.- Cómo funciona Internet

Previo a adentrarnos en el estudio del tema que nos impulsa a efectuar esta memoria, es necesario comprender el espacio en el cual se desarrolla, y es por este motivo por el que expondremos someramente acerca del funcionamiento de internet⁷.

⁵Solo un ejemplo, el supuesto caso de concertación entre Google y Verizon, en <<http://www.fayerwayer.com/2010/08/google-y-verizon-amenazan-el-principio-de-la-neutralidad/>> y <<http://www.nytimes.com/2010/08/05/technology/05secret.html>>. [Consulta: 9 de Septiembre de 2014].

⁶ En Chile, según estadísticas de la SUBTEL, a Junio del 2014 los accesos a Internet fijo y móvil llegan a 9,9 millones, alcanzando una penetración en los hogares de 56%. Datos disponibles en <http://www.subtel.gob.cl/attachments/article/5382/ppt_series_junio_2014.pdf>. [Consulta: 9 de Septiembre de 2014].

A nivel internacional, Internet Society estima que para 2015 habrá un número aproximado de 3 mil millones de usuarios de internet, en su Informe Global de Internet 2014 disponible en <<http://www.internetsociety.org/es/doc/informe-global-de-internet-2014-resumen-ejecutivo>>. [Consulta: 9 de Septiembre de 2014].

⁷ Para quien desee profundizar, recomendamos el texto ¿Cómo funciona internet? Nodos críticos desde una perspectiva de los derechos. Guía para periodistas. Disponible en la página web

Para comenzar, podemos definir y entender internet como un sistema de redes de dispositivos computacionales conectados⁸ a nivel mundial, que pueden intercambiar información entre ellos. Esta comunicación es posible llevarse a cabo porque tales dispositivos se encuentran unidos a través de una conexión, la cual puede ser telefónica, por cable u otro tipo, y porque utilizan un lenguaje o protocolo común, el TCP/IP.

1.1.1.- TCP/IP

El protocolo TCP/IP son unas normas que nos dicen cómo tienen que viajar los datos por la red. Para conectarnos se realiza por medio de un ISP⁹, el cual nos asigna un número IP¹⁰, gracias a lo cual, cada computador conectado a la red puede ser identificado y comunicarse con otros. Las otras normas o protocolos de internet son las llamadas TCP¹¹. El TCP tiene como misión dividir los datos en paquetes. Al llegar los paquetes a su destino, nuevamente se activa el protocolo TCP, comprobando el archivo y comparándolo con el

<<http://www.areatecnologia.com/informatica/como-funciona-internet.html>> y la página <<http://www.quees.info/que-es-una-pagina-web.html>> [Última visita 12/08/2014] que fueron los textos bases de este párrafo. [Consulta: 9 de Septiembre de 2014].

⁸ PEÑA, P. 2013. ¿Cómo funciona internet? Nodos críticos desde una perspectiva de los derechos. Guía para periodistas. Santiago, ONG Derechos Digitales. p.8

⁹ Ver Anexo.

¹⁰ Ídem.

¹¹ Ídem.

original. Cualquier computador simplemente al conectarse a internet cumple los protocolos TCP/IP para enviar y/o recibir información.

En resumen IP identifica a los ordenadores dentro de la red y TCP nos dice como se envía y recibe la información entre los computadores.

1.1.2.- Servidores y Páginas Web

Los servidores (computadores conectados en la red al servicio de los usuarios) normalmente en vez de identificarse con su IP se identifican con un nombre de dominio más el del dominio genérico de primer nivel (dos o tres letras) para indicar la información que contiene el servidor o la zona geográfica a la que pertenece y ambos separados por un punto para que sea más fácil llegar a ellos.

Las páginas web son un tipo de archivos escritos con un código (lenguaje) especial llamado HTML¹². La información que hay en internet, por ejemplo los sitios web, se alojan en un servidor web [o host] y el espacio donde se aloja la web se llama hosting. Para acceder a la información que proporcionan las páginas web se hace a mediante un navegador, el cual es un programa que es capaz de ir al ordenador o servidor donde esta la página web alojada y extraer la información que hay en los servidores de internet escrita en

¹² Ídem.

lenguaje HTML (archivos web), para recibirla en nuestro computador, interpretarla y poder visualizarla.

Http es el protocolo (normas) que se usa para acceder a páginas web y “www” (World Wide Web) es el servicio de consulta de páginas web. Por eso siempre tenemos que escribir esto en el navegador y luego el dominio.

1.1.3.- El “End to End”

El principio del end to end, o extremo a extremo, es uno de los principios estructurales de la red, el cual establece que las funciones de las aplicaciones basadas en Internet deben residir en los extremos de la red y no dentro de ella. Permite a los nodos de la red enviar paquetes a todos los demás nodos sin necesidad de elementos de red intermedios para mantener información de estado acerca de la transmisión¹³. Lo que esto significa es que Internet fue creado como una red "tonta", con dispositivos "inteligentes". La red tonta no interfiere con el funcionamiento de una aplicación, ni es sensible a las necesidades de una aplicación, y de esta manera trata a toda la información enviada a través de ella como iguales¹⁴.

¹³ DALY, A. 2010 Regulatory approaches to net neutrality in Europe and beyond. En: 1st PhD seminar of the International Telecommunications Society, hosted by the Centre for Communication, Media and Information Technologies, Aalborg University in Copenhagen 11-12 September 2010. Pág. 2

¹⁴ Ídem.

1.2.- Servicios que ofrece Internet

Internet, al ser una red libre y de evolución constante, nos ofrece una gran variedad de servicios y constantemente van apareciendo nuevos productos. Expondremos brevemente algunos de estos servicios de internet, a fin de que el lector tenga presente cuáles son los servicios que protege la neutralidad de la red:

a) Páginas Web: Una página web se define como un documento electrónico el cual contiene información textual, visual y/o sonora que se encuentra alojado en un servidor y puede ser accesible mediante el uso de navegadores. Una página web forma parte de una colección de otras páginas webs dando lugar al denominado sitio web el cual se encuentra identificado bajo el nombre de un dominio¹⁵.

b) Correo Electrónico: este servicio permite enviar y/o recibir documentos de texto y multimedia (imagen, sonido, etc.). Hay que especificar la dirección del destinatario y del remitente.

¹⁵ QUEES.INFO. Explicación y definición de una página web. [En línea] <<http://www.quees.info/que-es-una-pagina-web.html>>. [Última visita 12/08/2014].

c) Transferencia de Archivos FTP: Es un servicio que sirve para enviar archivos desde un computador a otro de manera rápida, sobre todo para subir páginas web.

d) Telefonía IP: también llamado Volp, voz sobre Ip. Permite tener una conversación por vía telefónica a través del computador. El más famoso es Skype.

e) Redes P2P: permite comunicarse dos computadores directamente, uno de ellos cede un archivo y el otro lo recibe. La red más famosa P2P es el Emule con el que mucha gente baja películas, documentos, etc.

También gracias a internet tenemos mensajería instantánea, videoconferencias, redes sociales, etc.

Lo importante de estos servicios, y que conectan directamente con la neutralidad de la red, es que varios de los servicios recién mencionados pueden ser manipulados por los ISP, revisando correos electrónicos, eliminando contenidos, y dando prioridad a ciertos archivos, lo que se traduce en un internet más rápido para unos que para otros, tema en el que profundizaremos más adelante.

2.- Orígenes de la neutralidad de la red

2.1.- Antecedentes

En orden a efectuar un análisis completo acerca de la neutralidad de la red, no podemos comenzar con ello sin referirnos en primer término a sus antecedentes. No ahondaremos en toda la historia que influyó en este principio, lo que resultaría demasiado extenso y engorroso, puesto que incluye normas de telecomunicaciones y hechos que las motivaron, sin embargo, nos referiremos algunas normas que se consideran como bases de este principio, y a los aspectos más recientes¹⁶.

Los antecedentes de principio se remontan mucho antes de la creación de internet, a la época del telégrafo.¹⁷ Así, en el año 1860, una ley federal de

¹⁶ Es importante tener claro que la neutralidad de la red como tal es propia de internet, y lo que trata de recoger este principio es en cierta forma un regreso a lo que era la red en sus inicios, el “end to end”, es decir, una transmisión imparcial de los paquetes de datos, sin priorizar o bloquear por origen, contenido o destinatario.

¹⁷ Según Javier de la Cueva, en el Reino Unido también se podrían encontrar los orígenes de la neutralidad de la red, ello en base al Railway Act de 1844 que reguló condiciones mínimas en el transporte de pasajeros por ferrocarril, y lo relevante de esto es que dicha regulación se fundamentó en una competencia “justa, razonable y no discriminatoria”, señalando que el ejemplo histórico más claro fue la adopción de un mismo ancho de vías por las empresas ferroviarias. DE LA CUEVA GONZÁLEZ-COTERA, Javier (2012). «Relato del VII Congreso Internacional sobre Internet, Derecho y Política: Neutralidad de la red y derecho al olvido». En: «VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet» [monográfico en línea]. IDP. Revista de Internet, Derecho y Política. N.º 13, pág. 84-90. UOC.

los EE.UU. fue aprobada para subvencionar una línea de telégrafo, estableciendo que:

“(...) los mensajes recibidos de cualquier individuo, empresa, o corporación, o de cualquier línea de conexión de telégrafo con esta línea en cualquiera de sus extremos, se transmitirá de manera imparcial en el orden de su recepción, a excepción que los despachos del gobierno deberán tener prioridad.”

En 1888, Almon Brown Strowger inventó la central telefónica automática para eludir los operadores de telefonía no neutrales que redirigen las llamadas con fines de lucro.¹⁸⁻¹⁹ Esto cobra especial relevancia al momento de delimitar la neutralidad de la red y poder relacionarla con principios afines, en especial con el de la libertad de expresión, de cuya relación nos haremos cargo más adelante.

¹⁸ RICHMAN D. 2007. The Shot Heard 'Round the World Wide Web: Comcast Violates 'Net Neutrality' [En línea] Media Law Bulletin, December 2007 <http://www.sdma.com/files/Publication/e078fa3a-8b3c-4bf5-b384-734f26afc9b3/Presentation/PublicationAttachment/ab2b71fb-ec17-47cf-aef1-7eb8bbb7073f/media_law-12_dec_2007.pdf> [Consulta: 11 de Junio de 2014].

¹⁹ CENTRODEARTIGOS.COM. Neutralidad de la Red, Definiciones, Desarrollo del concepto, Los defensores, Argumentos a favor de neutralidad de la red, Opositores, Los argumentos en contra neutralidad de la red, Mixtos y otros puntos de vista sobre neutralidad de la red, Situación legal, Cuestiones relacionadas. [En línea] <http://centrodeartigos.com/articulos-enciclopedicos/article_92472.html>. [Consulta: 10 de Junio de 2014].

En fechas más recientes, cabe mencionar las “*Computer Inquiries*” las cuales son 3 investigaciones de la FCC [Federal Communications Commission], enfocadas en solucionar los problemas de convergencia entre los servicios de telefonía y de internet. La primera, de 1971, revisó una nueva y creciente área de las comunicaciones, donde la gente interactuaba con computadores y los computadores procesaban los comandos y entregaban de vuelta información nueva. La Comisión vio este mercado competitivo como uno diferente del servicio telefónico²⁰. En la segunda, de 1981, la FCC distinguió los servicios «*básicos*» de los servicios «*mejorados*» provistos por las empresas de telecomunicaciones reguladas por la Ley de Comunicaciones de Estados Unidos de 1934: el criterio para distinguir era si los servicios prestados, además de ser netamente de transmisión (básicos), también realizaban procesamiento de datos (mejorados). A partir de dicho criterio, la FCC obligó a las empresas de telecomunicaciones a no discriminar en la provisión de servicios básicos, sin regular a aquellas que prestaran servicios mejorados²¹. La *Computer III* de 1985 complementa a la segunda, y fue establecida como un salvaguardia no estructural con dos fases: *Comparatively Efficient Interconnection* (CEI) y *Open Network Architecture* (ONA). La CEI fue establecida como una forma de exigir

²⁰ CANNON, R. 2001. Where Internet Service Providers and Telephone Companies Compete: A Guide to the Computer Inquiries, Enhanced Service Providers and Information Service Providers. *CommLaw Conspectus*, Vol. 9, No. 1. [En línea] <<http://ssrn.com/abstract=274660>>. [Consulta: 10 de Junio de 2014].

²¹ MOIS, M. 2014. Neutralidad en la red en Estados Unidos: De vuelta al pizarrón, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Vol. 3 N 1 [En línea] <<http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/viewFile/32223/34153>> Pg. 142. [Consulta: 10 de Junio de 2014].

un acceso igual a la red para todos los proveedores de servicios mejorados, exigencia que era requerida cuando la operadora de red (BOC) también ingresaba a prestar tales servicios, lo cual equivalía a exigir la conexión en los mismos términos. Por su parte la ONA imponía una estructura de red, en bloques básicos a fin de hacerlos disponibles para los proveedores de servicios mejorados, los planes ONA debían presentarse aún sin que las operadoras prestaran servicios mejorados; sin embargo, si era aprobado el plan ONA, la operadora podía ser autorizada para prestar servicios incrementados sin un plan CEI²².

2.2.- Intentos normativos

Con la apertura de internet a principios de los noventa²³ y la aparición de la Web de manos de Tim Berners Lee²⁴, el mundo se enfrentó a la revolución tecnológica más significativa, dada la incesante evolución de la red, creaciones de programas, incremento de usuarios, y el constante intercambio de

²² SÁNCHEZ, G. 2008. La reconstitución del mercado norteamericano de telecomunicaciones ante la globalización, el cambio tecnológico y las políticas públicas: Diferencias institucionales, capacidades de innovación y dinámicas de mercado entre Canadá, Estados Unidos de América y México, [En línea] <<http://www.eumed.net/tesis-doctorales/2011/gsd/Telecomunicaciones%20politicas%20publicas%20tecnologia%20e%20innovacion%20a%20partir%20de%20la%20reestructuracion.htm>>. [Consulta: 22 de Septiembre de 2014].

²³ GUTIERREZ, P. 2014. Las bodas de plata de la Web: 25 años de una idea que cambió el mundo. [En línea] La Nación. 13 de marzo de 2014 <<http://www.lanacion.com.ar/1671539-las-bodas-de-plata-de-la-web-25-anos-de-una-idea-que-cambio-el-mundo>>. [Consulta: 11 de Junio de 2014].

²⁴ La historia de internet se remonta a la década de los '60, y sus creadores son Vint Cerf y Robert Kahn [entre otros científicos].

información, que ha vuelto de internet la herramienta comunicacional más poderosa, cuya estimación de usuarios para el 2015 es de tres mil millones²⁵.

En conjunto con el desarrollo y evolución de internet tras su apertura, y la progresiva proliferación e innovación en los servicios que éste ofrece [creación de páginas web, navegadores, buscadores, servicios de compra online, pago de cuentas online, y muchos más] también comenzaron los esfuerzos por ejercer cierto control dentro de esta misma red, y es así como en 1996, Estados Unidos promulgó dos leyes: la ley conocida como “Ley sobre la Decencia en las Comunicaciones”, la cual tenía por objetivo restringir la transmisión de ilustraciones y textos indecentes en Internet²⁶, orientado al material pornográfico que ya entonces circulaba por la red. Pese a que esta ley tenía buenas intenciones, su duración no alcanzó a ser mayor de un año, debido a que en 1997 el Tribunal Supremo de ese país la anuló al ser contraria a la libertad de expresión, protegida por la Primera Enmienda.

²⁵ Internet Society, 2014. Informe Global de Internet 2014 [En línea] <http://www.internetsociety.org/sites/default/files/GIR_2014_Resumen_Ejecutivo.pdf>.
[Consulta 13 de Agosto de 2014].

²⁶ DIARIO DEL NAVEGANTE. 1997. El Tribunal Supremo de EEUU rechaza la "Communications Decency Act" (ley de decencia en las comunicaciones) en Internet [En línea] El Mundo. 26 de junio de 1997 <<http://www.elmundo.es/navegante/97/junio/26/opornografia.html>>. [Consulta: 13 de Agosto de 2014].

La segunda es la nueva Ley de Telecomunicaciones (la «Ley 1996»), que modifica la Ley de Comunicaciones de 1934, en la que se distinguen dos categorías de entidades reguladas: los *carriers* de telecomunicaciones (aquellas empresas que proveen el servicio básico, es decir, sólo transmiten), y los proveedores de servicios de información (aquellas empresas que proveen el servicio mejorado, es decir, efectúan procesamiento de datos). La Ley 1996 estableció para los *carriers* de telecomunicaciones, pero no para los proveedores de servicios de información, las obligaciones de *common carrier* establecidas en el título II de la ley.

Esta distinción ha sido la causa de los conflictos entre la FCC y sus entes regulados, a partir de decisiones posteriores que la FCC tomó y que tendrían una dudosa justificación fáctica y jurídica.²⁷

A su vez, ese mismo año se efectuó la “Declaración de Independencia del Ciberespacio”²⁸, como respuesta a la Ley de Telecomunicaciones del mismo año, escrita por Perry Barlow quien en su manifiesto expresa que ningún gobierno puede influenciar en lo que ocurre en el ciberespacio, ya que es un lugar libre de cualquier soberanía, sin gobierno y no susceptible de ser controlado vía legal.

²⁷ MOIS, M. 2014. Op. Cit. Pg. 142

²⁸ BARLOW, J. 1996 A Declaration of the Independence of Cyberspace. [En línea] <<https://homes.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>>. [Consulta 13 de Agosto de 2014].

Así, a medida que han ingresado más países y usuarios a internet, se han añadido contenidos, y se han creado más y más aplicaciones y servicios disponibles por este medio, de manera ilustrativa es posible mencionar al navegador *Internet Explorer* en 1995, *Hotmail* en 1996, *Google* y *Napster* en 1998, *Wikipedia* en 2001, entre muchos otros²⁹.

En el año 2002, la FCC dictó una norma relativa al tratamiento del acceso a internet a través del cable, en la cual declaró que los proveedores de servicio de banda ancha no eran *carriers* de telecomunicaciones sino proveedores de servicios de información³⁰, dejando a estas empresas exentas de las obligaciones de *common carrier* a que están sujetas las empresas de telecomunicaciones que sólo transmiten datos, sin procesarlos. El año 2005, mediante una sentencia conocida como *Brand X*, la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió que lo interpretado por la FCC era razonable. Además, esta sentencia sirvió para que la FCC clasificara también a los servicios de acceso a Internet a través de DSL y vía teléfonos celulares como proveedores de servicios de información, clasificación que se mantiene hasta el día de hoy a pesar de ser severamente criticada, pues es de hecho uno de los fundamentos

²⁹ MKDIRECTO. 2013. La gran evolución de internet desde su creación en 1969. [En línea] <<http://www.marketingdirecto.com/actualidad/infografias/la-gran-evolucion-de-internet-desde-su-creacion-en-1969/>>. [Consulta 13 de Agosto de 2014].

³⁰ ESBIN, B. 2008, A Point of View: Net Neutrality Regulation in the United States, Progress Snapshot <<http://ssrn.com/abstract=1412750>>. [Consulta 13 de Septiembre de 2014]

por los cuales aún no pueden consagrarse normativamente los principios de neutralidad de Internet³¹.

Es en el año 2005 en donde se efectúa la primera mención regulatoria propiamente tal a la neutralidad de la red, en una Declaración de Política Pública de la FCC en la que estableció las pautas con las que habría de guiarse para velar por dicha neutralidad: la libertad de acceso a contenidos; la libertad de ejecución de aplicaciones y servicios; la libertad de conexión de dispositivos; y el derecho a la libre competencia entre proveedores de red, servicios/aplicaciones y contenidos³².

2.3 No todo es brillante en Internet

Así como la Internet ha generado un sinnúmero de soluciones, servicios y complementos para el hombre, ha generado también consecuencias negativas en diversos niveles.

³¹ MOIS, M. 2014. Op. Cit. Pg. 143.

³² El texto de la declaración se encuentra disponible en la web <https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-05-151A1.pdf>. [Consulta 25 de Septiembre de 2014].

A medida que este instrumento ha ido evolucionando a una velocidad vertiginosa, y sus usuarios han ido aumentando a pasos agigantados, se ha ido produciendo una suerte de aprovechamiento de sistema, y desde distintos puntos de vista. Uno de ellos, dentro de la web, es la creación de los llamados virus, que tienen por objetivo implantación, robo de información y destrucción del dispositivo digital (hoy en día no sólo se conectan a internet las computadoras, sino las tablets, celulares, televisores, equipos, autos, etc.). Como es el caso del virus *I LOVE YOU* en el año 2000, el cual es considerado el primer virus masivo que ha aparecido en internet.

Si bien lo anterior no pareciera ser muy indicativo o atinente a la neutralidad de la red, cobra relevancia al momento de analizar también la evolución de las empresas que entregan servicios de internet.³³ Una red de comunicaciones como el Internet puede ser visto como una plataforma para una competencia entre los desarrolladores de aplicaciones. Correo electrónico, la web, y aplicaciones de streaming se encuentran en una batalla por la atención y el interés de los usuarios finales³⁴.

³³ De acuerdo con Marsden, dentro de esta evolución de internet, en donde se encuentra como base el principio del end to end, comienza a utilizarse el trust to trust, en donde la recepción del mensaje por el agente de con fianza de una de las partes sustituye la recepción por el receptor final, siendo este agente casi siempre el ISP y es su regulación lo que está en juego en la neutralidad en la red. MARS DEN, C. 2012. Neutralidad de la Red: Historia, regulación y futuro. Revista de Internet, Derecho y Política. N. 13

³⁴ WU T. 2003. Network neutrality, broadband discrimination. Journal of telecommunications and high technology law, v. 2, pp. 141-177. [En línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=388863>. [Consulta 13 de Agosto de 2014].

Para ponernos en contexto, internet comenzó como una red bastante limitada, y al momento de su apertura y de la creación de la web, era muy difícil el utilizar aplicaciones de video, puesto que exigía mayor ancho de banda, era un tema de capacidad de la red³⁵. Pero a medida que iba creciendo, se mejoraba la infraestructura física de la red y la capacidad, ocurrió que muchas empresas vieron la oportunidad de dar mayor preferencia a sus propias aplicaciones. Los ISP entonces comenzaron a efectuar ciertas prácticas de discriminación, restringiendo ciertas aplicaciones de banda ancha, aplicaciones de intercambios de archivos, bloqueo de correos electrónicos, y varios otros.

El ejemplo básico de esto es por ejemplo, cuando se quería bajar un archivo de una web, la duración de este proceso era de 5 minutos, y de pronto al revisar la descarga el tiempo restante eran 5 horas. O también, hay *webs* que se ven bloqueadas desde ciertos navegadores.

Con la última tecnología -actualmente y desde hace un tiempo- los ISP pueden mirar el contenido de los paquetes de datos que circulan en internet, con un sistema denominado DPI (*deep packet inspection*). Si bien esto es algo

³⁵ MARSDEN, C. 2012. Neutralidad de la Red: Historia, regulación y futuro. Revista de Internet, Derecho y Política. N. 13

que se efectúa desde hace mucho tiempo, varios autores lo consideran una amenaza para la neutralidad de la red, debido a la amplitud de la herramienta, ya que les permite “priorizar contenido, y también reducir la velocidad de otros contenidos, así como acelerar éste para quienes pagan (y para las comunicaciones de emergencia y otros paquetes «buenos»)). Esto puede amenazar el negocio de las empresas que compiten con ese contenido: *Skype* ofrece VoIP con velocidad de Internet normal; *uTorrent* y el *iPlayer* de la BBC ofrecen vídeo con protocolos *peer-to-peer* (P2P).”³⁶

Y así, el problema que encierra esta conducta de los ISP, que, por una parte, es un problema económico, por otra afecta a su vez a más de un derecho de los usuarios, pero principalmente la libertad de expresión. Citando a Christopher Yoo: En los últimos meses, los periódicos han estado colmados de quejas sobre cómo los proveedores de Internet discriminan a ciertos proveedores de contenidos o aplicaciones. Ya sea la política de Comcast en contra de programa de *peer-to-peer* BitTorrent, las decisiones de Google sobre cómo implementar su algoritmo de búsqueda, la decisión de Facebook de no permitir ciertos contenidos, o la negativa de Apple de incorporar los *apps* de voz en el iPhone, dichos actos han gatillado quejas de que los proveedores de

³⁶ Ídem Pg. 28.

Internet están dañando la libre expresión y por lo tanto su discreción debe restringirse.³⁷

Así las cosas, se planteó para estos fines la Neutralidad de la red, como un medio de promoción de una competencia evolutiva justa, la preservación de una competencia darwiniana entre todos los posibles usos de la Internet para que sólo el mejor sobreviva³⁸.

2.4.- Concepto de Neutralidad de la Red

Hemos dado una larga introducción para llegar a este punto, y debemos ahora desentrañar el concepto de la neutralidad de la red.

Contrario a lo que pueda parecer, la neutralidad de la red no tiene sólo una acepción mundialmente aceptada, sino que hay variadas formas de explicarla y definirla. Como muy bien señala Joan Barata³⁹ las discusiones sobre la neutralidad de la red tienen distintos puntos de partida para los

³⁷ YOO, C. 2013. Libertad de expresión y el mito de Internet como una experiencia no intermediada. Revista Chilena de Derecho y Tecnología, Vol. 2, N. 1 Pp. 11-111 [En línea] <<http://www.rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/viewFile/27128/28934>> Pg. 99. [Consulta 20 de Agosto de 2014].

³⁸ WU, T. Op. cit. Pg. 141.

³⁹ BARATA, J. 2012. El concepto de Net Neutrality y la tensión entre regulación pública y auto- regulación privada de las redes. En: VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet. IDP Revista de Internet, Derecho y Política. N. 13, pág. 84-90. [En línea] <<http://journals.uoc.edu/index.php/idp/article/viewFile/n13-peguera/n13-dosier-esp>>. [Consulta 10 de Septiembre de 2014].

intervinientes, puesto que todos efectúan análisis diferentes sobre la misma y es por ello que la primera cuestión abierta en los debates es acerca de su propio significado. Esta cuestión no es menor, porque en cada texto revisado, pese a tener puntos de encuentro, es notorio el hecho de que los diversos autores le dan un alcance diferente, y da como resultado que aún al día de hoy, no hay uniformidad en el concepto.

Cristina Cullel ha señalado que la Declaración de independencia del ciberespacio sentó las bases de lo que se conoce como neutralidad de la red⁴⁰. La primera persona que se refirió a la neutralidad de la red como tal fue el profesor de la Universidad de Columbia Tim Wu, entendiéndola como un internet que no favorece una aplicación por sobre otra⁴¹, esto en el marco del debate sobre las prácticas de gestión de tráfico en internet. Los ISPs entonces deben cobrar por el acceso a la red sin dar preferencia a un contenido por encima de otro.

Por otra parte, también nos encontramos con el Manifiesto por los Derechos Civiles, la Universalidad y Neutralidad de la red del año 2009, en

⁴⁰ CULLEL-MARCH, C. 2012. El futuro de la Web ante la neutralidad de la Red: estado de la cuestión en la Unión Europea. *El profesional de la información*, v. 21 n. 1, pp. 77-82. [En línea] <<http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/70240/52701.pdf?sequence=1>>. [Consulta 10 de Septiembre de 2014].

⁴¹ WU, T. 2003. Op. cit.

donde se define a la neutralidad de la red como “uno de los grandes principios sobre los que se ha construido Internet”. Y se expresa básicamente en que todo lo que se transmite en la red se transmita de la misma forma, sin discriminar ni distinguir el contenido de los paquetes. Neutralidad supone aplicar a todos los datos que circulan por la red el mismo tratamiento, sin que haya prioridad ni jerarquía de unos sobre otros y que no se impida a algunos circular, de forma que la red sea siempre la misma para todo el mundo.

Desde la perspectiva de los derechos fundamentales, la neutralidad de la red equivale al principio de igualdad y no discriminación de los usuarios de la red y su defensa es esencial de cara a evitar que en el futuro Internet acabe bajo el control de unos pocos.”⁴²

Para Alberto Cerda, 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 aún 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

⁴² Este manifiesto, efectuado en Madrid el año 2009 se encuentra disponible en <<http://www.internautas.org/acciones/acto24052009/manifiesto.html>>. [Consulta: 24 de Septiembre de 2014].

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.”⁴³

Para Christopher Marsden, la neutralidad de la red comprende dos compromisos de no discriminación diferentes, uno de servicio universal y otro de servicio público de transporte (*common carriage*). El primero es la llamada «neutralidad de la red *lite*», que consiste en un piso mínimo en cuanto al nivel de servicio que prestan los ISP. La «neutralidad de la red positiva», en cambio, describe una práctica según la cual la oferta de una mayor calidad de servicio a precios más altos debe realizarse en condiciones justas, razonables y no discriminatorias a todos los interesados, lo que supone un equivalente moderno del servicio público o *common carriage*.⁴⁴

Javier De La Cueva en el VII Congreso Internacional sobre internet, derecho y política, y neutralidad de la red y otros retos para el futuro de internet, la define como el principio que garantiza que todo contenido que se transmite

⁴³ CERDA, A. 2013. Neutralidad de la red y libertad de expresión. Revista electrónica Cuestión de Derechos Nº 4 [En línea] <<http://www.cuestiondederechos.org.ar/pdf/numero4/Articulo-5.pdf>> Pg.68. [Consulta 15 de Septiembre de 2014].

⁴⁴ MARSDEN, C. 2012. Ob. Cit.

por una red de comunicaciones es tratado de la misma manera y sin discriminación alguna ni por su contenido ni por su origen o destino⁴⁵.

José Alcántara en su libro digital habla de la neutralidad de la red indicando “Que Internet sea una red neutra equivale a afirmar que en Internet nadie puede privilegiar ni bloquear una conexión entre dos nodos cualquiera de la Red. De este modo, una vez que tengo acceso a Internet - lo cual conlleva generalmente el pago de la tarifa convenida con un operador que preste servicios de acceso a la misma- nada ni nadie, ni siquiera - y especialmente- el operador con el que tengo contratado mi acceso a Internet puede impedirme que conecte con un nodo cualquiera”⁴⁶.

Moran Yemini considera que la neutralidad de la red es “el principio por el que las redes de banda ancha no deberían discriminar entre contenidos de internet favorecidos y desfavorecidos, servicios, y aplicaciones”⁴⁷

⁴⁵ DE LA CUEVA, J. 2012. Relato del VII Congreso Internacional sobre Internet, Derecho y Política: Neutralidad de la red y derecho al olvido. En: VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet. IDP Revista de Internet, Derecho y Política. N. 13, pág. 84-90. [En línea] < <http://journals.uoc.edu/index.php/idp/article/viewFile/n13-peguera/n13-dosier-esp>>. [Consulta 15 de Septiembre de 2014].

⁴⁶ ALCÁNTARA, J. 2010. La Neutralidad de la Red y Por qué es una mala idea acabar con ella. [En línea] <<http://lasindias.com/la-neutralidad-de-la-red>>. [Consulta: 24 de Septiembre de 2014].

⁴⁷ YEMINI, M. 2008 Mandated Network Neutrality and the First Amendment: Lessons from Turner and a New Approach. Virginia Journal of Law & Technology. University of Virginia, Vol 13 No. 1. Pág. 4

Recientemente, la Comisión Europea ha descrito que el “principio de “neutralidad de la red” significa que el tráfico debe ser tratado igualmente, sin discriminación, restricción o interferencia, independiente del remitente, receptor, tipo, contenido, dispositivo, servicio o aplicación”⁴⁸.

Hemos expuesto algunos de los conceptos y visiones que se tienen de la neutralidad de la red, acotándolos a unos pocos, sin embargo, es un debate muy abierto en cuanto al tema de los intereses que se encuentran en juego. Es cierto también que la confluencia de factores hace aún más difícil poder establecer un concepto unívoco, puesto que, como aclara Sánchez Aguirre, existen algunas redes especiales que sí necesitan observar detalladamente en el tipo de paquete digital que se trasiega para darle preferencia algunos sobre otros. Éste es el caso de aquellas redes llamadas de Nueva Generación, como son las que están destinadas de manera primaria a la transmisión de voz y video en tiempo real. Éstas están concebidas para servir únicamente como plataformas de telefonía de voz sobre IP y para videoconferencias en tiempo real.⁴⁹

⁴⁸ El texto se encuentra disponible en la web < <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+AMD+A7-2014-0190+237-244+DOC+PDF+V0//EN> > [Consulta: 15 de Septiembre de 2024].

⁴⁹ SANCHEZ, J.2011. La Neutralidad de la Red: Situación de algunos países y su tutela en la legislación Costarricense. En: Memorias XV Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, Tomo XVII. [En línea] < <http://www.hfernandezdelpech.com.ar/TOMO%20XVIII-MEMORIAS.doc> > Pág. 3. [Consulta 17 de Septiembre de 2014].

Por lo anteriormente expuesto, una visión enfocada en una neutralidad de la red pura y sin distinciones no sería correcta, al menos no en cuanto a éste tipo de redes, sin embargo, eso ya es tema del debate que ofrece la neutralidad de la red, lo que abordaremos más adelante.

2.5.- Neutralidad y Libertad de Expresión

Como ha sido posible entrever, la neutralidad de la red protege una variedad de derechos, y nos referiremos en este apartado a los de libertad de expresión y libertad de información. Una acérrima defensora de estos derechos es Dawn Nunziato. Para ella, la "Internet en sí misma es el equivalente funcional de un foro público (...), un "lugar natural y eficaz a la difusión de información y opinión", y es hoy en día uno de los "lugares paradigmáticos de los valores de la Primera Enmienda, ya que permite los ponentes comunicarse con un público más amplio a un bajo costo." La regulación del discurso en Internet por poderosos reguladores privados, por tanto, constituye la regulación de la expresión dentro de un foro público para la expresión."⁵⁰

En su conocido libro *Virtual Freedom*, Nunziato hace un análisis respecto de la importancia de internet en materia de libertad de expresión, y de la

⁵⁰ NUNZIATO, D. 2009 *Virtual freedom: net neutrality and free speech in the Internet age*. California, Stanford University Press. Pág. 154

protección de este derecho en Estados Unidos, lo cual sería bajo la primera enmienda. La autora critica la decisión de la FCC de 2002 de no considerar *carriers* a los proveedores de banda ancha, lo que para ella es dar pie a abusos, señalando que al confirmar esta decisión a través de Brand X, los derechos de libre expresión “están escapando en silencio”⁵¹. En el fondo, el problema recae en que al no considerar *carriers* a estos privados, se les exime de la obligación de no discriminar entre los paquetes de datos, lo cual abre la puerta a posibles censuras por parte de éstos, sumándole a eso que la interpretación de las Cortes respecto de la primera enmienda y la libertad de expresión, protege la misma respecto de las censuras efectuadas por parte de entidades gubernamentales, pero no así respecto de los privados, lo cual llama a una concepción “negativa” de la misma⁵². Es por esto que se llama a una nueva revitalización de la interpretación de la Primera Enmienda, lo cual implicaría dejar atrás la idea de que la libertad de expresión debe protegerse únicamente respecto de los actos de gobierno, y centrarse en encontrar características gubernamentales en las entidades privadas o “acciones estatales” en sus actividades⁵³, lo cual sería una interpretación “positiva” de la Primera Enmienda. Nunziato considera que en ausencia de regulación “los proveedores de banda ancha tendrán facultades discrecionales para discriminar contenidos o aplicaciones, y los ciudadanos no tendrán garantías de acceso a una

⁵¹ Ídem. Pág. xiv

⁵² Ídem. Pág. 2

⁵³ YEMINI, M. 2008 Op. Cit. Pág. 31. Ver también texto citado de Nunziato, Virtual Freedom.

multiplicidad de opiniones de fuentes diversas y antagónicas exentas de censura, lo cual es necesario para que puedan tener una participación relevante en el Gobierno democrático”⁵⁴.

Si bien apoya la neutralidad de la red, Nunziato considera que el foco más importante debe ser limitar el poder de los privados para discriminar en base a contenidos, “lo que es esencial para la protección de los derechos de los individuos de libertad de expresión dentro de nuestra democracia liberal”⁵⁵. Propone como medidas dentro de su país, el que la Corte Suprema y la FCC deberían reactivar la concepción positiva de la Primera Enmienda para imponer obligaciones de no discriminación en potentes conductos de de expresión en Internet⁵⁶, así como la Corte Suprema debería revitalizar las diversas doctrinas de la Primera Enmienda que incorporen la concepción afirmativa de la garantía de la libre expresión y deberían aplicarse estas doctrinas en el ámbito de Internet. Actores gubernamentales deben mantenerse en un escrutinio significativo de la Primera Enmienda cuando restringen la expresión en Internet, al igual que poderosos actores privados, tales como los proveedores de banda ancha y la ICANN⁵⁷⁻⁵⁸. Además, propone en términos legislativos que

⁵⁴ NUNZIATO, D. 2012 Preservar la libertad en Internet en las Américas. En: BERTONI E. Hacia una Internet libre de censura: Propuestas para América Latina. Buenos Aires, Universidad de Palermo. PP. 11-44

⁵⁵ NUNZIATO, D. 2009 Op. Cit. Pág. xi

⁵⁶ Ídem. Pág. 154

⁵⁷ Ídem. Pág. 155

se regulen las obligaciones de no discriminación a los proveedores de internet, y regular también a los motores de búsqueda, exigiendo que no censuren los resultados de las búsquedas y que se les prohíba la manipulación deliberada de los mismos⁵⁹.

Nunziato también considera que debieran tomarse para resguardo de los derechos de libertad de expresión y de información, medidas como el dejar exentos de responsabilidad a los ISP por facilitar acceso a contenidos nocivos, y a su vez que los gobiernos impongan obligaciones sobre neutralidad de la red a proveedores de servicios. Además, los gobiernos deberían sancionar garantías para las expresiones anónimas en internet, esto para favorecer la expresión de los usuarios, en particular cuando éstos se encuentran en posiciones minoritarias. También propone que se restrinja la capacidad de los gobiernos de filtrar contenidos de internet, pero que en aquellos casos en que en efecto se produzca, éstos sean sistemas de filtrado abiertos, con categorías de expresiones prohibidas bien delimitadas, y además estos sistemas deben contemplar la posibilidad de apelar las determinaciones de filtrar aquellos contenidos⁶⁰.

⁵⁸ Ver Anexo.

⁵⁹ NUNZIATO, D. 2009 Op. Cit. Pág.156

⁶⁰ NUNZIATO, D. 2012 Preservar la libertad en Internet en las Américas. En: BERTONI E. Hacia una Internet libre de censura: Propuestas para América Latina. Buenos Aires, Universidad de Palermo. Pp 11-44

Por otro lado, la otra cara de la moneda es la libertad de expresión de los propios ISP. Algunos autores han considerado que la neutralidad de la red atentaría contra la libertad de expresión de los proveedores de internet, al impedirles ejercer labores de edición de contenidos. Randolph ha analizado ésto y se ha basado en distintas sentencias para apoyar el hecho de que los proveedores de internet de banda ancha poseen derechos bajo la Primera Enmienda, como entidades facultadas a utilizar sus instalaciones para transmitir mensajes de su propia elección⁶¹. Alude a que la neutralidad de la red no restringiría a los ISP, sino que los obligaría a transmitir o hacer disponibles contenidos que, según su discreción editorial, habrían elegido no transmitir, o no dejar disponibles⁶². Además, ésto generaría costos adicionales, ya que las redes no son bienes gratuitos. Lo importante de este planteamiento, sin embargo, y la palabra clave, sería el que todos los ISP tendrían las facultades, así como los editores de diarios y revistas, de editar contenidos y transmitir, en suma, los contenidos que ellos juzguen pertinentes.

3.- Casos relevantes/atingentes.

⁶¹ RANDOLPH, M. 2007 Net Neutrality Mandates: Neutering the First Amendment in the Digital Age. I/S: A Journal Of Law And Policy For the Information Society. Pág. 202

⁶² Ídem Pág. 204

A continuación, para una mejor comprensión del fenómeno práctico de la neutralidad en la red, expondremos algunos de los enfrentamientos entre proveedores de internet y/o agentes estatales o privados relativos a cuestiones de neutralidad, sea de jurisprudencia judicial o administrativa:

A. EE.UU. contra Microsoft:

Este caso fue un conjunto de acciones interpuestas contra Microsoft el año 1998 por el departamento de justicia de Estados Unidos. El tema central fue que con la venta de los computadores se entregaba en el paquete el navegador Internet Explorer, y se indicó en la acusación que ésto restringía el mercado de los navegadores web ya que tales navegadores (como Netscape por ejemplo) eran de descarga lenta o bien debían ser comprados en una tienda.⁶³

B. Madison River y Vonage [2005]

Vonage, un proveedor de VoIP se quejó de que el Madison River estaba bloqueando la aplicación de Vonage, que permitía a los usuarios realizar llamadas a través de Internet. En ese momento, Madison River tenía más de 180.000 suscriptores con servicio telefónico, por lo que avance en el mercado

⁶³ Este caso se apeló y finalmente se llegó a un acuerdo, el cual se puede encontrar en la página <<http://www.justice.gov/atr/cases/f200400/200457.htm>>. [Consulta: 25 de Septiembre de 2014].

de voz de Vonage era una amenaza potencial. Vonage alegó que Madison River bloqueaba constantemente sus servicios de VoIP no sólo durante las ráfagas de mayor tráfico de red, sino en todo momento. En este caso, se violó la neutralidad limitando la innovación y restringiendo la competencia en el mercado de VoIP, sin ser transparentes acerca de sus prácticas. La investigación de la FCC terminó temprano con un acuerdo en el que el Madison River acordó cesar el bloqueo a los usuarios al uso de aplicaciones de VoIP y de pagar una multa⁶⁴.

C. Comcast y FCC [2010]:

En el año 2008 la FCC sancionó a Comcast debido a que se comprobó que la empresa efectuaba prácticas restrictivas que atentan contra la libertad de los usuarios para transferir archivos utilizando el sistema p2p (*peer-to-peer*); bloqueando el tráfico p2p durante las horas *peak* y *valle* sin diferenciación alguna. Lo que impuso la FCC fue que Comcast estableciera una nueva política respecto de la forma de administrar la demanda por su ancho de banda, y la hiciera pública. Comcast por su parte demandó ante el Circuito D.C. la anulación de la orden en su contra, alegando que la FCC no tenía atribuciones para dictarla. El resultado fue que la sentencia declaró que la FCC no consiguió demostrar que tenía autoridad para imponer restricciones en la gestión de las

⁶⁴ REICHER, A. 2011, *Redefining Net Neutrality after Comcast v. FCC*, Berkeley Technology Law Journal 26 <<http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol26/iss1/25>>. [Consulta 17 de Septiembre de 2014].

redes⁶⁵⁻⁶⁶. Este caso se tomó por parte de algunos como un duro golpe a la neutralidad de la red, y sin embargo, para otros, sólo demostró la necesidad de una ley que consagre a la neutralidad de la red⁶⁷.

D. Google y Verizon [2010]:

En 2010, ambas compañías en conjunto presentaron una propuesta para mantener la neutralidad de Internet, en la que se muestran contrarios a bloquear o dar prioridad a algunos contenidos en la red y con la que pretenden iniciar un diálogo hacia la creación de una legislación al respecto en Estados Unidos.

Si bien parte del acuerdo reconocía la neutralidad de la red, el problema fue que hacía excepciones a la misma, ello en cuanto a servicios adicionales pagados, y en cuanto a las redes móviles, lo que generó variadas críticas.⁶⁸

E. Voissnet y Telefónica:

En esencia, Voissnet acusó a la ex CTC de impedirle -a través de cláusulas contractuales y el bloqueo de puertos de voz- el paso de voz por

⁶⁵ Ibídem

⁶⁶ MOIS, M. 2014. Op. Cit. Pg. 145.

⁶⁷ DANS, E. 2010. El caso Comcast vs. FCC y la neutralidad de la red. [En línea] <http://www.enriquedans.com/2010/04/el-caso-comcast-vs-fcc-y-la-neutralidad-de-la-red.html?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+ElBlogDeEnriqueDans+%28El+Blog+de+Enrique+Dans%29> [Consulta: 25 de Septiembre de 2014].

⁶⁸ PEÑA, P. 2013. Op. Cit.

internet. El problema era que el servicio de Voissnet, que se basa en el paso de voz sobre internet, era mucho menos costoso para los usuarios que hablar vía redes telefónicas. Por ello Telefónica argumentó que Voissnet utilizaba sus redes para dar servicios de voz pero sobre internet, por lo que la española tendría derecho a recibir remuneración por esta utilización.

“En 2007, la Corte Suprema prohibió a Telefónica la adopción de toda medida técnica que bloquease o degradase su servicio a los usuarios de servicios de telefonía sobre Internet. 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”⁶⁹.

3.1.- El inicio de las legislaciones

Con la apertura del debate, respecto a las condiciones en que se desenvuelve internet y los cambios evolutivos de la misma, y reforzado por algunos casos de interés público, entre ellos los señalados, comenzó entonces a desarrollarse la idea de si se debía legislar o no, consagrando la neutralidad de la red. Se considera que en 2005 se efectuó la primera mención regulatoria propiamente tal sobre la neutralidad de la red, respecto a la declaración política

⁶⁹ CERDA, A. 2013. Op. Cit. Pg.68-69.

pública de la FCC en la que “amenazó con regular a los proveedores de acceso a Internet (considerados como servicios de información) en caso de existir evidencia de que éstos violasen los principios de la naturaleza abierta e interconectada de Internet”.⁷⁰

Muchas organizaciones sociales se levantaron pidiendo a sus respectivos países que consagraran el principio, mientras que varios se opusieron, en especial los ISP.

4.- El debate.

El debate acerca de la neutralidad de la red se inició aproximadamente en 1998 en una Internet que hasta entonces se regía por el *common carriage* basado en lo justo, razonable y no discriminatorio, y que en el Reino Unido operaba sobre cuatro aspectos: la interoperabilidad, la interconexión, la privacidad y la interceptación. En EE.UU. esta neutralidad tenía en cuenta el derecho a utilizar cualquier aparato o aplicación para el servicio de recepción de contenido, la no discriminación, la transparencia y el análisis casuístico de las diversas situaciones de hecho que pudieran darse⁷¹. El tema central era entonces proteger la igualdad de condiciones en la red, lo que decantó

⁷⁰ MOIS, M. 2014. Op. Cit. Pg. 145

⁷¹ DE LA CUEVA, J. 2012. Ob. cit.

naturalmente en la interrogante de si era o no necesario contar con una regulación al respecto, que consagrara la neutralidad de la red. Para Christopher Yoo, el debate se enfocó inicialmente en la capacidad de los ISP para privilegiar ciertos contenidos o aplicaciones, ya sea dándoles distintos niveles de prioridad o cobrándoles distintas cantidades de dinero⁷².

Hasta el momento nos encontramos con consideraciones más bien técnicas y de orden, en relación con la libre competencia⁷³ y a las prácticas de los ISP respecto de la gestión de tráfico, que estaban perjudicando a las empresas de servicios VoIP, entre otras.

De este modo, se identificaron tres factores: el incremento de tráfico en la red, dado el consumo privado, lo que exige un aumento en la capacidad de las redes; la capacidad de los ISPs para controlar e interferir en los datos que circulan en internet, a través de sistemas como el *deep packet inspection*; y los procesos de integración vertical, que da la posibilidad a los ISPs de comercializar aplicaciones o servicios que pueden generar riesgos a la libre competencia⁷⁴.

⁷² YOO, C. 2013. Op. Cit.

⁷³ MARTÍNEZ, P. 2013. Fallas de mercado de internet banda ancha: lecciones para el diseño de política pública. Revista Contexto, n.º 40, pp. 95-113 [En línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2391968>. [Consulta: 25 de Septiembre de 2014].

⁷⁴ CULLEL-MARCH, C. 2012. Op. Cit.

Este debate fue evolucionando y se sumaron declaraciones de organizaciones internacionales vinculando la neutralidad de la red a derechos fundamentales como la libertad de expresión e información, contando con destacados autores en este tema, en particular con Dawn Nunziato a quien ya mencionamos en este mismo capítulo. Por otra parte, autores han resaltado el hecho de que el Gobierno a su vez posee la capacidad de regular a los intermediarios para así imponer sus propias preferencias⁷⁵.

Incluso, hay grupos que han llegado a hablar del derecho a internet como un derecho fundamental⁷⁶⁻⁷⁷.

Se creó entonces una suerte de división entre los internautas y una campaña entre ambas partes, por un lado, quienes abogaban por una red libre, y que exigían a los gobiernos la consagración escrita de la neutralidad de la red, y por otra se encontraban quienes consideraban que la consagración de tal principio sería el principio del fin en cuanto a la experimentación e innovación en la creación de sistemas que acelerarán la velocidad de la red⁷⁸.

⁷⁵ YOO, C. 2013. Op. cit.

⁷⁶ Ídem.

⁷⁷ MARSDEN, C. 2009 Net Neutrality Towards a Co-regulatory Solution. Bloomsbury Academic. Pág. 19

⁷⁸ SANCHEZ, J. 2011. Op. Cit.

En este debate entonces, nos encontramos con dos posturas básicas, los que estaban a favor de la neutralidad de la red, a quienes Tim Wu llamó “aperturistas”, y los que estaban en contra a quienes denominó “desreguladores”⁷⁹.

Cristina Cullell⁸⁰ sintetiza los tres principios de los partidarios de la posición aperturista y señala:

- El primer principio se relaciona con la infraestructura, y parte de la premisa básica de que lo más importante para una red de comunicaciones es la existencia de una infraestructura pública. Estamos ante un servicio mínimo al que todos los ciudadanos tienen derecho y los poderes públicos imponen a los ISPs unas obligaciones o cargas del servicio a un precio asequible.

- El segundo principio es el de neutralidad de la red, cuyo objetivo es impedir la discriminación o restricción en el acceso y uso de servicios y aplicaciones a los usuarios de internet, y para ello postula una separación clara entre Red y contenidos.

- Finalmente, el tercer principio es de *end-to-end*, uno de los fundacionales de internet en tanto que promueve una red descentralizada favorecedora de la innovación.

⁷⁹ WU, T. 2003. Op. Cit.

⁸⁰ CULLELL-MARCH, C. 2012. Op. cit.

Por otro lado, se encuentra la visión desreguladora, en la cual Cullell identifica también tres principios, a saber⁸¹:

- La defensa de la propiedad privada de las redes, en donde lo central es garantizar la eficiencia de la red mediante la gestión de tráfico efectuada por los propietarios de dichas redes.

- El segundo principio se relaciona con la existencia de incentivos, “el desarrollo de las redes requiere grandes inversiones que se acometerán si existen unas expectativas de retorno de la inversión y para ello los ISPs buscan nuevas vías de ingresos, como puede ser una oferta diferenciada de servicios fijando tarifas en base a los contenidos consumidos o consultados”⁸².

- El tercer principio de esta posición es la propia desregulación, aludiendo que el éxito de internet se encuentra en la no intervención de los gobiernos en su evolución, permitiendo que sean los operadores privados quienes guíen el desarrollo de las redes.⁸³

Por otra parte, si bien este debate inició con un estatus determinado ante las redes fijas, es interesante el giro que dio con la aparición de las nuevas tecnologías, las señales inalámbricas y wi-fi, como lo ocurrido en el caso que mencionamos anteriormente respecto a la propuesta hecha por Google y

⁸¹ Idem.

⁸² Ibídem, página 79.

⁸³ Ídem.

Verizon en 2010, que deja completamente fuera estas dos señales del principio de la neutralidad de la red.

Para Chirico, el debate analizado desde el punto de vista de la Unión Europea consiste más bien en analizar tres problemas, que son: la discriminación; el bloqueo de acceso de los usuarios al contenido, aplicaciones y servicios; y la degradación y acceso escalonado⁸⁴.

Para Christopher Yoo, el debate inicial estaba enfocado en el acceso de múltiples ISPs a sistemas de cable módem, y más recientemente se ha enmarcado en los términos de la neutralidad de la red⁸⁵.

Owen considera que el debate es sobre “cómo prevenir el mal comportamiento (contrario a la competencia) de las empresas integradas verticalmente que gozan de poder de mercado en un momento u otro de la cadena vertical de producción”.⁸⁶

⁸⁴ CHIRICO F., VAN DER HAAR I., LAROCHE P., 2007 Network Neutrality in the EU, Tilburg University.

⁸⁵ YOO C. 2013. Op. Cit.

⁸⁶ OWEN B, 2007. Antecedents to Net Neutrality. Regulation, Vol. 30, No. 3. Pág 16.

Meinrath por su parte, considera que el debate se centra en la calidad de los servicios, empaquetamiento de servicios, y la interconexión de las redes⁸⁷.

Yemini consideró que el debate era casi exclusivamente relativo a los términos de los beneficios económicos de la innovación, lo que concibió como un problema, ya que a su juicio, el debate debería centrarse en las implicaciones de la Primera Enmienda⁸⁸ (ésto es, libertad de expresión).

Así, muchos autores se focalizan en diferentes aristas, y este debate que al parecer no tiene final, continúa expandiéndose.

4.1.- Posturas a favor.

Dentro de las posturas que apoyan a la neutralidad de la red, los argumentos sostenidos son variados, y los expondremos brevemente.

Las empresas que proveen servicios de internet, conforme va avanzando la tecnología poseen un poder muy grande, lo que sumado a intereses económicos, puede desencadenar serias repercusiones que afectan tanto a los

⁸⁷ MEINRATH S., PICKARD V., 2008. The new network neutrality: criteria for internet freedom. International Journal of Communications Law & Policy. Pág. 12.

⁸⁸ YEMINI M. 2008 Op. Cit Págs 4-5.

usuarios como a otras empresas del rubro. Es así como mediante técnicas ya mencionadas, *deep packet inspection*, pueden inspeccionar los paquetes de datos circulantes en la red y priorizar unos sobre otros. Esto, que bajo algunos parámetros puede ser necesario, se torna nocivo cuando las causas son la priorización de proveedores de contenidos con quienes han llegado a acuerdos económicos. Lo anterior es especialmente sospechoso en cuanto a la integración vertical de los ISP con proveedores de contenido y aplicaciones. Por otra parte, lo anterior tiene consecuencias no sólo a nivel económico, perjudicando a aquellos proveedores de contenidos cuyos servicios se está ralentizando, o incluso bloqueando, sino que también pesa sobre los usuarios el hecho de que se está vulnerando la libertad de información, al no permitir el acceso solicitado o la libertad de expresión⁸⁹ al no permitir que se muestren determinados contenidos. Todo lo cual no es menor cuando se considera la posibilidad de que el gobierno manipule las redes para impedir el acceso a contenidos, con un ejemplo concreto como China. Continuando con el suma y sigue, se afecta también a la privacidad de los usuarios⁹⁰, puesto que estas empresas tienen la capacidad de revisar correos electrónicos, una herramienta que se puede considerar útil en ciertos casos, pero que sin embargo, encierra el peligro de ser mal utilizada.

⁸⁹ CHIRICO F., VAN DER HAAR I., LAROCHE P., 2007 Op. Cit. Pág. 40

⁹⁰ DALY A. 2010 Op. Cit. Pág. 24

Por otro lado, algunos autores señalan que puede resentirse la innovación de parte de los proveedores de contenido y aplicaciones que se sitúan en los extremos de internet, debido a que en condiciones no neutrales, sería demasiado complejo y costoso el escenario que enfrentarían muchas compañías pequeñas y medianas, al tener que negociar con los operadores de red acuerdos preferenciales, por lo que se teme que se bloquee o se degrade activamente a los innovadores, o se los relegue a transmisiones de baja prioridad, y que se impida el desarrollo de la siguiente generación de sitios web o aplicaciones de éxito⁹¹.

4.2.- Posturas en contra.

Los argumentos contrarios a la neutralidad de red suelen provenir en su mayoría de las propias compañías que serían eventualmente reguladas, incluyendo grandes webs comerciales, compañías de telecomunicaciones y proveedores de acceso a internet.⁹²

Se ha señalado que la regulación de una red neutral no sería necesaria pues existen sistemas de red controlados por diferentes operadores. De ese

⁹¹ PÉREZ M. It Ruminations. Neutralidad de la red VI. Argumentos a favor [En línea] < <http://itruminations.wordpress.com/2010/09/03/neutralidad-de-red-vi-argumentos-a-favor>>. [Consulta: 25 de Septiembre de 2014].

⁹² CURIOSOANDO 2014 ¿Qué es la neutralidad de la red? [En línea] < <https://curiosoando.com/que-es-la-neutralidad-de-red>>. [Consulta: 25 de Septiembre de 2014].

modo, si un ISP bloquea el acceso a determinados contenidos, sus clientes podrían cambiarse a proveedores rivales⁹³, por lo que el bloqueo de contenido haría a dicho ISP menos competitivo⁹⁴.

Colectivos ciudadanos también han argumentado que un mayor control gubernamental sobre internet podría llevar a un incremento de la censura e invasión de la privacidad, ello desde la perspectiva de países en donde el gobierno tiene el control de las telecomunicaciones⁹⁵, y un ejemplo, como anticipábamos, es China.

También se ha argumentado respecto a que la labor que ejecutan algunos ISP en cuanto al bloqueo de correos *spam* y virus no sería posible en un internet completamente neutral.

Otro argumento hace referencia a informes que indican que un número relativamente pequeño de usuarios puede saturar los recursos de la red mediante el uso de aplicaciones que consumen mucho ancho de banda, como los archivos p2p, videos, y contenidos multimedia⁹⁶. Hacen presente entonces que la gestión de las redes y la priorización son necesarios para evitar que

⁹³ RANDOLPH M. 2007 Op. Cit. Pág. 199

⁹⁴ CURIOSOANDO 2014 ¿Qué es la neutralidad de la red? [En línea] < <https://curiosoando.com/que-es-la-neutralidad-de-red>>. [Consulta: 25 de Septiembre de 2014].

⁹⁵ Ídem

⁹⁶ SINGER H. 2007 Net Neutrality: A Radical Form of Non-Discrimination. Regulation. Pág. 40

Internet, o alguna de sus partes, se ralentice o directamente se colapse.⁹⁷ ⁹⁸
Sobre este mismo punto, algunos ISP alegan que ya que estos servicios ocupan un mayor ancho de banda, entonces es justo que paguen más por ello.⁹⁹

También han argumentado que con las nuevas tecnologías se han comenzado a necesitar redes especializadas, lo cual sería más eficiente para los proveedores de contenidos y para los usuarios, con cobros diferenciados según las necesidades de cada usuario¹⁰⁰. Sobre lo mismo, se argumenta también que la experimentación de nuevos modelos de negocio es la clave de la innovación de internet y el despliegue de redes ampliadas necesarias para manejar rápido crecimiento del tráfico de Internet¹⁰¹.

Otra arista es la que al no permitir cobros diferenciados por envíos con prioridad u otros servicios especializados, se estaría desincentivando a los ISP

⁹⁷ FAYERWAYER, 2014. Cisco se opone a la neutralidad de la red, junio 2014 <<http://www.fayerwayer.com/2014/06/cisco-se-opone-a-la-neutralidad-de-la-red/>>. [Consulta: 25 de Septiembre de 2014].

⁹⁸ PÉREZ M. It Ruminations, Neutralidad de la red VII. Argumentos en contra. [En línea] <<http://itruminations.wordpress.com/2010/09/09/neutralidad-de-red-vii-argumentos-en-contra>> [Consulta: 25 de Septiembre de 2014].

⁹⁹ CURIOSOANDO 2014. ¿Qué es la neutralidad de la red? [En línea] < <https://curiosoando.com/que-es-la-neutralidad-de-red> > [Consulta: 25 de Septiembre de 2014].

¹⁰⁰ PÉREZ M. It Ruminations, Neutralidad de la red VII. Argumentos en contra. [En línea] <<http://itruminations.wordpress.com/2010/09/09/neutralidad-de-red-vii-argumentos-en-contra>>. [Consulta: 25 de Septiembre de 2014].

¹⁰¹ BAUMOL et al. 2007, Economists' Statement on Network Neutrality Policy. All AEI-Brookings Joint Center [En línea] <<http://ssrn.com/abstract=976889>>. [Consulta: 25 de Septiembre de 2014].

a mejorar la infraestructura¹⁰², puesto que no tendrían manera de recuperar la inversión.¹⁰³

Alegan además que cobrar a los consumidores tarifas por niveles de consumo de ancho de banda podría suponer, un aumento del rendimiento de la red.

Sostienen también que la integración vertical de los operadores de red en el contenido y las aplicaciones, junto con prácticas relacionadas de ofertas combinadas, puede producir economías de gama y reducciones de precio.¹⁰⁴

Para Baumol et al., las cuestiones planteadas en el debate de la neutralidad de la red se pueden abordar de manera efectiva mediante el uso de la autoridad antimonopolio, lo que permite flexibilidad en los precios de Internet, y el fomento de un uso más eficiente del espectro para facilitar la entrada en el mercado de banda ancha.¹⁰⁵

¹⁰² ESBIN B. 2009 Net Neutrality: A Further Take on the Debate. Progress on Point 16 (26). Pág. 8

¹⁰³ Sobre esto, y a contrario sensu, en el texto Economists' Statement on Network Neutrality Policy, de la revista All AEI-Brookings Joint Center, la segunda recomendación que efectúan los autores es justamente autorizar los cobros diferenciados para facilitar el acceso a internet

¹⁰⁴ PÉREZ M. It Ruminations, Neutralidad de la red VII. Argumentos en contra. [En línea] <<http://ituminations.wordpress.com/2010/09/09/neutralidad-de-red-vii-argumentos-en-contra>> [Consulta: 25 de Septiembre de 2014].

¹⁰⁵ BAUMOL et al. 2007 Op. Cit.

Esbin argumenta que internet por el momento no presenta problemas graves, esto es, fallas de mercado o daños palpables al consumidor, por lo que no necesitaría de ninguna restricción regulatoria, sino más bien, permitir que continúe su evolución¹⁰⁶.

Singer considera que la neutralidad de la red en su forma actual pone en peligro grandes beneficios para el consumidor que son posibles mediante la contratación de calidad de servicio mejorada. Alude que, dada la tremenda incertidumbre sobre el futuro de Internet y la necesidad de fomentar la innovación y la inversión, parece peligroso interferir con la regulación de mano dura en esta coyuntura¹⁰⁷.

¹⁰⁶ ESBIN B. 2009 Op. Cit. Pág. 1.

¹⁰⁷ SINGER H. Op. Cit. Pág. 41

CAPÍTULO II

LA NEUTRALIDAD DE LA RED COMO PRINCIPIO JURÍDICO

1.- Neutralidad de la red: ¿Un principio jurídico?

Luego de haber dado una mirada general a lo que es la neutralidad de la red, corresponde ahora analizar su naturaleza jurídica. Algunos autores consideran que la neutralidad de la red consiste en un principio jurídico del derecho; analizaremos a tres grandes autores y sus respectivas visiones al respecto: Ronald Dworkin, Robert Alexy, y Manuel Atienza. Previo a efectuar el análisis, no podemos comenzar sin dar primero una visión general de lo que se entiende como principio jurídico.

1.1.- Los Principios Jurídicos

El estudio de los principios jurídicos durante mucho tiempo fue un tema un tanto apartado de las teorías sobre el derecho durante mucho tiempo. No fue

sino hasta que apareciera por primera vez la obra de Ronald Dworkin¹⁰⁸ que nuevamente despertaron el interés de catedráticos y juristas, cosa que llama la atención siendo como es, un tema absolutamente importante. Como pudimos darnos cuenta, y en las siguientes páginas se hará evidente, la definición de principio tampoco es unívoca. Ello porque cada autor efectúa el estudio de los principios desde diversas teorías¹⁰⁹, y, como Atienza describe, en conjunto con Ruiz Manero, existen muchas acepciones para la palabra, y dependiendo de la visión o teoría adscrita por el autor, cada uno puede emplear la palabra en un sentido muy diferente al otro, o quizás no tanto.

Es por esto que, a modo introductorio, reproduciremos aquí las acepciones dadas por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero¹¹⁰:

a) “Principio” en el sentido de norma general (las que regulan un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales).

¹⁰⁸El texto es “Taking Rights Seriously”, publicado por primera vez en 1977, el cual volveremos a mencionar más adelante.

¹⁰⁹ Para profundizar en cuanto a las teorías básicas desde donde se estudian los principios, la lusnaturalista, la Positivista, la Romanista, sugerimos el texto de: PACHECO M. 1990. Teoría del Derecho. 4° ed. Editorial Jurídica. Santiago. Págs. 414 a 417.

¹¹⁰ ATIENZA M. y RUIZ J., 1991. Sobre principios y reglas. Doxa 10. [En línea] <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10763/1/doxa10_04.pdf> [Consulta: 6 de Noviembre de 2014].

b) “Principio” en el sentido de norma redactada en términos particularmente vagos (Atienza considera que estas normas corresponderían a “conceptos jurídicos indeterminados”).

c) “Principio” en el sentido de norma programática o directriz.

d) “Principio” en el sentido de norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico, un sector del mismo, una institución, etc.

e) “Principio” en el sentido de una norma especialmente importante aunque su grado de generalidad pueda ser relativamente bajo.

f) “Principio” en el sentido de norma de elevada jerarquía (todas las normas constitucionales serían principios).

g) “Principio” en el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación jurídicos y que señala, con carácter general, cómo se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc.

h) “Principio” en el sentido de *regula iuris*, enunciado a máxima de la conciencia jurídica de un considerable grado de generalidad, y que permite la sistematización del ordenamiento

jurídico de un sector del mismo. Tales principios pueden o no estar incorporados al derecho positivo.

Si bien esto no deja una idea precisa sobre lo que puede ser un principio, es una aproximación panorámica al concepto, que esperamos poder esclarecer a través de las teorías que procederemos a analizar.

2.- Análisis.

A.- Ronald Dworkin.

Ronald Dworkin cuestiona el hecho de que no se discuta sobre los principios jurídicos, y al tratarlos en su obra “Taking Rights Seriously” los pone nuevamente en la palestra, siendo criticado por muchos, y apoyado por otros.

Este autor postula que el derecho está conformado por normas, principios y directrices políticas. Define a las directrices como el “tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado”¹¹¹ y a los principios¹¹² como “un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca una situación económica, política o social que se considere deseable, sino

¹¹¹ DWORKIN R. 1984. Los derechos en serio. Barcelona. Editorial Ariel. Pág. 72

¹¹² Dworkin hace una distinción entre los principios en sentido genérico, que son el conjunto de los estándares que no son normas, y los principios en un sentido más específico, que es lo definido arriba.

porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”¹¹³.

Dworkin enfoca el asunto de los principios desde el punto de vista de las decisiones judiciales. Alude a que varios enfoques sobre jurisprudencia han fallado porque “ignoraron el hecho crucial de que los problemas de jurisprudencia son, en lo más profundo, problemas de principios morales, no de hechos legales o de estrategia”¹¹⁴.

Los principios entonces difieren de las normas en dos puntos. En primer lugar, su diferente naturaleza lógica¹¹⁵. Tanto los principios como las reglas establecen la dirección que la decisión debe tomar, y por lo tanto, ambos son vinculantes, pero mientras las reglas son aplicadas de forma automática, los principios no tienen ese carácter automático. En segundo lugar, su dimensión de importancia o peso¹¹⁶. Los principios debido a su falta de sistematización pueden entrar perfectamente en conflicto. Ésto consiste en que al contraponerse un principio con otro, quien resuelve debe tener en cuenta el peso relativo de cada uno. La sistematización de las normas, en cambio, evita que entren en conflicto.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ Op. cit. Pág. 51

¹¹⁵ Op. Cit. Pág. 75

¹¹⁶ Op. cit. Pág. 77

Analiza los principios desde el concepto de obligación jurídica, y en este punto considera dos puntos de vista diferentes, el primero, tratar los principios jurídicos como normas jurídicas, y el segundo, negar que los principios puedan ser obligatorios al igual que las normas, adscribiendo al primero.

En un escenario en el que las normas son o no son aplicables, los principios dan razones para decidir en un sentido determinado, pero, a diferencia de las normas, su enunciado no determina las condiciones de su aplicación. El contenido material de un principio es el que determina cuándo se debe aplicar en una situación determinada.

Los principios además informan las normas jurídicas concretas de tal forma que la literalidad de la norma puede ser desatendida por el juez cuando viola un principio que en ese caso específico, se considera importante.

Los jueces en los casos difíciles¹¹⁷ deben acudir a los principios. Pero como no hay una jerarquía preestablecida de principios es posible que éstos puedan fundamentar decisiones distintas. Dworkin sostiene que los principios son dinámicos y cambian con gran rapidez y que todo intento de canonizarlos

¹¹⁷ Para Ronald Dworkin, nos encontramos ante un caso difícil cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica establecida previamente por alguna institución; el juez tiene discreción para decidir el caso en uno u otro sentido.

está condenado al fracaso. Por esa razón la aplicación de los principios no es automática, sino que exige el razonamiento judicial y la integración del razonamiento en una teoría. El juez ante un caso difícil debe balancear los principios y optar por el que tiene más peso.

Este autor sostiene que cuando existen contradicciones o lagunas el juez no tiene discreción porque está determinado por los principios. Esta tesis está fundamentada en dos argumentos: a) cualquier norma se fundamenta en un principio, b) los jueces no pueden crear normas retroactivas. Tienen la obligación de aplicar los principios porque forman parte esencial del derecho. Los principios no son pseudo-reglas. Forman parte del derecho y los jueces tienen la obligación de aplicarlos.

B.- Robert Alexy.

Para Robert Alexy, tanto las reglas como los principios pueden concebirse como normas.

Los principios “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan

porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas”¹¹⁸. Por otro lado, las reglas “son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo o cumplidas o incumplidas”¹¹⁹. Si una regla es válida, entonces hay que hacer exactamente lo que ella exige, por tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo posible, tanto en lo fáctico como en lo jurídico. Menciona algunos criterios para distinguir los principios de las reglas. El de generalidad, dentro del cual los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto y las reglas, normas de un grado relativamente bajo. Alexy considera que este criterio, esta distinción, es una tesis débil de separación. La tesis fuerte es cuando se dice que la diferencia entre reglas y principios no es simplemente de grado, sino de tipo cualitativo, siendo para Alexy esta última la tesis correcta¹²⁰.

Respecto al problema de la colisión entre principios¹²¹⁻¹²², Alexy comenta que, si bien, no es posible efectuar un orden estricto¹²³, sí es posible un orden

¹¹⁸ ALEXY R. 1988. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Doxa 5. [En línea] <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/141737.pdf>>. [Consulta: 11 de Septiembre de 2014] Pág. 143.

¹¹⁹ Ídem.

¹²⁰ Op. Cit. Pág. 141

¹²¹ Alexy se explica más en su texto “Teoría de los Derechos Fundamentales” acerca de la colisión entre reglas, y la colisión entre principios, existiendo la primera dos formas de solucionarlo. La primera es introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto. La segunda es declarando inválida por lo menos una de las reglas, a través de reglas tales como *lex posterior derogat*

débil, el cual ha de contener tres elementos: un sistema de condiciones de prioridad; un sistema de estructuras de ponderación; y un sistema de prioridades *prima facie*. El primero se refiere a que pueden establecerse, con ocasión de la decisión para casos concretos, relaciones de prioridad que son importantes para la decisión de nuevos casos.

En este sentido, el autor habla de que bajo ciertas circunstancias, un principio prevalece sobre otro. A esto Alexy llama la ley de colisión¹²⁴: “las condiciones de prioridad establecidas hasta el momento en un sistema jurídico y las reglas que se corresponden con ellas proporcionan información sobre el peso relativo de los principios. Sin embargo, a causa de la posibilidad de nuevos casos con nuevas combinaciones de características, no se puede construir con su ayuda una teoría que determine para cada caso precisamente

legi priori o lex specialis derogat legi generali, aunque también es posible proceder con la importancia de las reglas en conflicto. En todo caso, la decisión que se toma para solucionar un conflicto de reglas es una decisión acerca de la validez de alguna de ellas.

¹²² La colisión entre principios se puede expresar como una colisión de valores y viceversa. La única diferencia es que la colisión de principios es sobre qué es debido de manera definitiva, y la de valores qué es de manera definitiva mejor. Principios y valores son lo mismo.

¹²³ Un orden estricto solamente sería posible si el peso de los valores o de los principios y sus intensidades de realización fueran expresables en una escala numérica, de manera calculable. El programa de semejante orden cardinal fracasa ante los problemas de una medición del peso y de la intensidad de realización de los principios jurídicos o de los valores jurídicos... [ALEXY R. 1988. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Doxa 5. [En línea] <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/141737.pdf>> [Consulta: 11 de Septiembre de 2014] Pág. 145-146]

¹²⁴ Op. Cit. Pág. 147

una decisión. Pero de todos modos, abren la posibilidad de un procedimiento de argumentación que no se daría sin ellas”¹²⁵.

Para el segundo elemento, Alexy formula la ley de ponderación: “cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro. La ley de ponderación no formula otra cosa que el principio de la proporcionalidad en sentido estricto”¹²⁶.

Finalmente, el tercer elemento son las prioridades prima facie, que de acuerdo al autor, establecen cargas de la argumentación. De esta manera crean un cierto orden en el campo de los principios. Indica que no contienen una determinación definitiva, ya que si son más fuertes los argumentos en favor de una prioridad de un principio que juega en sentido contrario, se cumple suficientemente con la carga de la prueba. Lo importante finalmente será la argumentación.

¹²⁵ Ídem.

¹²⁶ Ídem.

C.- Manuel Atienza.

Este profesor español, en conjunto con Juan Ruiz, efectúan un detallado análisis respecto de los principios jurídicos en su texto “Sobre Principios y Reglas”.

Los autores postulan que el derecho está compuesto por normas, las cuales pueden ser reglas y principios.

Además de indagar en las acepciones de la palabra principio¹²⁷, Atienza propone una triple clasificación de éstos: a) Principios en sentido estricto y directrices o normas programáticas, b) Principios en el contexto del sistema primario y secundario, c) Principios explícitos y principios implícitos.

En cuanto a su primera clasificación, los principios en sentido estricto son aquellos que expresan los valores superiores de un ordenamiento jurídico, un sector del mismo, una institución, etc.¹²⁸ Las normas programáticas o directrices son normas que estipulan la obligación de perseguir determinados

¹²⁷ Los autores dan 8 acepciones de la palabra, que ya expresamos anteriormente. Indican que no son excluyentes entre sí, es decir, un principio puede encasillarse en varias de las acepciones a la vez.

¹²⁸ ATIENZA M. y RUIZ J., 1991. Sobre principios y reglas. Doxa 10. [En línea] <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10763/1/doxa10_04.pdf> [Última visita el 6/11/2014] Pág. 104

finés. Criticando a Alexy, quien postula que los principios pueden ser cumplidos en diversos grados, los autores señalan que esto puede ser verdadero respecto de las directrices o normas programáticas, sin embargo no es posible en relación a los principios en sentido estricto.

En cuanto a la segunda clasificación, los principios del sistema primario son aquellos principios en cuanto pautas dirigidas a la gente en general. Los del sistema secundario en cambio, son los principios en cuanto pautas dirigidas a autoridades normativas y más en concreto, a los órganos jurisdiccionales (los autores incluyen aquí a los abogados, dogmáticos, etc.). Los principios son entonces razones de primer orden que deben ser ponderadas con otras razones. Para el sistema primario, los principios son guías para la acción., para el secundario sirven no sólo para resolver el problema, sino también para justificar las decisiones. La diferencia principal entre el sistema primario y secundario, es que la gente, a diferencia de los órganos jurisdiccionales, no tiene por qué justificar su comportamiento en relación con las normas jurídicas.

En cuanto a la tercera clasificación, que está orientada más bien al ámbito jurisdiccional, o sistema secundario, los principios explícitos son razones para la acción independientes del contenido, pero no perentorias. Son razones para la acción de los órganos jurisdiccionales por su origen, están en una

determinada fuente. No son perentorias porque no están destinadas a excluir la deliberación del órgano jurisdiccional sobre el contenido de la resolución, constituyen meramente razones de primer orden para resolver en un determinado sentido, cuya fuerza respecto de otras razones (principios) ha de ser ponderada por el propio órgano jurisdiccional. Los principios implícitos son razones para la acción que no son perentorias ni independientes del contenido. No son perentorias por lo mismo que los principios explícitos. No son independientes del contenido porque si deben entrar a formar parte del razonamiento de los órganos jurisdiccionales no es por virtud de su origen en fuente alguna, sino por cierta cualidad de su contenido. Dicha cualidad no es su justicia intrínseca, ni son simplemente pautas con arraigo social, sino su adecuación o coherencia en relación con las reglas y principios basados en fuentes¹²⁹.

Los autores postulan que los principios tienen dos funciones básicas, que son la dimensión explicativa, y la justificatoria. En cuanto a la primera, señalan que cumplen esta función en dos sentidos. Sintetizan gran cantidad de información; y por otra parte permiten entender el derecho no como un simple conjunto de pautas, sino como un conjunto ordenado, como un conjunto dotado de sentido.

¹²⁹ Respecto a esto mismo, los autores incluyen a las reglas jurídicas imperativas, sin embargo, como no forma parte de este trabajo, invitamos al lector que quiera adentrarse en este tema a leer el artículo citado Sobre Principios y Reglas.

Respecto a la dimensión justificatoria, en el razonamiento jurídico, los autores indican que en el aspecto normativo, el papel de los principios contrasta con el de las reglas en cuanto que, desde cierta perspectiva, su contribución a la argumentación es más modesta, mientras que de otro punto de vista, los principios superan a las reglas.

Son menos que las reglas en dos sentidos: no permiten ahorrar tiempo a la hora de decidir el curso de acción; y en cuanto premisas a utilizar en los argumentos prácticos, son menos concluyentes que las reglas.

Son más que las reglas en dos sentidos: al estar enunciados en términos generales, entran en juego en un mayor número de situaciones; y la menor fuerza de los principios en cuanto premisas de razonamiento práctico va aparejada a una mayor fuerza expansiva.

3.- La Neutralidad de la Red como Principio Jurídico

Ya hemos adelantado que la neutralidad de la red se configura como un principio jurídico.

Ahora bien, ¿por qué es un principio jurídico? En primer lugar, y según Dworkin, para quien los principios aseguran derechos; consideramos que lo que encierra la neutralidad de la red es un derecho, por ello, ésta misma se enmarca dentro de lo que es un principio. Siguiendo al mismo autor, encontramos por otro lado el contenido moral que contienen los principios. Explicaba Dworkin en sus textos que es muy difícil efectuar un catálogo taxativo de principios, porque éstos van cambiando de acuerdo a las circunstancias, y que al terminar una lista, ésta ya habría cambiado en virtud de esta evolución constante. En nuestro primer Capítulo, ya expresamos que la neutralidad de la red es un concepto en constante discusión porque va adecuándose a la realidad de internet, que tiene una evolución constante, y por lo mismo es que la propia neutralidad de la red va asegurando derechos de quienes acceden a internet (ya sea usuarios, proveedores de contenido, etc.) a medida que se van descubriendo nuevas tecnologías y nuevas formas de vulnerar derechos, lo que en un inicio comenzó con la protección de la igualdad, luego continuó con la batalla por proteger la libertad de expresión, y así, es un constante cambio, y pese a que los derechos nombrados son muy diferentes, ambos son protegidos actualmente por la neutralidad de la red. En otras palabras, la neutralidad de la red protege la igualdad de acceso a contenidos y de transporte de paquetes, así como la libertad de expresión, y de información, por lo que es posible enmarcarla dentro de lo que es un principio para Dworkin, añadiendo además

que en muchos países no existe legislación que consagre la neutralidad de la red, sin embargo, es conocida, contemplada y discutida en la mayoría de ellos, dado su alto contenido de moralidad.

Si según Dworkin ya hemos establecido que es un principio, según Alexy tendríamos que efectuar la distinción que éste hace entre las reglas y los principios, los cuales ya hemos definido anteriormente. Los principios representan mandatos de optimización, es decir, son “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”, a diferencia de las reglas, que “contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible”. Sobre el criterio de la optimización se asienta entonces la tesis fuerte de la separación entre principios y reglas, una separación cualitativa y no gradual que lleva a Alexy a sostener que “toda norma es o bien una regla o un principio”. Siguiendo esto, la neutralidad de la red de hecho no contiene ninguna determinación en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible, y dado que hay determinadas circunstancias en las que el concepto se flexibiliza (por ejemplo, respecto de la gestión que realizan algunos ISP en cuanto a bloqueo de correos *spam* y virus), se estaría cumpliendo con ésta misma en cierta medida, por lo que no siendo una regla, la neutralidad de la red debe ser un principio. Atienza y Ruiz son de la misma consideración que Alexy en cuanto a que el Derecho se conforma de

normas, las que a su vez pueden ser reglas o principios; pero para ellos, la distinción ha de efectuarse en dos enfoques, el estructural y el funcional. Según el primero, un principio define los casos a los que es aplicable de una manera abierta, mientras que las reglas lo hacen de una manera cerrada. El segundo, como razones para la acción, consideran el asunto desde una perspectiva más bien de sistema secundario, cuando se dan las condiciones de aplicación de las reglas, los órganos jurisdiccionales deben excluir su propio juicio y aplicar la regla. Los principios en cambio, cuando se dan las condiciones de aplicación han de aplicarse, pero no son perentorios, ya que no excluyen la deliberación del tribunal en cuanto al contenido de la resolución. De acuerdo a lo recientemente señalado, la neutralidad de la red está configurada de manera amplia en cuanto a su propia aplicación, ya que se habla en términos generales (como igualdad, libertad de expresión, libertad de información, y siendo los anteriores reconocidos como principios, entonces podríamos decir que la neutralidad de la red es un subprincipio de todos ellos), por lo que no siendo una regla, ha de ser un principio.

En base a lo anterior, el punto relevante ahora es, en cuál de estas tres principales teorías lo enmarcamos. Podríamos decir que, la neutralidad de la red es entonces, citando a Dworkin, un estándar que ha de ser observado

porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. Esto, en una mirada preliminar, es bastante aceptable.

Por otra parte, caracterizar la neutralidad de la red bajo los términos de Alexy, como un mandato de optimización que puede ser cumplido en diversos grados y cuya la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas, también es aceptable.

Finalmente, si encasilláramos a la neutralidad de la red dentro de la teoría de Atienza-Ruiz, podríamos verla como lo que postulan como un principio en sentido estricto, es decir, como un valor superior de un ordenamiento jurídico, orientado tanto al sistema primario como secundario, puesto que establece pautas de conducta tanto para las personas en general, como para los órganos jurídicos en los distintos casos que se han presentado, (y de los cuales dimos cinco ejemplos en el Capítulo anterior); y explícito.

Ahora bien, analizando a la neutralidad de la red, tal y como explicamos en el Capítulo anterior, ésta básicamente intenta regresar al principio del “end to end”, que consiste en tratar con igualdad todos los paquetes de datos. Y no sólo eso, la neutralidad de la red, además de la igualdad en cuanto a transporte de

datos, es una igualdad en cuanto a acceso a contenidos, servicios, aplicaciones, etc.¹³⁰. En ese sentido, podemos indicar que la neutralidad de la red es una derivación del principio de igualdad, que se presenta exclusivamente en internet, pero no por ello es menos importante. Entonces, la neutralidad de la red es, en consecuencia, un subprincipio de la igualdad cuyo objetivo es asegurar el derecho de todos los que tienen acceso a la red, ya sea usuarios o proveedores de contenidos, a que el tráfico de la internet será en términos igualitarios, “sin discriminación, restricción o interferencia, independiente del remitente, receptor, tipo, contenido, dispositivo, servicio o aplicación”¹³¹.

Por otro lado, tal y como adelantamos anteriormente, la neutralidad de la red tiene una firme relación con la libertad de expresión, la cual es un derecho fundamental, o derecho humano, consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948¹³². Esta libertad de expresión, que contiene dos dimensiones, primero la libertad de emitir opinión, y segundo, el derecho de los otros de poder acceder a esa información u opinión, también guarda estrecha relación con la igualdad, puesto que todos han de ser libres de expresarse, así como todos tienen el derecho de acceder a esa opinión. La neutralidad de la red condensa en sí misma una libertad, un derecho y un principio, que son la

¹³⁰ También se habla de la neutralidad de la red desde el enfoque de la libertad: libertad de expresión, libertad de acceso, etc.

¹³¹ Según la definición de la Comisión Europea.

¹³² Esta declaración se encuentra disponible en el sitio web <<http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml>>. [Consulta: 29 de Septiembre de 2014].

libertad de expresión, la de información, y la igualdad. Siendo así de importante, es aún más dura la tarea de decidir la postura que mejor se adapte para la adecuada comprensión y consideración de este principio.

Respecto a la tesis de Dworkin, podemos decir que compartimos su visión de que desde el concepto de obligación jurídica, se debe tratar a los principios jurídicos como normas jurídicas. Compartimos además la idea de que los jueces en los casos difíciles deben acudir a los principios.

De adscribir la teoría de Alexy, si consideramos los hechos como son, y no necesariamente como deben ser, es una teoría que se ajusta bastante, ello porque hasta el momento, la neutralidad de la red ha sido un principio cumplido en la medida de las posibilidades, y no como un principio observado rigurosamente. Sin embargo, si vemos las cosas desde el punto de vista de lo que debería ser, nos causa conflicto el hecho de que puedan existir distintos grados del cumplimiento de un principio que, conteniendo en sí mismo a la igualdad, y las libertades de expresión y de información, debería tener una observancia plena.

Respecto de Atienza y Ruiz, apoyamos plenamente su crítica a Alexy, de que los principios en sentido estricto no pueden ser cumplidos por grados.

Considerando que la neutralidad de la red es un principio en sentido estricto que debe ser observado tanto por la generalidad de las personas, como por los órganos jurídicos, que es explícito, y que cumple plenamente con las dos funciones básicas que los autores asignan a los principios. Ello porque en la primera función, sienta las pautas para un internet abierto e igualitario, así como permite mantener el sentido de unidad en cuanto a las libertades y restricciones que se tienen fuera y dentro de la red, asegura derechos que son propios de las personas en otras áreas fuera de la red. En cuanto a la segunda función, si bien es cierto que en ciertos lugares donde no ha sido plasmado legalmente puede tener ciertos conflictos, su aplicación en el derecho cubre un gran número de situaciones.

En suma, consideramos que la neutralidad de la red es un principio jurídico que puede ser enmarcado en las tres teorías sobre principios que analizamos, sin embargo, para el cumplimiento de los objetivos que creemos que debe cumplir consideramos que es más adecuada la última de las teorías, por lo anteriormente expresado.

CAPÍTULO III

EL PRINCIPIO DE LA NEUTRALIDAD EN LA RED EN LOS ÚLTIMOS FOROS INTERNACIONALES.

1.- Generalidades:

Tal como se ha advertido en el Capítulo I de este trabajo, la neutralidad en la red ha sido objeto de fuertes discusiones no sólo en cuanto a su alcance conceptual, sino también respecto de la necesidad de contar o no con un marco regulatorio positivo que norme el principio de la neutralidad para su aplicación [imposición] coercitiva en las distintas Naciones. Sin embargo, dada la multiplicidad de acepciones del concepto (y al parecer no se vislumbra un próximo consenso en relación a los aspectos que abarca la neutralidad en la red), las diversas posturas en relación a la necesidad o críticas que se han formulado a la consagración legal de este principio, las distintas realidades y necesidades que les asisten a los países en relación a internet, entre otros múltiples factores, es que el legislador comparado y nacional ha adoptado diversas posturas en relación al tema que venimos comentando con la finalidad de garantizar la efectividad de la aplicación de la neutralidad en la red a la

realidad nacional respectiva. Sin embargo, debemos advertir también que dicho fenómeno no ocurre como consecuencia de situaciones herméticas sino que se trata de un complejo proceso de desarrollo global que ha estado presente en diversos foros multilaterales en los cuales han tenido presencia distintos actores sean diplomáticos, científicos, investigadores, organizaciones civiles, etc. Es en el marco de estos encuentros internacionales que se ha ido discutiendo y moldeando el principio de la neutralidad en la red en sus diversos aspectos., todo ello dado que al parecer la comunidad internacional comprende que se trata de un fenómeno de inevitable interdependencia, de manera que se aconsejaría un tratamiento similar en la arquitectura del funcionamiento de internet como fenómeno global¹³³. Es por ello que en las siguientes líneas, y previo al desarrollo de la situación jurídica de la neutralidad en la red de los países en que ha tenido mayor relevancia a juicio nuestro, se comentará los puntos más importantes que se han tratado sobre la neutralidad en la red en los foros multilaterales que han tenido lugar en el último periodo, año 2014.

¹³³ Sobre estos puntos, se ha creado un importantísimo organismo informal que aborda la neutralidad en la red (la Dynamic Coalition on Network Neutrality [DC NN]), teniendo presencia en diversos foros de discusión multilateral respecto de la gobernanza de internet y el fenómeno de la neutralidad en la misma, que más adelante se detallará.

2.- Encuentro Global sobre el futuro de la Gobernanza en internet en

Brasil:

2.1.- Antecedentes:

Producto del espionaje masivo realizado por la Agencia Nacional de Seguridad de los Estados Unidos (SNA) a más de 35 líderes del mundo¹³⁴ revelados por Edward Snowden en el año 2013, se generó una serie de críticas a las políticas externas de los Estados Unidos y fue Alemania quien reaccionó con mayor dureza que, a través de su Canciller Ángela Merkel, confrontó a Barack Obama señalándole entre otras cosas que “espiarse entre amigos es inaceptable”¹³⁵ y dejando entrever que los casos de espionaje afectan no sólo a Alemania sino que se trata de una amenaza a la tranquilidad global. En este escenario, la Comisión Europea también reaccionó indicando a través de su vicepresidenta, Viviane Reding, que *“los escándalos de espionaje muestran que la protección de datos debe aplicarse a todo el mundo, tanto si hablamos de correos electrónicos de ciudadanos anónimos o del teléfono móvil de Ángela Merkel”*, asimismo añade que *“necesitamos de nuevas normas Europeas para*

¹³⁴ STURUM, C. 2013. NSA monitoreó los teléfonos de 35 líderes mundiales. [En línea]. Fayerwayer. 24 de Octubre, 2013. <<http://www.fayerwayer.com/2013/10/nsa-monitoreo-los-telefonos-de-35-lideres-mundiales/>>. [Consulta: 18 Diciembre 2014].

¹³⁵ GALLEGOS, J. 2013. Angela Merkel a Barack Obama: 'Espiar entre amigos es inaceptable'. [En línea]. El Mundo. 24 de Octubre, 2013. <<http://www.elmundo.es/mundo/2013/10/24/5269083f61fd3d5e768b457c.html>>. [Consulta: 18 de Diciembre 2014].

*contrarrestar las amenazas de vigilancia [...] sólo así, la Unión Europea podrá enfrentarse de forma creíble a Estados Unidos*¹³⁶.

Pero no sólo la canciller alemana fue víctima de espionaje, sino también los ayudantes y funcionarios de la petrolera estatal de Brasil, Petrobras, y la mismísima presidenta de Brasil, Dilma Rousseff, quien reaccionó el 24 de Septiembre de 2013 ante las Naciones Unidas con un enérgico discurso¹³⁷ señalando entre otras cosas que las prácticas de espionaje por parte de Estados Unidos constituyen una “violación al derecho internacional”, además “que los argumentos entregados por dicho país sobre el espionaje en Brasil y otros Estados miembros de la ONU son insostenibles” agregando que “Brasil sabe cómo protegerse a sí mismo”. Así, Rousseff no dudó en proponer un marco de gobernanza multilateral sobre internet para precaver la vigilancia internacional de los Estados Unidos indicando que “*debemos establecer mecanismos multilaterales para la world wib web*”¹³⁸.

Es bajo este contexto que la presidenta Rousseff, junto con el apoyo de ICANN, decide organizar, en conjunto con el CGI.br2, el ambicioso encuentro denominado NetMundial en Sao Paulo, que, a través de un modelo

¹³⁶ *ibid.*

¹³⁷ Dicho discurso se encuentra disponible en el sitio web: <<https://www.youtube.com/watch?v=lhcKqJKtaPg>>. [Consulta: 19 de Diciembre 2014].

¹³⁸ PLATT, S. 2013. Brazil's Rousseff to UN: US surveillance an 'affront'. [En línea]. RT. 26 de Septiembre, 2014. <<http://rt.com/news/brazil-rousseff-nsa-usa-278/>>. [Consulta: 19 de Diciembre 2014]

multisectorial (con representantes de gobiernos, sector privado, academia y sociedad civil), pretendió llegar a acuerdos globales en torno a los principios que debieran gobernar Internet y, adicionalmente, generar un plan de desarrollo para la gobernanza de Internet del futuro¹³⁹.

2.2.- El foro NetMundial:

Una de las diferencias fundamentales entre NetMundial y otros foros internacionales en la materia, a juicio de Claudio Ruiz¹⁴⁰, es que el objetivo era consensuar un documento de principios, que fue preparado en los dos días de conferencia y luego de distintos procedimientos de participación remota. Usualmente los encuentros sobre gobernanza de Internet suelen estar ajenos a los *resultados* (el IGF es un ejemplo de ello), y siempre el número de participantes en estos eventos se utiliza como argumento para la imposibilidad de llegar a consensos. No en NetMundial¹⁴¹.

A pesar de tales cualidades y los aportes que le significó el Encuentro Global sobre el Futuro de la Gobernanza en Internet a la comunidad, éste no ha

¹³⁹ RUIZ, C. 2014. NetMundial: el futuro en internet no será televisado. [En línea]. ONG Derechos Digitales en línea. 14 de Mayo, 2014. <<https://www.derechosdigitales.org/7356/netmundial-el-futuro-de-internet-sera-televisado/>>. [Consulta: 19 de Diciembre 2014].

¹⁴⁰ Director Ejecutivo de ONG Derechos Digitales. Dirige proyectos vinculados a la defensa y promoción de los derechos fundamentales en el entorno en línea, particularmente libertad de expresión, derechos de autor y acceso al conocimiento.

¹⁴¹ RUIZ, C. 2014. NetMundial: el futuro en internet no será televisado. Publ. Cit.

estado exento de críticas. Efectivamente se han señalado como falencias el hecho que no se haga un reconocimiento explícito a los problemas que supone la extensión agresiva de los derechos de autor y marcarios en Internet. El documento oficial hace una débil defensa de la necesidad de un sistema de inmunidad a intermediarios en materia de derechos de autor, que ha sido explícitamente señalado como fundamental para la libertad de expresión en Internet. Adicionalmente, hace una condena poco sustantiva a la vigilancia masiva realizada por agencias estatales en colaboración con empresas de tecnología, que es incompatible con el ejercicio del derecho a la privacidad y el principio de proporcionalidad. En este sentido, es un documento con carencias graves¹⁴².

Por tales motivos, nos parece conveniente, abordar primero los puntos desarrollados en el informe titulado “NetMundial Multistakeholder Statement” que constituye el resultado de conclusiones alcanzadas en el marco del foro NetMundial, para luego comentar acerca de los alcances de dicho foro respecto de la neutralidad en la red.

¹⁴² *Íbid.*

2.2.1.- El informe del Encuentro Global sobre el Futuro de la Gobernanza en Internet, Brasil 2014¹⁴³:

Tal como lo indica el preámbulo de dicho informe, éste constituye el resultado no vinculante de abajo hacia arriba y abierto, del proceso participativo que involucró a miles de personas de diversos gobiernos, el sector privado, la sociedad civil, comunidad técnica y académicos de todo el mundo. La conferencia NetMundial fue el primero de su tipo y por tanto, es de esperar que contribuya a la evolución del ecosistema sobre gobernanza de internet.

El referido documento no hace sino plasmar una serie de recomendaciones que se han preparado con el fin de orientar al foro NetMundial hacia el consenso. Éste ha sido un esfuerzo de colaboración entre los representantes de todos los grupos interesados. Se recibieron más de 180 contribuciones por parte de interesados de todo el mundo. Dichas contribuciones se han tomado como base para la elaboración de las recomendaciones presentadas a los participantes de NetMundial hacia el desarrollo de un amplio consenso, las cuales también pretenden constituir un aporte potencialmente valioso para su uso en otros foros y entidades relacionadas con la gobernanza de Internet.

¹⁴³ Este informe se encuentra disponible en su versión original en el sitio <<http://netmundial.br/netmundial-multistakeholder-statement/>>. [Consulta: 20 de Diciembre 2014].

En suma, este informe consta de dos partes, la primera desarrolla los principios que deben regir en la gobernanza sobre internet, y la segunda, expone un plan de trabajo para la futura evolución del ecosistema de Gobernanza de Internet, el cual será comentado en el Capítulo V de este trabajo. En consecuencia, sólo expondremos en las siguientes líneas los contenidos del informe relativo a los acuerdos alcanzados en el foro NetMundial sobre los principios que deben regir en la gobernanza sobre internet.

Estos principios han sido agrupados en 5 clases, muchos de ellos se subdividen en subprincipios, todos los cuales se encuentran explicados en el mismo documento, tales principios consisten en:

a.-DERECHOS HUMANOS Y VALORES COMPARTIDOS

Los derechos humanos son universales, como queda recogido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y que deben respaldar los principios de gobernanza de Internet. Los derechos que tiene la gente en línea también deben protegerse en línea, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos obligaciones legales, incluyendo los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y Económicos, Sociales

y Culturales, y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Estos derechos incluyen, pero no se limitan a:

- *Libertad de expresión: Toda persona tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye la libertad de sostener opiniones sin interferencia y de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas por cualquier medio y sin consideración de fronteras.*
- *Libertad de asociación: Toda persona tiene el derecho de reunión y de asociación pacíficas en línea, incluso a través de las redes sociales y plataformas.*
- *Privacidad: El derecho a la privacidad debe ser protegido. Ésto incluye no estar sujeto a prácticas arbitrarias o ilegales en la vigilancia, el tratamiento y uso de datos personales. El derecho a la protección de la ley contra tales injerencias debe garantizarse.*

Se deben revisar procedimientos, prácticas y legislación en cuanto a la vigilancia de las comunicaciones, su interceptación y la obtención de datos personales, incluidos los medios de vigilancia, interceptación y recolección, con el fin de defender el derecho a la privacidad y asegurar la aplicación plena y

efectiva de todas las obligaciones en virtud del derecho internacional de los derechos humanos.

- *Accesibilidad: las personas con discapacidad deben gozar de pleno acceso a los recursos en línea para lo cual se debe promover el diseño, desarrollo, producción y distribución de información accesible, tecnologías y sistemas en Internet.*

- *La libertad de información y el acceso a la información: Todo el mundo debería tener el derecho de acceder, compartir, crear y distribuir información en internet, en consonancia con los derechos de los autores y creadores a lo establecido en la ley.*

- *Desarrollo: todas las personas tienen derecho al desarrollo y la internet tiene un papel vital que desempeñar para ayudar a lograr la plena realización de los objetivos de desarrollo sostenible convenidos a nivel internacional. Es una herramienta vital para dar a las personas que viven en la pobreza los medios para participar en los procesos de desarrollo.*

b.- PROTECCIÓN DE LOS INTERMEDIARIOS

Las limitaciones de responsabilidad de intermediación deben aplicarse de una manera que respete y promueva el crecimiento económico, la innovación, la creatividad y la libre circulación de información. En este sentido, debe fomentarse la cooperación entre todas las partes interesadas para abordar y disuadir la actividad ilegal, de acuerdo con un proceso justo.

c.- CULTURA Y LA DIVERSIDAD LINGÜÍSTICA

La gobernanza de Internet debe respetar, proteger y promover la diversidad cultural y lingüística en todas sus formas.

- *Espacio unificado y no fragmentado: Internet debe seguir siendo un nivel global coherente, interconectado, estable, sin fragmentar, escalable y accesible red-de-redes, basada en un conjunto común de identificadores únicos y que permite que los paquetes de datos / información fluya libremente de extremo a extremo, independientemente de la los contenidos legales.*

- *Seguridad, estabilidad y resistencia de Internet: La seguridad, estabilidad y resistencia de Internet deberían ser un objetivo fundamental de*

todas las partes interesadas en la gobernanza de Internet. Como un recurso global universal, la Internet debe ser una red segura, estable, resistente, fiable y de confianza. La efectividad en el tratamiento de los riesgos y amenazas a la seguridad y estabilidad de Internet depende de una estrecha cooperación entre los diferentes actores.

•Arquitectura abierta y distribuida: Internet debe ser preservado como un ambiente fértil e innovador basado en una arquitectura de sistema abierto, con la colaboración voluntaria, colectiva y participativa, y debe defender la naturaleza de extremo a extremo de la Internet abierta, y buscar expertos técnicos para resolver problemas técnicos en el lugar apropiado de una manera consistente con este enfoque abierto y colaborativo.

d.- ENTORNO FAVORABLE A LA INNOVACIÓN SOSTENIBLE Y CREATIVIDAD

La capacidad de innovar y crear ha estado en el corazón del notable crecimiento de Internet y ha traído gran valor a la sociedad global. Para la preservación de su dinamismo, la gobernanza de Internet debe seguir permitiendo la innovación, en consonancia con otros principios de este

documento. La empresa y la inversión en infraestructura son componentes esenciales de un entorno propicio.

e.- PRINCIPIOS DE PROCESO DE GOBIERNO INTERNET

- *Multisectorial: la gobernanza de Internet debe basarse en procesos de múltiples actores democráticos, garantizando la participación significativa y responsable de todos los interesados, incluidos los gobiernos, el sector privado, la sociedad civil, la comunidad técnica, la comunidad académica y los usuarios. Las funciones y responsabilidades de las partes interesadas deben interpretarse de manera flexible con referencia al tema en discusión.*

- *Abrir la gobernabilidad y participación basadas en el consenso: El desarrollo de las políticas públicas internacionales relativas a Internet y los mecanismos de gobernanza de Internet debe permitir la participación plena y equilibrada de todas las partes interesadas del mundo, y realizarse por consenso en la medida de lo posible.*

- *Transparente: Las decisiones deben ser fáciles de entender, los procesos deben estar claramente documentados y seguir los procedimientos acordados,*

los cuales deben ser desarrollados y acordados a través de procesos que involucre las múltiples partes interesadas.

- *Responsable: Deben existir los mecanismos de control, así como también los medios para la revisión y reparación. Los gobiernos tienen la responsabilidad primaria, jurídica y política para la protección de los derechos humanos.*

- *Inclusivo y equitativo: las instituciones y los procesos de gobernanza de Internet deben ser incluyentes y abiertas a todos los interesados. Los procesos, incluyendo la toma de decisiones, deben ser de abajo hacia arriba, lo que permite la plena participación de todos los interesados, de una manera que no perjudica a ninguna categoría de grupos de interés.*

- *Distribuido: La Gobernanza de Internet debe llevarse a cabo a través de una distribución, ecosistema descentralizado y multisectorial.*

- *Colaboración: La Gobernanza de internet debe basarse en y fomentar enfoques de colaboración y de cooperación que reflejan los insumos y los intereses de las partes interesadas.*

- *Habilitación de una participación significativa: Toda persona afectada por un proceso de gobernanza de internet debería ser capaz de participar en ese*

proceso. Particularmente, las Instituciones y procesos de gobernanza de Internet deben apoyar el desarrollo de capacidades para los recién llegados, especialmente los grupos de interés de los países en desarrollo y los grupos menos representados.

- *Acceso y bajas barreras: la gobernanza de Internet debe promover el acceso universal a internet, la igualdad de oportunidades, asequible y de alta calidad por lo que debe ser una herramienta eficaz para permitir el desarrollo humano y la inclusión social. No debe haber barreras injustificadas o discriminatorias de entrada para nuevos usuarios. El acceso del público es una herramienta de gran alcance para facilitar el acceso a internet.*

- *Agilidad: Las políticas de acceso a los servicios de internet deben estar orientadas a futuro y la tecnología neutral, de modo que sean capaces de adaptarse a tecnologías en rápida evolución y los diferentes tipos de uso.*

2.2.2.- El principio de la neutralidad en la red en el informe del Encuentro Global sobre el Futuro de la Gobernanza en Internet, Brasil 2014:

El reconocimiento de la importancia del principio de neutralidad de la red no está lo suficientemente enfatizado en el foro NetMundial, tampoco en el documento oficial ni menos su relación con el ejercicio de otros derechos humanos, de hecho, la parte sustantiva de esta discusión fue dejada para más adelante.

En efecto, señala el informe dentro de su acápite IV (Points to be further discussed beyond NetMundial) expresamente que *“hubo discusiones muy productivas e importantes sobre el tema de la neutralidad de la red en NetMundial, con opiniones divergentes en cuanto a si debe o no incluir el término específico como principio en los resultados. Los principios sí incluyen conceptos de un Internet abierto y los derechos individuales a la libertad de expresión e información. Es importante que continuemos la discusión de la Internet abierta incluyendo cómo habilitar la libertad de expresión, la competencia, la elección del consumidor, la transparencia significativa y gestión de red adecuada y recomendar que se aborde esta cuestión en foros tales como el próximo IGF”*.

En términos generales, diversos actores que comentando lo acontecido en el encuentro, no dudan en señalar la vaguedad en que se abordó la neutralidad en la red, existiendo, una vez más, gran multiplicidad de opiniones en la materia y la falta de consenso que históricamente ha existido respecto de los ámbitos de una red neutral. NetMundial dio cuenta de aquello y no logró generar consenso respecto de una política de gobernanza global sobre la neutralidad en la red. En este sentido, la vicepresidenta de la Comisión Europea, Neelie Kroes, señala que no existe un consenso universal sobre el concepto de neutralidad en la red, *“hay definiciones diferentes”*¹⁴⁴, asimismo agrega el Vicepresidente de la empresa de tecnología Cisco, Robert Pepper, que la propuesta de neutralidad en la red no genera consenso porque *“significa cosas diferentes para personas diferentes, y está siendo implementado en formas distintas”*¹⁴⁵.

Pese a las diferencias conceptuales irreconciliables, los asistentes de más de 80 países, parecen comprender el tratamiento de Internet de manera similar a lo exigido por el principio de neutralidad en la red, de manera que las posturas tan explícitamente disímiles, en la práctica tienden a acercarse por

¹⁴⁴ La neutralidad en la red, la deuda del encuentro internacional en Brasil. [En línea] La Nación en internet. 25 de Abril, 2014. < <http://www.lanacion.com.ar/1685132-la-neutralidad-de-la-red-la-deuda-del-encuentro-internacional-en-brasil>> [Consulta: 31 de Octubre 2014]

¹⁴⁵ *Íbid.*

cuanto los principios de los procesos de gobernanza en internet, obtenidos como resultado de dicho encuentro, revelan una clara intención de neutralidad en la internet global, fundamentalmente bajo los principios de “inclusivo” y “equitativo” ya expuestos, los cuales determinan que las instituciones y los procesos de gobernanza en internet deben ser incluyentes y abiertas a todas las partes interesadas, así, los procesos, incluyendo la toma de decisiones, deben ser de abajo hacia arriba, lo que permite la plena participación de las personas, de manera que no exista desventajas en relación a cualquier categoría de interesados¹⁴⁶. Asimismo se ha consensuado que los principios que deben regir en la gobernanza de internet deben ser acorde a lo exigido por los derechos humanos dada su naturaleza de universalidad que los rige, ésto incluye por lo tanto a la neutralidad en la red. Es por ello que se declara que entre otros derechos fundamentales que alcanza a la internet, como vimos, se encuentran los derechos a la “accesibilidad” el cual permite que las personas deben disfrutar de un acceso completo a internet, promover el diseño, desarrollo, producción y distribución de información, tecnologías y sistemas en internet, además del derecho a “la libertad de información y acceso a la misma” por el cual se asegura que todas las personas tienen el derecho a acceder, compartir, crear y distribuir la información en internet en concordancia con los

¹⁴⁶ NetMundial-Multistakeholder Statement. [En línea] 24 de Abril, 2014. < <http://netmundial.br/wp-content/uploads/2014/04/NETmundial-Multistakeholder-Document.pdf>> [Consulta: 31 de Octubre 2014].

derechos de los autores y creadores establecidos en la ley¹⁴⁷. En otras palabras, si bien en el foro no se desarrolla directamente la neutralidad en la red, se ha llegado a consenso sobre aspectos que deben regir en el tratamiento o gobernanza en internet que precisamente coinciden con las características del principio de la red neutral.

Es por ello que, a pesar de las diferencias, se ha catalogado por los participantes del encuentro como un saludo del primer paso hacia la creación de un modelo global de gobernanza de internet que sea capaz de proteger derechos como los de libertad de expresión, de privacidad y neutralidad¹⁴⁸.

3.- Foro multilateral de Gobernanza en Internet (IGF) 2014, en Estambul:

3.1.- Antecedentes:

El Foro de Gobernanza de Internet (IGF) es un foro abierto que no tiene miembros. Fue establecido por la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información en 2006. Desde entonces, se ha convertido en el foro multilateral

¹⁴⁷ Ídem.

¹⁴⁸ La neutralidad en la red, la deuda del encuentro internacional en Brasil. Publ. cit.

mundial líder en cuestiones de políticas públicas relacionadas con la gobernanza de Internet¹⁴⁹.

Este Foro, según su documento oficial¹⁵⁰, sirve para unir a la gente de diversos grupos interesados en pie de igualdad, en los debates sobre cuestiones de política pública relacionadas con internet. Aunque no existe una solución negociada, el foro IGF inspira a las personas con poder de decisión política, tanto en el sector público como privado. En su reunión anual de delegados se discuten, el intercambio de información y compartir las buenas prácticas con los demás. El IGF facilita un entendimiento común de cómo aprovechar al máximo las oportunidades de internet y los riesgos y desafíos que surgen de direcciones.

De acuerdo al mismo documento, el IGF es también un espacio que da a los países en desarrollo las mismas oportunidades que los países más ricos a participar en el debate sobre la gobernanza de Internet y facilitar su participación en las instituciones y acuerdos vigentes. En última instancia, se establece que la participación de todos los interesados, desde países

¹⁴⁹ Información obtenida de su sitio oficial <<http://www.intgovforum.org/cms/aboutigf>>. [Consulta: 27 de Noviembre de 2014].

¹⁵⁰ Dicho documento se encuentra disponible en formato Word en el sitio <<http://www.intgovforum.org/cms/aboutigf>>, en su link "What is IGF". [Consulta 27 de Noviembre de 2014]

desarrollados, así como también los países en desarrollo, resultan necesarios para el futuro desarrollo de internet.

Asimismo, se indica que su mandato de la ONU le da el poder de convocatoria y la autoridad para servir como un espacio neutral para todos los actores en pie de igualdad. Como un espacio de diálogo que puede identificar los temas que se abordarán en las decisiones de la comunidad internacional y de la forma que se tomarán en otros foros. El IGF con ello puede ser útil en la conformación de la agenda internacional y en la preparación del terreno para las negociaciones y la toma de decisiones en otras instituciones. El IGF no tiene poder de redistribución, y sin embargo, tiene el poder de reconocimiento (el poder de identificar las cuestiones clave).

Finalmente, destaca el documento que una pequeña Secretaría se creó en Ginebra para apoyar la IGF, y el Secretario General de la ONU designó a un grupo de asesores, en representación de todos los grupos interesados, para que le ayuden en la convocatoria de la IGF. La Asamblea General de las Naciones Unidas acordó en diciembre de 2010 para ampliar el mandato del IGF por otros cinco años. El IGF se financia mediante contribuciones voluntarias.

3.1.1.- Conexión de la ONU¹⁵¹:

Hace más de 60 años, la Asamblea General de la ONU aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Los negociadores entonces no podrían haber imaginado muchas décadas después de que habría una nueva invención, la internet; sin embargo, parece que tenían internet en mente al redactar el artículo 19:

"Toda persona tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye la libertad de sostener opiniones sin interferencia y de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas por cualquier medio y sin consideración de fronteras".

Este artículo resume la esencia misma de internet y su naturaleza sin fronteras. El internet es visto como proporcionar una plataforma internacional crucial. El IGF sirve como un laboratorio, un espacio neutral, donde todos los actores puedan exponer un problema relativo a la Gobernanza de internet cual sea su naturaleza. En suma, IGF proporciona un espacio de diálogo donde los actores interesados pueden acceder a una información y plantear sus inquietudes sin la preocupación de que una decisión pueda ser tomada en contra de sus intereses.

¹⁵¹ *Íbid.*

3.1.2.- El párrafo 72 de la Agenda de Túnez¹⁵²:

El mandato de IGF se encuentra contenido en el párrafo 72 a 80, que señalan lo siguiente:

72. Solicitamos al Secretario General de la ONU, en un proceso abierto e integrador, convoque para el segundo trimestre de 2006, una reunión del nuevo foro de múltiples interesados sobre políticas diálogo llamado el Foro de Gobernanza de Internet (IGF). El mandato del Foro es:

- Discutir cuestiones de política pública relacionadas con los elementos clave de la gobernanza de Internet con el fin de fomentar la sostenibilidad, la solidez, la seguridad, la estabilidad y el desarrollo de Internet;
- Facilitar el diálogo entre organismos que se ocupan de las diferentes políticas públicas internacionales transversales en términos de Internet y discutir cuestiones que no entran dentro del alcance de cualquier órgano ya existente;
- Comunicación con las organizaciones intergubernamentales apropiadas y otras instituciones en temas de su competencia;

¹⁵²Datos obtenidos del sitio: <<http://www.intgovforum.org/cms/aboutigf>> en un documento formato PDF disponible en el link "IGF Brochure" de dicho sitio. [Consulta: 28 de Noviembre 2014]

- Facilitar el intercambio de información y mejores prácticas, y en este sentido aprovechar plenamente las competencias de las comunidades académicas, científicas y técnicas;
- Asesorar a todos los interesados en proponer formas y medios para acelerar la disponibilidad y asequibilidad de la Internet en el mundo en desarrollo;
- Fortalecer y mejorar la participación de los interesados en los mecanismos de gobernanza de Internet actuales y / o futuros, en particular los de los países en desarrollo;
- Identificar los problemas emergentes, llevarlos a la atención de los órganos competentes y el público en general, y, en su caso, formular recomendaciones;
- Contribuir a la creación de capacidad para la gobernanza de Internet en los países en desarrollo, aprovechando lo más posible las fuentes locales de conocimiento y experiencia;
- Promover y evaluar, en forma permanente, la materialización de los principios de la CMSI en los procesos de gobernanza de Internet;
- Comenta, entre otras cosas, las cuestiones relativas a los recursos críticos de Internet;

- Ayuda para encontrar soluciones a los problemas derivados del uso y el mal uso de la Internet, de particular interés para los usuarios diarios;

3.2.- El foro IGF 2014.

Como ya se ha mencionado, la dinámica divergente en el plano internacional respecto a los elementos que abarca una red neutral, lejos de encontrar unificación de criterios, se mantiene acentuada. Así queda de manifiesto en la novena edición de Foro de Gobernanza de Internet (Internet Governance Forum o IGF) llevada a cabo en Estambul, Turquía los días 2 a 5 de Septiembre 2014, que en definitiva no hace más que replicar la situación ocurrida en el Encuentro Global sobre el Futuro de la Gobernanza en Internet de Brasil con distintos actores, distintos matices, pero el mismo problema. Cabe destacar sin embargo, que el IGF se define como un espacio de diálogo “*multistakeholder*”, ésto es, plural, desde distintos sectores; donde gobiernos, comunidad técnica, empresas y sociedad civil se reúnen para debatir sobre temas fundamentales asociados al desarrollo de internet. Por lo tanto, objetivo del foro IGF no es lograr acuerdos específicos o realizar declaraciones

consensuadas, sino **generar un marco de entendimiento** que luego pueda dar lugar a implementación de políticas nacionales¹⁵³.

En este foro 2014, particular relevancia tuvo la participación de Vinton Cerf, hoy vicepresidente de Google, considerado uno de los padres de internet junto a Robert Kan, quienes crearon los protocolos de internet que hoy se conocen como TCP/IP en 1972¹⁵⁴, cuyas declaraciones no fueron muy auspiciosas a la neutralidad en la red tal como la conocemos hoy en día, por cuanto entre otras cosas señaló que *“no todos los paquetes debían ser tratados iguales, ya que hay servicios que necesitan mayor capacidad. [...] El punto es que si un servicio necesita una de esas capacidades, cualquier servicio debería tener igual oportunidad de acceder a ese tipo de servicio, lo que es diferente a que el proveedor de banda ancha sea quien elija y decida qué proveedor de servicio obtendrá más capacidad o menor latencia”*¹⁵⁵.

Por otro lado, el Secretario General de AHCET (Asociación Iberoamericana de Centros de Investigación y Empresas de

¹⁵³Datos obtenidos de la página web oficial del IGF disponible en: <<http://www.intgovforum.org/cms/aboutigf>>. [Consulta: 31 de Octubre 2014].

¹⁵⁴ Sólo se han tomado los datos más elementales acerca de Vinton Cerf en su rol de internet para efectos de este trabajo y su relación a la neutralidad en la red, para mayor información de sus antecedentes biográficos y aporte a la internet, consultar en el sitio web <http://en.wikipedia.org/wiki/Vint_Cerf>.

¹⁵⁵ Qué se dijo en el IGF sobre la neutralidad de la red. [En línea] Diario Turing, España, 11 de Septiembre 2014. <http://www.eldiario.es/turing/dijo-IGF-neutralidad-red_0_302020480.htm>. [Consulta: 31 de Octubre 2014].

Telecomunicaciones) Pablo Bello, abogó por una “internet flexible, interoperable y abierta que estimule la innovación y la creatividad”¹⁵⁶., sin embargo, Bello puntualizó que han existido avances este año (2014) sobre neutralidad en la red indicando que las posiciones más extremas se han ido dejando de lado, tanto por quienes sostenían que “todos los paquetes de datos deben ser tratados de la misma forma” como por los que planteaban que éste es un conflicto de intereses económicos entre proveedores de acceso y proveedores de servicios sobre Internet. [...]Y también ha sido evidente que **no todos los países tienen las mismas prioridades**: para aquellos en los que el acceso a internet es una carencia, la sensibilidad por la neutralidad de la red es algo secundario. Lo interesante de IGF ha sido el reconocimiento que los dogmas sobre neutralidad no contribuyen a avanzar, como aquello de que todos los paquetes de datos son iguales (el propio Vint Cerf señaló que no) o que el bloqueo de datos es *per se* negativo (todos aceptamos como positivo que se bloquee el spam, por ejemplo)¹⁵⁷”. Finalmente, respecto de la idea de una regulación jurídica del principio de la neutralidad, indica que en su concepto “no se requiere más regulación, sino que una regulación inteligente, que se sustente más en principios que en dictados absolutos, y que considere todo el ecosistema digital en su conjunto. [...]Nos gustaría que Internet fuera “full” e ilimitado, pero luego

¹⁵⁶ Anón. Pablo Bello en el IGF “Apostamos por una internet flexible, interoperable y abierta”. [En línea]. <<http://www.ahciet.net/index.php/noticias/noticias-ahciet/item/461-pablo-bello-en-el-igf-%E2%80%9Capostamos-por-una-internet-flexible-interoperable-y-abierta%E2%80%9D>> [Consulta: 31 de Octubre 2014].

¹⁵⁷ Qué se dijo en el IGF sobre la neutralidad de la red. Publ Cit.

parece razonable que quienes no pueden pagar por esa conexión, especialmente en países en vías de desarrollo, puedan tener acceso a ciertos servicios sobre Internet, aunque sean limitados. En definitiva creo que los principios están muy bien y los comparto, pero no creo que necesariamente deban traducirse en leyes o regulaciones ex-ante”¹⁵⁸.

Además de la participación de Vinton Cerf y Pablo Bello, el IGF 2014 contó con la participación de importantes expositores acerca de la gobernanza en internet, y en particular, sobre la neutralidad en la red. Así, podemos señalar a grandes rasgos¹⁵⁹ las temáticas de mayor relevancia que han señalado estos autores en torno a la neutralidad en la red y que se discuten en el debate global actual:

Froden Sørensen, asesor sénior de la autoridad noruega de correos y telecomunicaciones, destaca que el debate acerca del modelo de la neutralidad en la red sigue abierto respecto a lo que constituiría un “servicio especializado” –se refiere a un servicios que se basa en las restricciones de acceso y las técnicas de gestión del tráfico de internet (ITM) que garantizan un nivel de calidad específico-, por lo tanto no califican como un servicio de acceso a

¹⁵⁸ *Íbid.*

¹⁵⁹ En este punto cabe recordar que no es objeto del presente trabajo de investigación el tratamiento exhaustivo de las ponencias que tuvieron lugar en el marco del foro IGF, de manera que sólo es posible darles un tratamiento somero y genérico. Sin embargo, para interés del lector, dichos documentos y transcripciones se encuentran disponibles en el sitio web <<http://www.intgovforum.org/cms/igf-2014>>.

internet. Ello en la práctica, explica el expositor, una condición previa y determinante para la correcta aplicación de las normas sobre neutralidad en la red en Europa. Sin embargo, algunas agencias de reglamentación creen que una interpretación amplia del concepto limitaría la competitividad del sector privado¹⁶⁰.

Éstas y otras preguntas similares también se formulan en América del Sur, pues actualmente la neutralidad en la red atraviesa por un fuerte debate en países como Argentina, Colombia y Ecuador, mientras que en otros ya se encuentra aprobada como legislación, entre ellos Chile, Perú y, más recientemente, Brasil. En este sentido, Patricia Vargas León, ex consultora de Naciones Unidas y actual estudiante de doctorado de estudios de la información en la Universidad de Syracuse, expone sobre el panorama general de las diversas leyes promulgadas en la Región que consagran la neutralidad en la red e identifica las diferencias más importantes entre ellas, destacando a Chile como la primera experiencia latinoamericana y mundial en la materia, sin embargo formula como crítica que sean los ISP quienes finalmente determinen en última instancia la legalidad o ilegalidad de los servicios de internet por cuanto no se precisa el alcance de la voz arbitrariedad en la norma, indicando que el mismo fenómeno se replica en Perú. Asimismo, indica que luego de 5

¹⁶⁰ FRODE Sørensen , parafraseo de The net neutrality service model and specialized services pp. 17 y ss. [En línea] < <https://docs.google.com/file/d/0B4CMvT0NORh9RHhKa2IybThhROU/edit>>. [Consulta: 07 Noviembre 2014].

años de debate, el senado brasileño aprobó el Marco general de internet que consagra la neutralidad en la red por cuanto prohíbe a los ISP discriminar entre los paquetes y/o implementar precios especiales para ciertos contenidos, pero se critica esta norma dado que las excepciones al principio general no queda suficientemente claras, quedando dicha misión de determinación en el ejecutivo¹⁶¹.

En tanto que el debate regulatorio de la neutralidad de la red en México estuvo a cargo de Alejandro Pisanty, Director General de Informática Académica de Servicios de la Universidad Nacional de México, quien presentó un resumen de los debates de la neutralidad en la red en los procesos legislativos de México 2013-2014. Este autor destaca que actualmente en dicho país está teniendo lugar un importante proceso de debate acerca del derecho de las telecomunicaciones y la reforma del mercado, indicando que, entre otros, toma protagonismo la neutralidad en la red y que ésta se las arregla para identificar opciones con otros mercados. Así, señala que esta reforma es interesante ya que se produce en ausencia de cualquier tradición común en estas materias y que además ofrece aplicabilidad en el mercado de la televisión por primera vez en México. Como resultado de este proceso, la neutralidad en

¹⁶¹ PATRICIA VargasLeón. Parfraseo de Net Neutrality: an overview of enacted laws in Latin America. pp. 25 y ss. [En línea] < <https://docs.google.com/file/d/0B4CMvTONORh9RHhKa2IybThhROU/edit>>. [Consulta: 07 Noviembre 2014].

la red se ha convertido en un grito de guerra para las manifestaciones públicas y otras protestas contra el proyecto de reforma¹⁶².

Por otro lado, Angela Daly -becada en derecho de comunicaciones en la Universidad de Swinburne en Melbourne, además de cursar quinto año de investigación de doctorado en el Instituto Universitario Europeo de Florencia y coordinadora de Dinamic Coalition sobre libertad de expresión- explicó que la situación en Australia es mucho menos madura, pues si bien el país se encuentra en medio de un debate regulatorio, recién se está poniendo al día con los acontecimientos acaecidos en E.E.U.U. y la Unión Europea. A pesar que aún no existe siquiera una propuesta de legislación de neutralidad en la red en Australia, se considera uno de los principales temas de regulación en la agenda pública sobre internet en los próximos días. A fines de 2012, existió en el informe final de convergencia sobre el tratamiento específico acerca de la neutralidad de la red en dicho país, sin embargo, luego de las elecciones federales de 2013, la mayor parte de esas recomendaciones fueron

¹⁶² Para mayor información acerca de las principales fuerzas ideológicas, económica y políticas de las tendencias que se puede aplicar en México en torno a este debate, se puede consultar el trabajo de Alejandro Pisanty "Network Neutrality debates in Telecommunications Reforms –Actors, Incentives, Risks" disponible en < <https://docs.google.com/file/d/0B4CMvTONORh9RHhKa2lybThhR0U/edit> > pp. 32 y ss. [Consulta: 07 Noviembre 2014].

abandonadas por cuanto el nuevo gobierno no está a favor de cualquier reforma en esa área¹⁶³.

Estados Unidos estuvo encargado a la ponencia de Chris Riley, actual ingeniero sénior de políticas de Mozilla Corporation y fue investigador principal de los programas de libertad en internet en el departamento de Estado de E.E.U.U. Riley, analizando el debate normativo actualmente en Estados Unidos, indicó que las relaciones entre los ISO y los host remotos están influenciados por una amplia gama de prácticas de ITM, es por ello que la estructura dentro de una red de acceso puede no siempre estar basada en relaciones no discriminatorias de “mejor esfuerzo”. Asimismo señaló que la existencia de prácticas de bloqueo y prácticas discriminatorias mantiene en peligro la posibilidad que los host remotos puedan comunicarse con los usuarios finales, lo que podría obstaculizar la circulación de la innovación. Por otro lado, el autor describe la naturaleza del mercado de Internet como “polifacética”, destacando que los ISP no sólo tienen relaciones comerciales con sus propios clientes finales, sino también con los host remotos tales como operadores de sitios web, proveedores de servicios de correo electrónico y todos los puntos finales de conexión a internet a través de otros ISPs. Por lo tanto, Riley sugiere que los operadores no se limiten a ofrecer acceso a los usuarios finales y los servicios

¹⁶³DALY, A. Parfraseo general de “Net Neutrality in Australia, an emerging debate”. PP. 46 y ss. [En línea] < <https://docs.google.com/file/d/0B4CMvTONORh9RHhKa2lybThhROU/edit>>. [Consulta: 12 de Noviembre 2014]

de interconexión, sino también un servicio distinto que permita “puntos finales remotos” para comunicarse con los abonados locales del ISP¹⁶⁴.

Finalmente, Benoit Felten, un reconocido experto mundial en banda ancha y co-fundador y director de Diffraction Analysis, indica claramente la inversión y los costos recurrentes de diversas gestiones de tráfico en internet (ITM) al describir diferentes modelos de soluciones para resolver los problemas de ITM sin utilizar la discriminación de tráfico. Indica, entre otras cosas, que el éxito de internet se puede atribuir a unos pocos principios simples sobre la red, incluyendo la adopción de estándares abiertos como el protocolo de internet IP., tales principios delinear un entorno donde hay un sólo jugador público o privado que ejerce control sobre el acceso a internet y sin bloqueo del tráfico. Este medio abierto permite a los usuarios ofrecerles opciones y control sobre sus actividades en línea. Por otra parte, destaca que la gestión de tráfico discriminatoria puede utilizarse como palanca para una negociación comercial llevándola a la “fragmentación” del ecosistema de internet¹⁶⁵. En tanto que Roslyn Layton, investigadora sobre la economía de internet en el Centro para la comunicación, medio de comunicación y tecnologías de información en la

¹⁶⁴ Reily, Ch. Parfraseo de “A New Way Forward for Net Neutrality”. Pp. 62 y ss. [En línea] <<https://docs.google.com/file/d/0B4CMvTONORh9RHhKa2lybThhR0U/edit>> [Consulta: 12 de Noviembre de 2014]

¹⁶⁵ FELTEN, B. Parfraseo general de su ponencia “There’s no economic imperative to reconsider on open internet”. [En línea] < <https://docs.google.com/file/d/0B4CMvTONORh9RHhKa2lybThhR0U/edit>> [Consulta: 12 de Noviembre de 2014]

Universidad de Aalborg en Copenhagen, aclara el diseño de una prueba empírica de la teoría del “círculo virtuoso de la información” según el cual el crecimiento de contenidos y aplicaciones estimula la demanda de suscripciones a internet lo que genera ingresos para los operadores que invierten en la infraestructura. Según la autora, esta teoría se utiliza con frecuencia para obtener beneficios de la red sobre políticas de neutralidad, alentando a los proveedores de banda ancha expandir sus redes e invertir en nuevas tecnologías de banda ancha. Luego, Layton revisa varias teorías económicas de la innovación y explica cómo éstas se pueden aplicar a internet., acto seguido, utiliza tales teorías para probar si la imposición de reglas de la neutralidad en la red estimula las inversiones en las redes. Así la autora hace hincapié en que los enfoques reglamentarios de neutralidad en la red se basan en disposiciones diferentes destinadas a la elaboración de diferentes mercados y redes, además, las métricas de inversión para ser utilizadas “dentro de un círculo virtuoso de prueba” puede ser afectadas por diferentes normas contables, pudiendo tales diferencias llevar a discrepancias en las mediciones de gasto de capital sujetas al enfoque adoptado por diferentes países y empresas¹⁶⁶ .

¹⁶⁶ LAYTON, R. Parfraseo general de su ponencia “Net Neutrality Regulation and Broadband Infrastructure Investment: How to make an empirical assessment”. [En línea] <<https://docs.google.com/file/d/0B4CMvTONORh9RHhKa2lybThhROU/edit>> [Consulta: 12 de Noviembre de 2014]

4.- La Coalición Dinámica en la Neutralidad en la Red (DCNN)

Sin lugar a dudas que en relación a los foros internacionales sobre la internet, destaca el Foro de Gobernanza en Internet de las Naciones Unidas IGF (cuya versión 2014 se abordó precedentemente). Es en el marco de estos foros, en el año 2006, que se dio origen a una importantísima institución no gubernamental internacional que involucra a los más influyentes actores e interesados sobre materias propias de la neutralidad en la red, la Coalición Dinámica sobre la Neutralidad en la Red (DCNN)¹⁶⁷. Esta coalición, permite la colaboración de todos los grupos de interesados en contribuir, potenciar y sistematizar los debates en la materia.

La idea de una Coalición Dinámica sobre Neutralidad de la Red se presentó durante el diálogo entre múltiples partes interesadas sobre la Neutralidad de la Red y Derechos Humanos, organizada bajo los auspicios del Consejo de Europa. Muchos de los actores involucrados en el evento han manifestado de inmediato su interés en la iniciativa, haciendo hincapié en la necesidad de aclarar el debate sobre la neutralidad de la red y poner de relieve

¹⁶⁷ A pesar que se trata de una institución informal y no gubernamental, su influencia y contribución a la neutralidad en la red en el escenario internacional ha sido muy destacada., ello porque entre otras cosas, se encarga de sistematizar toda la información de actualidad sobre neutralidad en la red proveniente de los más diversos actores, foros, investigadores, académicos, documentos, y en definitiva, todo lo que tenga relación con ésta.

el interés de una plataforma destinada a promover el diálogo sobre estas materias¹⁶⁸.

Junto con un gran número de talleres, la Coalición Dinámica representa los elementos estructurales del IGF. Ambos elementos tienen una composición heterogénea de múltiples partes interesadas y están orientados a las discusiones sobre asuntos de política pública relacionados con los elementos clave de la gobernanza en internet¹⁶⁹.

La naturaleza a largo plazo de la Coalición Dinámica es cumplir uno de los mandatos del foro IGF, cual es identificar cuestiones emergentes, llevarlos al conocimiento de los órganos pertinentes y público en general, y en su caso, hacer recomendaciones pertinentes¹⁷⁰. Sin embargo, los talleres de IGF son eventos muy reglados y aunque sus discusiones son muy valiosas, la duración de 90 minutos de dichos eventos no les permiten generar el impulso político suficiente en torno a los asuntos que plantean, es por ello, que mas bien los foros IGF han constituido un momento para compartir el trabajo que se ha logrado durante el año, discutirlo, y determinar los pasos futuros.

¹⁶⁸ Datos obtenidos del sitio web oficial de Network Neutrality Dynamic Coalition, sección “about”. [En Línea]. <<http://www.networkneutrality.info/about.html>> [Consulta 14 de Noviembre de 2014].

¹⁶⁹ *íbid.*

¹⁷⁰ *íbid.*

4.1.- Objetivos.

En vista de los diversos enfoques aparejados a la neutralidad en la red y sus múltiples facetas, es importante hoy en día hacer frente a estas materias a través de un enfoque que involucre a distintas partes interesadas. El propósito de la Coalición Dinámica de Neutralidad de la Red, por lo tanto, es proporcionar un ámbito de discusión destinada a permitir que todas las partes interesadas puedan examinar conjuntamente los diversos matices del debate de la red-neutral a fin de contribuir en última instancia a la circulación de las mejores prácticas y la elaboración de políticas y regulaciones de manera bien asesorada.

Además de estos objetivos generales, la Coalición Dinámica sobre Neutralidad en la Red, se ha propuestos 3 fines específicos:

1. Discutir las cuestiones relacionadas con la neutralidad de red;
2. La elaboración de un marco modelo de neutralidad de la red;

3. La elaboración de un informe anual y una reunión pública en el Foro de Gobernanza de Internet.¹⁷¹

En relación a las discusiones sobre los aspectos relacionados a la neutralidad en la red, se han desarrollado desde sus inicios en las más diversas actividades conducidas por dicha Coalición. Estas actividades, no sólo se basan en la ponencia de los foros internacionales sobre internet, sino que constantemente sus miembros investigan, debaten y desarrollan importantes documentos de interés en la materia de manera que se mantiene actualizada a la audiencia sobre los aspectos de la neutralidad en la red, su evolución, desarrollo y consejos de políticas y gobernanza a adoptar respecto de la neutralidad¹⁷².

En relación a la finalidad número 3 (elaboración de un informe anual y una reunión pública en el Foro de Gobernanza de Internet), la última reunión pública anual en el foro de Gobernanza en Internet y su respectivo informe ya se abordó anteriormente en el apartado “Foro multilateral de Gobernanza en Internet 2014, en Estambul”. Mientras que respecto de la finalidad número 2,

¹⁷¹ Estos fines se encuentran en el documento de reglas de procedimiento (Rules of procedure) elaborado por la DCNN, disponible en el sitio web <<http://www.networkneutrality.info/about.html>>. [Consulta 16 de Noviembre de 2014]

¹⁷² Tales documentos se encuentran disponibles en la sección “About” y en los apartados “Relevants readings” de su página oficial, disponibles en el sitio web <<http://www.networkneutrality.info/sources.html>>. [Consulta 16 de Noviembre de 2014].

ésto es, elaboración de un marco modelo de neutralidad de la red, lo abordaremos a continuación.

4.2.- Marco modelo de neutralidad en la red.

La Coalición Dinámica sobre Neutralidad en la Red (Dynamic Coalition on Network Neutrality), que ha nacido como parte del Internet Governance Forum (IGF), desarrolló un marco modelo en materia de neutralidad en la red iniciado por el Consejo de Europa.

Es preciso recordar que este marco modelo ha sido el producto de un intenso debate, documentación, propuestas y desarrollo de los más destacados autores en la materia, además de reunir las distintas apreciaciones y contribuciones que han aportado los diversos actores de discusión y tratamiento de la neutralidad en la red, recogiendo los principales aspectos tratados en los distintos instrumentos, foros y experiencias internacionales. Toda esta discusión y trabajo internacional ha sido sistematizado por la Coalición Dinámica velando por una suerte de unificación normativa respecto del tratamiento en la gobernanza interna de la neutralidad en internet. Sin embargo, se advierte asimismo que cada Nación posee una realidad propia que no corresponde necesariamente a los fenómenos globales en estas materias., es por ello, que la

Coalición Dinámica propone en su marco modelo distintas consideraciones con el objeto de encargar en definitiva a la regulación interna de los pueblos los matices normativos de la neutralidad en la red, ajustándose así dicha regulación a las necesidades propias que difieran del fenómeno global.

En términos generales, podemos decir que el objetivo principal de este marco es contribuir a los debates sobre regulación en internet. Con este objetivo, el marco define el principio de neutralidad en la red y sus límites. Además, el modelo realiza propuestas en cuanto a la aplicación de este principio y sobre la autoridad reguladora, y elabora recomendaciones que deberían ser tenidas en cuenta a fin de proteger la privacidad de los usuarios.

En suma, el marco modelo que ofrece la Coalición Dinámica sobre Neutralidad de la Red es del siguiente tenor¹⁷³, a lo cual agregaremos algunos comentarios de los aspectos a destacar:

“1) Neutralidad de la red es el principio según el cual el tráfico de Internet debe ser tratado con igualdad, sin discriminación, restricción o interferencia independientemente de su remitente, destinatario, tipo o contenido, para que la libertad de elección de los usuarios de Internet no esté restringida por favorecer

¹⁷³ Disponible en el sitio web oficial de la *Dinamic Coalition on Network Neutrality* [En línea] <<http://www.networkneutrality.info/sources.html>> [Consulta 20 de Noviembre de 2014].

o desfavorecer la transmisión de tráfico de Internet asociado con determinado contenido, servicios, aplicaciones o aparatos.

2) De acuerdo con el principio de neutralidad de la red, proveedores de Internet deben abstenerse de discriminar, restringir o interferir de alguna otra manera con la transmisión de tráfico de Internet, a menos que tal interferencia sea estrictamente necesaria y proporcionada a:

a) dar efecto a una provisión legislativa u orden judicial

b) preservar la integridad y seguridad de la red, servicios y dando un trato igual a tipos del tráfico equivalentes;

c) prevenir la transmisión de comunicaciones con fines comerciales no solicitadas a usuarios de Internet que han dado su consentimiento previo a aquellas medidas de restricción.

d) cumplir con una petición expresa del suscriptor, siempre que esta petición sea dada libremente y no incentivada por el proveedor de Internet o sus socios comerciales.

e) mitigar los efectos de congestión en la red temporarios o excepcionales, principalmente por medio de medidas agnósticas de aplicación, o cuando estas medidas no resulten eficientes, por medio de medidas de aplicación específicas. [...]"

Comentarios: Lo primero que trata el marco modelo es precisamente uno de los puntos más controvertidos acerca de la neutralidad en la red, cual es precisamente su alcance. Como ya se ha señalado latamente en el Capítulo primero de este trabajo, existe una nutrida discusión acerca de qué se entiende por neutralidad en la red no estando de acuerdo los autores en estas materias, sin perjuicio que con el transcurso del tiempo, la discusión, los foros y los trabajos de investigación en la materia, los criterios se han ido aproximando. Es interesante que este marco modelo comience definiendo la neutralidad en la red como un principio. Creemos que ello constituye la buena doctrina por los argumentos expresados a lo largo del Capítulo anterior, todo lo cual reafirma aún más nuestra tesis que la neutralidad en la red, lejos de constituir una obligación normativa rígida y estática, se perfila como una directriz que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico, con las implicancias y fundamentos ya tratados. Asimismo, nos parece muy hábil el criterio de la Coalición Dinámica de concebir la neutralidad en la red en términos genéricos (pero no vagos), no cayendo en la casuística normativa que amenace con dejar sin aplicación el marco modelo producto de eventuales matices que pueda desarrollar las problemáticas futuras de una red neutral. Es así que dicha Coalición ha llegado a la conclusión que lo regulado por la neutralidad en la red recae sobre “el tráfico de internet”, constituyendo por lo tanto su objeto propio y principal, el cual debe ser tratado con “igualdad”, evitando discriminaciones

arbitrarias para los usuarios bajo las sinonimias que allí se indican (restricción, interferencia, etc.). Destacamos asimismo de la definición, que este marco modelo tiene por fundamento proteger un bien jurídico preciso y determinado, cual es “la libertad de elección de los usuarios de internet”, velando por la relación directa existente entre los principios de neutralidad y libertad que se promueven en la gobernanza de internet actual.

Sin embargo, ambos principios (neutralidad y libertad en la red) se contraponen a otro principio a seguir en internet: la protección a la intimidad, esto implica protección de datos personales, admitir la existencia del spam, entre otros, como preservar la seguridad de la red, prevenir la transmisión de comunicaciones con fines comerciales no solicitadas, mitigar los efectos de congestión en la red temporarios, etc. Es por ello que no resulta aconsejable concebir la neutralidad en la red en términos absolutos y por ello la Coalición Dinámica propone en su marco modelo las excepciones contenidas en su numeral segundo. En definitiva, para evitar colisiones entre el principio de la neutralidad con la protección de datos personales u otros bienes jurídicos protegibles en materia de Internet, es que la Coalición Dinámica ofrece establecer como gobernanza general el principio de la neutralidad en la red, enunciando acto seguido excepciones a este principio. Es así que podemos formular como crítica y/o advertencia al marco modelo que, si no se encuentran

suficientemente diagnosticadas las excepciones en la norma que consagre la red como neutral, se corre el riesgo que las demás situaciones en internet que no se aconseje su neutralidad, queden gobernadas bajo los principios de la neutralidad en la red por tratarse ésta de la regla general. Para mitigar aquello, si ponemos atención a las excepciones formuladas en el numeral segundo, se puede advertir que dichas excepciones se encuentran enunciadas en términos no tan precisos, valiéndose de expresiones tales como “dar efecto a una **provisión legislativa** (sin indicar cuáles), “cumplir con **una petición expresa del suscriptor**” (sin indicar qué tipos de peticiones), “mitigar los **efectos de congestión en la red** temporarios o excepcionales”, etc.

“[...]3) El principio de neutralidad de la red debe ser aplicado hacia todos servicios de acceso a Internet ofrecidos por ISPs, sin discriminar contra la tecnología subyacente utilizada para transmitir las señales.

4) El principio de neutralidad de la red no necesita ser aplicado hacia servicios especializados.

Se debe permitir que proveedores de servicio de Internet ofrezcan servicios especiales además de acceso a servicio de Internet, a condición que estas ofertas no afecten negativamente el acceso a Internet, su rendimiento, accesibilidad o calidad. Ofertas para brindar servicios especializados deben ser

proporcionadas sin discriminación y su adopción por parte de los usuarios de Internet debe ser voluntaria. [...]”

Comentarios: De manera muy similar al numeral primero y segundo, los numerales tercero y cuarto establece una norma general y luego las excepciones. En efecto, se indica que la neutralidad en la red se aplica a todos servicios de acceso a Internet ofrecidos por ISPs sin discriminación de la tecnología subyacente utilizada, luego, advertimos que hace excepción a esta regla los “servicios especializados de internet” en los cuales no es necesario aplicar el principio de la neutralidad. Sin embargo, para evitar la vulneración de dicho principio bajo el pretexto de tratarse de servicio especializado, es que se indica que debe gobernar la neutralidad aún en servicios especializados respecto de materias de acceso a internet, su rendimiento, accesibilidad o calidad. Además se indica que dichas ofertas de servicios especializados deben ser proporcionadas **sin discriminación** y su adopción por parte de los usuarios de Internet debe ser **voluntaria**. Opinamos que en definitiva será el juez del fondo (o la autoridad administrativa pertinente) quien deberá calificar si ha mediado o no discriminación para estos efectos.

[...] 5) Los suscriptores de servicio de acceso al Internet deben tener el derecho de recibir y usar una dirección de Internet pública y globalmente única.

6) Cualquier técnica para inspeccionar o analizar tráfico de Internet debe estar de acuerdo con legislaciones de protección de datos y privacidad. Por default, estas técnicas deben examinar solamente la información del encabezamiento. El uso de cualquier técnica que inspeccione o analice el contenido de comunicaciones debe ser revisada por las autoridades de protección de datos relevantes para evaluar el cumplimiento con las obligaciones de protección de privacidad y datos que sean aplicables. [...]"

Comentarios: Este marco modelo por lo tanto vela por que los usuarios de internet tengan derecho a una dirección de internet pública y globalmente única. Sin embargo, en virtud de la fiscalización de aquello a través del análisis de tráfico en internet podría eventualmente infringirse las normas que digan relación con el principio de la protección de datos personales. Para evitar ésto, la Coalición Dinámica propone que en definitiva queda entregado a las normas de fiscalización internas ajustarse a su respectiva legislación de protección de datos y privacidad, sin perjuicio que las técnicas contempladas en dicha legislación deben examinar solamente la **información del encabezamiento**, y con ello garantizar la privacidad evitando que distintos entes se inmiscuyan en profundidad a otro tipo de datos, todos estos procedimientos deben ser debidamente fiscalizadas por las autoridades competentes bajo la correcta aplicación de la normativa de protección de datos existente.

“[...] 7) Proveedores de servicios de Internet deben proveer información inteligible y transparente con respecto a sus prácticas de manejo de tráfico y políticas de uso, notablemente con respecto a la coexistencia de servicios de acceso a Internet y servicios especializados. Cuando la capacidad de red se comparte entre servicio de acceso a Internet y servicios específicos, el criterio que se comparte debe ser expresado claramente.

8) La autoridad reguladora nacional competente debe;

a) ser puesta bajo mandato de monitorear regularmente y reportar sobre prácticas de gestión de tráfico de Internet y políticas de uso, para asegurar neutralidad de red, evaluar el impacto potencial de las prácticas ya mencionadas y políticas de derechos fundamentales, asegurar la prestación de calidad de servicio adecuada y la asignación de un nivel satisfactorio de capacidad de red a Internet. Los informes deben ser hechos de manera abierta y transparente deben estar disponibles al público.

b) implementar procedimientos eficaces, apropiados, claros y abiertos con el fin de dirigirse a cuestiones y quejas sobre neutralidad de red. A este fin, todos los usuarios de Internet deben tener el derecho de usar este procedimiento de queja ante la autoridad relevante.

c) responder a las quejas en un plazo de tiempo razonable y poder usar medidas necesarias para sancionar el incumplimiento del principio de neutralidad de red.

Esta autoridad debe tener los recursos necesarios para ejecutar las funciones antedichas de manera oportuna y efectiva.

9) Definiciones

a) La “Internet” es la red de redes de comunicación electrónicas accesibles públicamente que usa el Protocolo de Internet para comunicación con puntos finales accesibles, directamente o por traducción de dirección de red, vía una dirección de Internet globalmente única.

b) La expresión “proveedor de servicio de Internet” se refiere a cualquier persona legal que ofrece servicio de acceso a Internet o servicio de tránsito en Internet a otro ISP.

c) La expresión “acceso al servicio de Internet” es el servicio de comunicación electrónica públicamente disponible que provee conectividad a Internet, y por lo tanto proporciona a los suscriptores o usuarios la capacidad de recibir e impartir data hacia y desde Internet, sin importar qué modo de tecnología se use para transmitir las señales.

d) La expresión “servicio de tránsito de Internet” se refiere al servicio electrónico de comunicaciones que prestan conectividad entre proveedores de servicio de Internet.

e) La expresión “Tráfico de Internet” se refiere a cualquier flujo de paquetes de datos transmitidos a través de Internet, sin tener en cuenta el uso del aparato o de la aplicación que lo generó.

f) La expresión “servicios especializados” se refiere a servicios de comunicación electrónicos que son suministrados y operados en redes electrónicas cerradas usando el Protocolo de Internet, sin ser parte de Internet. La expresión “redes de comunicación electrónicas y cerradas” se refiere a redes que cuentan con el control estricto de admisión.

g) La expresión “agnóstico de aplicación” se refiere a la gestión de prácticas de tráfico de Internet, medidas y técnicas que no dependen de las características de aplicaciones específicas, contenido, servicios, artefactos y usos.

h) La expresión “suscriptor” se refiere a la persona natural o legal que ha realizado un acuerdo con proveedores de servicio de Internet para recibir servicio de acceso a Internet.

j) La expresión “usuario de Internet” se refiere a la persona física o legal que está usando el servicio de acceso a Internet, y en esa capacidad tiene la libertad de impartir y recibir información, y utilizar u ofrecer aplicaciones y servicios a través de dispositivos de su elección.

El usuario de Internet puede ser el suscriptor, o cualquier persona a quien el/la suscriptor/a haya concedido el derecho de usar el acceso a Internet

que él o ella recibe. Cualquier persona legal que ofrezca contenido y/o aplicaciones en Internet también es un usuario de Internet.”

Comentarios: A fin de evitar vulneraciones a lo contenido en este marco modelo y asimismo, facilitar su fiscalización por parte de los usuarios es que en su numeral siete se propone que los proveedores de internet deberán obligatoriamente entregar información respecto a sus prácticas de manejo de tráfico y políticas de uso tanto para el acceso a internet como los servicios especializados (los cuales según vimos, no necesariamente se rigen bajo los estándares de la neutralidad en la red).

Por otro lado, para dar mayor eficacia a lo contenido en el marco modelo, se reglamenta la actividad que debe tener la autoridad reguladora nacional expresadas en el numeral octavo. Llama la atención que en su letra a), entre otras cosas, se aconseje evaluar el impacto potencial de estas prácticas de neutralidad, ello se explica dado que la neutralidad en la red no tiene los mismos efectos en las distintas Naciones, es por ello que en virtud de una mejor política pública, y a objeto de advertir anticipadamente los posibles efectos adversos, es que se aconseja esta fiscalización que incluya las respectivas evaluaciones de impacto. Además, para lograr una mayor transparencia a estos procesos tan sensibles, se aconseja publicitar todos los documentos e informes

por parte de la autoridad fiscalizadora a todo público, aconsejando asimismo la implementación de procedimientos eficaces y transparentes para la tramitación de los asuntos y quejas respecto de la neutralidad en la red, los cuales deben estar a disposición de todos los usuarios de internet, debiendo ser dichas quejas respondidas en un plazo oportuno y existiendo la posibilidad de sancionar las eventuales infracciones a la regulación de neutralidad, todo lo cual para brindar una adecuada eficacia a lo planteado en el modelo marco.

Finalmente, en su numeral noveno, para evitar vaguedades, se enuncian una serie de definiciones de relevancia para el marco modelo. Estas definiciones son de suma importancia dado que su contenido fijaría precisamente el campo aplicación a que se extiende la normativa sobre neutralidad en la red, de esta manera si por ejemplo, en una situación específica, determinada persona natural o jurídica no reúne los elementos de un “usuario de internet”, “suscriptor” o “proveedor de servicio de internet” según el modelo marco, eventualmente no estaríamos hablando de una situación que deba ser tratada a la luz de la neutralidad en la red, verbigracia, no se aplicaría tal normativa. Como única observación crítica, y dado la importancia de delimitar bien estas definiciones para los efectos del campo normativo y aplicación del mismo, opinamos que sería aconsejable tratar tales conceptos al principio de la normativa y no al final.

5.- Importancia de los Foros Multilaterales.

En vista que hemos expuesto acerca de los dos foros multinacionales en el periodo 2014, nos parece pertinente dedicar unas líneas acerca de la importancia que representa estos foros para la comunidad y, por consiguiente, para el derecho.

A modo general, la relevancia de desarrollo de tales encuentros dice relación con el gran impacto directo que tienen sus debates y conclusiones en el tratamiento jurídico interno de cada país. En este punto debemos considerar la naturaleza internacional que ha alcanzado internet, esta accesibilidad sin precedentes con que cuentan millones de personas en el mundo lo ha ido transformando en un fenómeno de incuestionable diseño global, y es precisamente este carácter en que radica la importancia de los foros multilaterales y de múltiples actores en la materia: Regular un bien universal como lo es internet, obliga a la sociedad moderna alcanzar ciertos acuerdos en la materia, pues internet no puede funcionar de una manera para algunos y no funcionar o funcionar distinto para otros. En suma, este fenómeno de interconexión global, en que muchas comunidades a lo largo del mundo la utilizan, obliga al diálogo, a consensuar acuerdos, discutir sus alcances, salir de

la realidad nacional para comprender el fenómeno de lo universal, en fin, a consensuar códigos universales para el fenómeno de internet.

Sin embargo, no sólo los actores que participan en dichos foros dan cuenta de la importancia de los mismos para la comunidad, también la doctrina ha advertido la importancia de aquellos. En este sentido podemos citar lo señalado por Christopher Marsden quien no escatima en advertir que la neutralidad en la red se ha convertido en un importante problema debatido en el Foro de Gobernanza de Internet (IGF) de las Naciones Unidas. Los debates del FGI sobre neutralidad de la red han aumentado considerablemente (IGF, 2008, 2009). Podemos esperar más actos de protesta de los internautas que no están de acuerdo con las políticas de neutralidad de la red, especialmente cuando consideren que los ISP no han informado correctamente a los usuarios finales sobre las implicaciones de los cambios de política. Se cuestiona públicamente a los reguladores y a los políticos por este tipo de problemas, sobre todo dada la ubicuidad del correo electrónico, Twitter y las protestas contra la censura organizadas mediante las redes sociales, y se han elegido dos diputados del Partido Pirata en el Parlamento Europeo. La investigación sobre el activismo social contra el control empresarial de Internet es cada vez mayor (Hart, 2011)¹⁷⁴.

¹⁷⁴ MARS DEN, C. 2012. Neutralidad de la Red: Historia, regulación y futuro. Revista de Internet, Derecho y Política. Op. Cit.

Lo que ha caracterizado el tratamiento jurídico de la neutralidad en la red, es que se ha tratado de una necesidad impuesta por la sociedad, en particular de los usuarios., ha sido un fenómeno que nace desde la sociedad civil hacia las instituciones, internet se ha presentado como una dinámica desregulada, las pautas de conducta se han perfilado a la luz de las necesidades de la industria y de las reglas que rigen para el mercado, sin embargo su impacto a gran escala se ha traducido en que muchos países opten por resguardar el interés general y principalmente brindar protección a los consumidores o usuarios. Es así que conscientes de esta situación, incluso al interior de estos mismos foros multilaterales se ha indicado el rol que cumplen para con la sociedad, han señalado en el documento de NetMundial que *“la valiosa contribución de todas las partes interesadas en la gobernanza de Internet debe ser reconocida. Debido a las experiencias de éxito de este modelo debe fortalecerse aún más, mejorado y evolucionado. La gobernanza de Internet debe promover el desarrollo sostenible e inclusivo y para la promoción de los derechos humanos. La participación debe reflejar la diversidad geográfica e incluir actores de desarrollo, los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo. Un IGF fortalecida podría servir mejor como una plataforma para*

discutir tanto tiempo de pie y las nuevas cuestiones con el fin de contribuir a la identificación de las posibles maneras de abordarlos”¹⁷⁵.

Lo descrito anteriormente, no se trata de meras presunciones ni de la doctrina ni de los foros multilaterales, efectivamente se podrá observar la importancia que ha tenido el desarrollo de los foros “multistakeholder” (de múltiples partes involucradas) en el derecho comparado. A modo de ejemplo, en nuestro país la iniciativa legal nace precisamente de la comunidad civil y su desarrollo legislativo se discutió conjuntamente con todos los actores involucrados, asimismo podemos observar que la comunidad europea no desatiende a estos foros a la hora de pronunciarse en estas materias, en el caso de Brasil, el mismo foro NetMundial sirvió para aprobar con prontitud la ley Marco Civil el cual presenta como directrices aquellos estándares consensuados en estos foros. De ello se podrá constatar en el Capítulo siguiente.

¹⁷⁵ Este documento oficial se encuentra disponible en el sitio: <<http://netmundial.br/es/netmundial-multistakeholder-statement/>>. [Consulta: 1 de Abril de 2015]

CAPÍTULO IV

SITUACIÓN NORMATIVA DEL PRINCIPIO DE LA NEUTRALIDAD EN LA RED EN EL DERECHO COMPARADO.

1.- Generalidades:

Hemos graficado el estado de la discusión actual en el marco de los últimos foros internacionales en torno a la neutralidad en la red como un principio rector que necesita regulación normativa o concebirlo como un principio en que la propia dinámica de internet va reglando su contenido como un aspecto más bien entregado a “la costumbre en materia de internet”, siendo un consejo a seguir para las Naciones. Resultado de ello, cada país se encuentra en un estado o situación jurídica distinta al resto del concierto internacional, de manera que en muchos países se comienza a discutir la conveniencia de su consagración legal, mientras que en otros ya se encuentra regulado de manera positiva, siendo Chile el primer país en promulgar una ley que regule la neutralidad en la red¹⁷⁶. Así en las siguientes líneas expondremos la situación jurídica que ha adoptado la neutralidad de la red en los actores (Naciones) que, en nuestro concepto, ha presentado mayor relevancia en el ámbito internacional. Tomaremos como ejemplos ilustrativos el caso de Brasil, Chile, Unión Europea y Estados Unidos.

2.- Brasil

2.1.- Antecedentes:

¹⁷⁶Dicha normativa es el resultado de una intensa discusión parlamentaria, que en su tramitación ha involucrado a las distintas entidades interesadas, desde proveedores de servicios electrónicos e internet, hasta organizaciones ciudadanas de internautas, siendo finalmente promulgada el 18 de Agosto de 2010, correspondiendo a la ley 20.453.

El 23 de Abril de 2014, el Senado Federal de Brasil aprobó el marco Civil de Internet (Marco Civil da Internet) en una inédita tramitación parlamentaria que, si bien su discusión se remonta desde hace varios años, su rápida aprobación responde a dos elementos de carácter político: el espionaje a que fue sujeto la presidenta Dilma Rousseff por parte de EEUU y el Encuentro Global sobre el futuro de la Gobernanza en internet que tendría lugar en Brasil al día siguiente a su aprobación (24 de Abril de 2014)¹⁷⁷. Tal normativa viene a demostrar el compromiso de Brasil con los Derechos Humanos involucrados en la internet, teniendo cuatro grandes objetivos a saber:

a.- la neutralidad en la red,

b.- limitación de responsabilidad para los intermediarios ISPs (en el sentido de no responsabilizarlos por los contenidos que los usuarios proporcionen en virtud del principio de la libertad en la red, salvo que no se tomen las medidas para evitar el uso ilícito de la Internet; por ejemplo, si un proveedor de Internet **tiene conocimiento de que existen códigos maliciosos** en determinados paquetes y no actúa para evitar la propagación de los mismos, sería **legalmente punible por no haber evitado la situación**

¹⁷⁷ ILYA, L. Marco Civil: La nueva constitución de internet en Brasil. 2014. [en línea]. Welivesecurity en internet. 26 de Junio, 2014. < <http://www.welivesecurity.com/la-es/2014/06/26/marco-civil-nueva-constitucion-internet-brasil/>>. [Consulta 21 de Noviembre 2014]

mencionada y por ende herir derechos de seguridad de los ciudadanos afectados¹⁷⁸),

c.- libertad de expresión, y

d.- garantías de privacidad de los usuarios de internet.

Los antecedentes de esta norma, se remontan hacia el año 2007 en que el abogado Ronaldo Lemos publica un artículo sobre la tentativa parlamentaria de legislar penalmente sobre la materia, el 22 de Mayo de 2007¹⁷⁹. En este artículo, Lemos postula que Brasil necesita un marco regulatorio civil de internet, criticando duramente al senador Eduardo Acerado quien presentó un proyecto de ley de ciber delito. En efecto, el columnista sostiene que la fórmula natural de regulación de internet en los países desarrollados parte de un marco civil que defina las reglas y responsabilidades de los usuarios, proveedores y otras instituciones con acceso a la red, indicando que el fundamento de ello es la innovación, pues es imperioso que un país tenga reglas civiles claras que den certeza y previsibilidad en las iniciativas sobre internet, mientras que las normas penales deben ser creadas a partir de la experiencia civil, de lo contrario, aumenta el costo de inversión en el sector y desalienta la creación de iniciativas públicas y privadas en la materia. Lemos indica que prueba de aquello es el Convenio de Ciberdelincuencia, el cual en ese entonces ha sido firmado por

¹⁷⁸ *íbid.*

¹⁷⁹ LEMOS. A: Internet brasileira precisa de marco regulatório civil. 2007. [En línea].Uol Noticias. <<http://tecnologia.uol.com.br/ultnot/2007/05/22/ult4213u98.jhtm>>. [Consulta: 21 de Noviembre 2014].

muy pocos países latinoamericanos, mientras que los países desarrollados que lo han suscrito ya cuentan con una regulación civil sobre internet. Brasil, en cambio, con muy mala técnica legislativa a criterio de Lemos, partió a la inversa: intenta crear sanciones penales, sin previa técnica de regulación civil de internet¹⁸⁰.

Basados en esos antecedentes, la *Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça* junto con el *Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito* de la Fundación Getúlio Vargas en Río de Janeiro, lanzaron el 29 de octubre de 2009 la primera fase de un proceso colaborativo para la construcción de un marco regulatorio de internet en Brasil, y ya en el año 2010 tuvo lugar una segunda fase en que se llevó a cabo una consulta pública¹⁸¹ sobre los contenidos de la ley., en este periodo se comenzó a tratar el marco civil como una Constitución para internet, dándole así una faceta inclusive supra legal¹⁸². Asimismo, en este periodo, el tratamiento normativo de internet es

¹⁸⁰ LEMOS RONALDO, A. Parfraseo Publ .Cit.

¹⁸¹ Prueba de aquello, son las palabras del ministro de Justicia de ese entonces, Luiz Paulo Barreto quien en una entrevista indicó que “desde octubre a diciembre del año pasado, la consulta pública celebrada en la corte para discutir el proyecto de ley que establece el marco civil de Internet en Brasil recibió más de 800 contribuciones”, agregó que “Hasta abril de este año, hemos recibido más de 35.000 visitas en 750 comentarios”, publicados. Señaló que el tema es muy amplio, pero la madurez del debate en la sociedad es esencial antes de que el Ministerio remitirá el proyecto de ley para la creación de una marcha civil para la legislatura. “El proyecto llegará al Congreso legitimada por el debate social.” Barreto, Luiz Paulo. 2010. Barreto defende criação de ‘Constituição’ da Internet. [En línea] <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2010/05/barreto-defende-criacao-de-constituicao-da-internet.html>>. [Consulta: 22 Noviembre 2014].

¹⁸² Luis Paulo Barreto quien defendió la creación de una “Constitución de Internet” en Brasil durante el seminario del marco civil de internet el 13 de Mayo de 2010. Entre otras cosas, Barreto señaló que

producto de las fuerzas sociales y ciudadanas, que motivaron la discusión parlamentaria¹⁸³.

2.2.- Proceso Legislativo.

El proyecto normativo que ofrece diez directrices para la gobernanza y uso del internet en Brasil, el cual establece que se respeten los principios de libertad de expresión, el pluralismo, la diversidad, la apertura, la cooperación, la ciudadanía, la protección de la privacidad y los datos personales, la libre empresa, la libre competencia y protección del consumidor. Este proyecto presenta como 3 grandes objetivos: establecer normas para la protección a los usuarios de internet, responsabilidades para los proveedores de servicios y la actuación del Estado en el desenvolvimiento y uso de la red. Siendo enviado a la Cámara de Diputados el 24 de Agosto de 2011 por la presidenta Dilma Rousseff¹⁸⁴.

Sin embargo, este proyecto de ley quedó “dormido” en el parlamento de Brasil y no reanudó su tramitación sino hasta el día 8 de Julio de 2013 luego de

“podemos contar en Brasil con una Constitución de internet, como la Constitución del ‘88, pero sería una Constitución ciudadana”. Publ. Cit.

¹⁸³ BARRETO, L. Publ. Cit.

¹⁸⁴ JINKINGS, D. 2011. Governo apresenta proposta do Marco Civil da Internet ao Congresso Nacional. [En línea]. < <http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2011-08-24/governo-apresenta-proposta-do-marco-civil-da-internet-ao-congresso-nacional>>. [Consulta 24 Noviembre 2014].

revelarse el espionaje a que fue objeto la presidenta Rousseff por parte de Estados Unidos a través de la Agencia Nacional de Inteligencia (NSA)¹⁸⁵. Esta agencia que puede acceder todos los días a redes telefónicas quería "mejorar su comprensión de los métodos de comunicación y de los interlocutores" de Rousseff y sus asesores a través de un programa que permite acceder a todo el contenido visitado por la mandataria en la red. Así las cosas, según declaraciones del ministro de Relaciones Institucionales, Ideli Salvatti, se tomaron las medidas del caso, accionando al Ministerio de Relaciones Exteriores y la Policía Federal, esperando en ese entonces una pronta respuesta del Congreso Nacional. La tarde del 8 de Julio de 2013, Ideli, se reunió con el presidente de la Cámara de Diputados, don Enrique Eduardo Alves, para solicitarle agilidad sobre la votación del proyecto de la ley marco sobre internet que se encontraba en el Comité Directivo de la Cámara¹⁸⁶.

El día 24 de Marzo de 2014, y luego de más de tres años en el parlamento, la Cámara de Diputados de Brasil aprobó la ley marco civil de

¹⁸⁵ Destapan espionaje de EU a Rousseff y Peña Nieto. 2013. [En línea]. El Economista. 1 Septiembre 2013. <<http://eleconomista.com.mx/internacional/2013/09/01/documentos-snowden-revelan-espionaje-eu-rousseff-pena-nieto>>. [Consulta 26 Noviembre 2014].

¹⁸⁶ AQUINO, Y. Após denúncias de espionagem, governo pedirá agilidade na votação do Marco Civil da Internet. 2013. [En línea]. EBC. 08 Julio 2013. <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-07-08/apos-denuncias-de-espionagem-governo-pedira-agilidade-na-votacao-do-marco-civil-da-internet>>. [Consulta 29 Noviembre 2014].

internet¹⁸⁷. Cabe destacar que, en lo que a neutralidad en la red respecta, existió una fuerte oposición por parte de las principales compañías telefónicas quienes argumentaban que ello no permitía la creación de paquetes alternativos en internet., sin embargo, la propuesta se mantuvo y con ello las normas relativas a la red neutral. Asimismo, el PMDB, partido aliado al gobierno, se mostró en una primera instancia contrario a la propuesta gubernamental, pero el ministro de justicia, José Eduardo Cardozo, negoció con ellos una semana antes de su aprobación una enmienda que no generaba grandes cambios a la propuesta original, la cual mantenía el espíritu del proyecto¹⁸⁸.

Es así que por acuerdo entre los partidos gobernantes y la oposición, finalmente se aprueba la Ley de Marco Civil en internet en la Cámara de Diputados casi por unanimidad. El marco civil de internet, se aprobó con 32 artículos y sólo la bancada PPS votó en contra: “esta banca no va a votar a favor de este proyecto”, señaló el señor Rubens Bueno (PPS-PR)¹⁸⁹. Asimismo, durante la tramitación del proyecto se generaron acaloradas discusiones que en rigor no tenían nada que ver con los contenidos de fondo del mismo, como el envío de recursos a Cuba y la dictadura militar. Uno de los momentos de mayor

¹⁸⁷ PEREIRA, P/ JUNGBLUT, C. Câmara aprova Marco Civil da Internet e projeto segue para o Senado. 2014. [En línea]. O Globo. 25 Marzo 2014. <<http://oglobo.globo.com/brasil/camara-aprova-marco-civil-da-internet-projeto-segue-para-senado-11984559>>. [Consulta 30 Noviembre 2014].

¹⁸⁸ *íbid.*

¹⁸⁹ PAPP, A. 2014. Em nome da internet. Os bastidores da construção coletiva do Marco Civil. Sao Paulo. 147 pp.

tensión, fue durante la intervención del diputado Jair Bolsonaro (PP-RJ) quien señaló “prefiero a Obama leyendo mis mail que acceder a las pretensiones del PT”, lo cual fue respondido por el diputado Amauri Teixeira (PT-BA) indicando “después de 50 años de dictadura, sus seguidores están escleróticos. Es la esclerosis del autoritarismo”, siendo nuevamente contestado por el diputado Bolsonaro señalando “usted es cubano, cubano es usted., ¡váyase a Cuba, Cuba tiene internet!”¹⁹⁰.

Luego el proyecto pasó a la Cámara del Senado Federal y se convirtió en el PLC21/2014, con urgencia constitucional, es decir, debe ser votada dentro de un plazo de 45 días¹⁹¹. El objetivo perseguido por la presidenta Rousseff es contar con la ley aprobada al momento de darse lugar el Encuentro Internacional Sobre la Gobernanza de internet, que se llevaría a cabo en Abril de ese año (2014) en la ciudad de Sao Paulo, según vimos en el párrafo segundo del Capítulo anterior.

Tal urgencia constitucional no estuvo exenta de polémica: "resulta profundamente injusto apercibir al Senado por un período de tiempo en que no podemos ejercer nuestra labor en plenitud, no es nuestro derecho, sino nuestro

¹⁹⁰ Ibid.

¹⁹¹ PEREIRA, P/ JUNGLUT, C. Câmara aprova Marco Civil da Internet e projeto segue para o Senado. 2014. Op. Cit.

deber"¹⁹², dijo el senador Vital do Rego (PMDB- PB), ponente del proyecto en la Comisión de Constitución, Justicia y Ciudadanía (CCJ).

El texto sería analizado simultáneamente por tres comisiones: la de tecnología de las comunicaciones y la información (CCT); Inspección y Control (CMA); y Constitución, Justicia y Ciudadanía (CCJ). Así como también, los relatores de la CCT, Zeze Perrella (PDT-MG), y CMA. Luiz Henrique (PMDB / SC) también elogió el texto aprobado por la Cámara de diputados, pero señaló que realizarían ajustes.

Tal como era de esperarse, diez días después de llegar a la Cámara del Senado Federal, el proyecto (PLC) ya había recibido 41 enmiendas de los senadores. Los cambios sugeridos oscilaron entre el aumento de la garantía de privacidad hasta la neutralidad de la red, a través de normas más estrictas en casos de la agresión al honor, reputación o derechos personales., asimismo la banda de velocidad mínima se estableció por ley¹⁹³.

El senador Aloysio Nunes (PSDB-SP) elaboró 16 de las 41 enmiendas presentadas. Entre otros puntos, solicitó cambios en el artículo noveno, dejando

¹⁹² FRANCO, SIMONE Y BAUTISTA. 2014. "Para senadores, marco civil da internet pode ser aprimorado". [En línea]. <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/04/10/para-senadores-marco-civil-da-internet-pode-ser-aprimorado>>. [Consulta: 2 de Enero de 2015].

¹⁹³ PAPP, ANA CAROLINA. 2014. Em nome da internet. Os bastidores da construção coletiva do Marco Civil. Sao Paulo. Op. Cit.

el concepto de neutralidad de la red más difuso. Si bien el texto apoya el "tratamiento isonómico" de datos por los prestadores, creaba clases de "productos o servicios de una misma categoría", lo que dio lugar a acusaciones de que, fuera de esas "categorías", la igualdad de trato de los datos no sería obligatorio¹⁹⁴.

El día 22 de Abril de 2014, en una votación simbólica, la Cámara del Senado federal de Brasil aprobó por unanimidad el proyecto de ley, justo el día anterior a que se diera inicio el Encuentro Internacional sobre Gobernanza en Internet NetMundial. El senador Ricardo Ferraço señaló que "el hecho de que el texto se construyera a través del diálogo con todos los sectores de la sociedad dio como resultado un texto maduro, equilibrado e inteligente que equipara los derechos y obligaciones de los usuarios", de manera que se espera que esta ley constituya un marco a seguir en la población mundial de usuarios, transformándose en ley en el resto de los países. En este sentido, la presidenta Rousseff señaló en su cuenta de twitter que apenas se encontrara aprobado el proyecto, lo enviaría a Naciones Unidas para su tratamiento¹⁹⁵.

2.3.- La neutralidad en la red en el Marco Civil de Internet:

¹⁹⁴ *Íbid.*

¹⁹⁵ Brasil aprobó el Marco Civil de internet. [en línea] Télam. 23 de Abril, 2014. <<http://www.telam.com.ar/notas/201404/60476-brasil-aprobo-el-marco-civil-de-internet.html>>. [Consulta: 2 Diciembre 2014].

La ley 12.965 de 2014, más conocida como el marco civil de internet, reglamenta de manera transversal los aspectos relevantes y más discutidos de la internet en el último tiempo, convirtiéndose Brasil en un referente mundial en la reglamentación de la materia. El nuevo marco civil de internet constituye una especie de "Constitución" para los usuarios de la red mundial, y el gobierno brasileño espera que inspire la adopción de normas similares a nivel mundial, apunta DPA., en tanto que el director de campañas de Avaaz¹⁹⁶, Michael Freitas Mohallem, afirmó que, con esta ley, Brasil se convierte en "el primer país grande en consolidar la neutralidad de internet en su legislación", en declaraciones recogidas por la agencia de noticias del Senado¹⁹⁷. Pero tal como señala Vladimir Aras¹⁹⁸, la idea de legislar sobre la neutralidad en la red no tiene nada nuevo, la primera manifestación de regular su contenido se remonta

¹⁹⁶ Avaaz, es una organización internacional sin fines de lucro, considerada como comunidad internacional on line de movilización que integra la acción política impulsada por la ciudadanía dentro de los procesos de toma de decisiones globales, empoderando a millones de personas para que tomen conciencia y acción frente a temas urgentes de interés internacional, regional o local, desde combatir la corrupción, la pobreza y el conflicto armado, hasta la lucha contra el cambio climático. Con campañas en 15 idiomas coordinadas por un equipo de profesionales trabajando en 6 continentes y voluntarios en todo el mundo, los miembros de la comunidad Avaaz emprenden distintas tácticas y acciones - firmando peticiones, financiando campañas en los medios, enviando mensajes, realizando llamadas a funcionarios de gobiernos, y organizando protestas y eventos offline - para garantizar que las opiniones y los valores de la gente sean tenidos en cuenta en los asuntos de interés público que nos afectan a todos. Respecto a su rol en la tramitación de la ley marco, y para promover la neutralidad en la red, el movimiento activista Avaaz llevó al Senado Federal de Brasil 350.000 firmas de ciudadanos a favor de la aprobación de la ley. Para mayor información de esta comunidad internacional on line, se recomienda acceder a su sitio oficial: <<http://www.avaaz.org/es/index.php>>.

¹⁹⁷ BIZERRA, F. 2014. Brasil aprueba una ley que protege la neutralidad en la red. [En línea]. 24 de Abril, 2014. <<http://www.elmundo.es/tecnologia/2014/04/23/5357561de2704ecf4c8b456b.html>>. [Consulta: 5 de Enero de 2015].

¹⁹⁸ Abogado brasileño, máster en Derecho Públicode la UFPE, profesor asistente de Procedimiento Penal de la UFBA y miembro del Ministerio Público Federal de Brasil.

al siglo XIX: La Ley de Telégrafos del Pacífico, 1860 (Ley Telegraph Pacífico), aprobada por el Congreso de Estados Unidos declaró que los mensajes recibidos de una persona, empresa o compañía, o cualquier otra línea telegráfica debe ser "transmitida de manera imparcial en el orden en que se reciben" exceptuando sólo las órdenes del gobierno, que tenían una transmisión prioritaria¹⁹⁹, agrega este autor que "la consagración de la neutralidad en la red ha sido vendida por el gobierno brasileño como un país pionero en el campo de la regulación de Internet en esta materia, pero en realidad la adopción de la neutralidad no es nuevo en la escena global: Antes de Brasil, al menos cuatro países han introducido el concepto en su legislación., eso es lo que ocurrió en Chile, Colombia, Holanda y Perú"²⁰⁰.

A lo largo del Marco Civil de Internet, podemos identificar que la neutralidad en la red se encuentra regulada directa e indirectamente en las siguientes disposiciones²⁰¹:

¹⁹⁹ Aras, V. 2014. Breves comentários ao Marco Civil da Internet. [En línea]. 5 de Mayo, 2014. <<https://blogdovladimir.wordpress.com/2014/05/05/breves-comentarios-ao-marco-civil-da-internet/>>.

[Consulta: 7 de Enero 2015].

²⁰⁰ Íbid.

²⁰¹ La ley federal 19.965 de Brasil, fue obtenida del sitio oficial del senado federal y se encuentra disponible en: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm>.

[Consulta: 9 de Enero 2015]

1.- En el artículo 2° se indica “*La disciplina de la utilización de Internet en Brasil se basa en el respeto a la libertad de expresión, así como: (...)*”, en tanto que su numeral IV señala “*la apertura y la colaboración*” y el numeral VI “*la finalidad social de la red*”. Por lo tanto, se observa que existe como base en la utilización de internet la apertura, consagrando la neutralidad en la red en el espíritu normativo por cuanto una red abierta connota una red neutral. A lo anterior podemos agregar que la colaboración y finalidad social de la ley apuntan en la misma dirección que el principio de neutralidad dado que entiende la norma que la internet es un espacio de interacción de todos en sentido de involucrar no sólo a todas las personas en su uso, sino también a todos los contenidos que circulan en la red, de tal manera que el énfasis se encuentra radicado en su función social, de colaboración, abierta a todos y no en función de los intereses particulares por sobre los intereses generales de los usuarios. Se consagra así que el uso de la internet es primeramente un derecho de las personas más que un producto comercial de los proveedores. Cabe agregar asimismo que el encabezado de este artículo ampara que la utilización de Internet en Brasil se basa en el respeto a la libertad de expresión, ya vimos en el Capítulo I de este trabajo la estrecha relación existente entre la neutralidad en la red y la libertad de expresión.

2.- En el artículo 3° se indica “*La disciplina de la utilización de Internet en Brasil cuenta con los siguientes principios: (...)*” en tanto que su numeral I señala “*garantía de la libertad de expresión, la comunicación y la manifestación del pensamiento, según la Constitución*”, destacamos el numeral IV que indica “**preservación de la garantía de neutralidad de la red**” (lo destacado es nuestro), y en el numeral VII “*preservación de la naturaleza participativa de la red*”. Es en este punto que resulta necesario recordar la fundamentación de la neutralidad en la red como un principio jurídico abordada en el Capítulo II de este trabajo ya que los argumentos subyacentes en este artículo 3° corresponden precisamente a comprender la neutralidad en la red como un fenómeno de directriz en el ordenamiento jurídico que expresa los valores superiores del mismo. Comprender lo anterior no resulta un baladí, pues de un atento examen a la ley marco podemos desprender que el principio rector y predominante lo constituye precisamente la red abierta y global, siendo la protección de datos personales, protección de la privacidad y la libertad de los modelos de negocios aquellos bienes jurídicos que configuran las excepciones a la regla de la internet abierta, global, social y participativa.

A efectos prácticos, las consecuencias de consagrar positivamente la neutralidad en el uso de la red como principio rector en la misma ley, implica necesariamente que cada vez que el juzgador en estas materias deba resolver

en aquellos puntos no resueltos expresamente por la norma, y aplicar las reglas propias de una red abierta y neutral para casos, por ejemplo, de perjuicios civiles derivados en la utilización de internet. Asimismo, en materia de la hermenéutica jurídica, cada vez que se observen puntos oscuros o dudosos en la misma Ley o reglamentos respectivos, deberán ser interpretados, a nuestro juicio, conforme a la neutralidad que gobierna la red por tratarse ésta del principio general en los aspectos civiles de internet.

Finalmente, vale la pena agregar que el numeral VIII de este artículo 3° señala que también es un principio “la libertad de los modelos de negocios promovidos vía internet, siempre que no interfieran con los demás principios establecidos en esta ley”. Es del caso señalar que los modelos de negocios han constituido uno de los argumentos más preponderantes de aquellos actores – fundamentalmente proveedores de servicio de internet- que se oponen a la neutralidad en la red como regla que deba gobernar internet, entre otras cosas, porque sostienen que ello fomentaría la inversión en internet y su consiguiente desarrollo en la industria²⁰². Es así que con destreza jurídica, el legislador de Brasil establece una suerte de subordinación de la licitud de los modelos de negocios en internet siempre que ello no vulnere el principio de la neutralidad

²⁰² Para revisar con mayor detención estos argumentos, recomendamos revisar lo señalado en el Capítulo I de este trabajo que abordan las posturas en contra de la neutralidad en la red como un principio jurídico.

en la red. Claramente es un enorme triunfo de la sociedad civil que ha defendido tenazmente esta postura.

3.- En el artículo 4° se indica: *“La disciplina del uso de Internet en Brasil tiene los siguientes objetivos:*

I – Promover el derecho de acceso a Internet de todos

II – Promover el acceso a la información, al conocimiento y a la participación en la vida cultural y en la conducción de asuntos públicos.

III – Promover la innovación y fomentar una difusión amplia de nuevas tecnologías y modelos de uso y acceso; y

IV – Promover la adherencia a los padrones tecnológicos abiertos que permitan la comunicación, accesibilidad y la interoperabilidad entre aplicaciones y bases de datos.”

Hemos reproducido este artículo en plenitud ya que consideramos que todos y cada uno de sus numerales fortalecen los aspectos de la neutralidad en la red. En efecto, no sería posible la consecución de tales objetivos perseguido por la ley sin operar las normas de la neutralidad, todo lo cual refuerza aun mas lo planteado en los dos puntos anteriores.

4.- El artículo 5° de la Ley ofrece 8 definiciones conceptuales, en tanto que en su numeral I define lo que es internet como “*El sistema constituido por un conjunto de protocolos de software, estructurados a escala mundial para el uso público y sin restricciones, con la finalidad de posibilitar la comunicación de datos entre terminales por medio de diferentes redes*” (lo destacado es nuestro). De esta manera, desde el propio sentido de internet se entiende que ésta presenta caracteres propios de la neutralidad en la red. Es por lo anterior que podemos afirmar que la internet es por definición un sistema neutral, al menos en el ordenamiento brasileño.

5.- La neutralidad en la red propiamente tal, se encuentra regulada en su artículo 9° sección I del capítulo III de la Ley en comento, cuyo tenor es el siguiente:

“Art. 9° El responsable de la transmisión, conmutación o ruteo tiene el deber de tratar de forma isonómica cualquier paquete de datos, sin distinción por contenido, origen y destino, servicio, terminal o aplicación.”

§ 1° La discriminación o degradación del tráfico será reglamentada en los términos de las atribuciones privativas del Presidente de la República previstas en el inciso IV del artículo 84 de la Constitución Federal, para la

ejecución fiel de esta Ley, oídos el Comité Gestor de Internet y la Agencia Nacional de Telecomunicaciones y solamente podrá ser resultado de:

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

II – priorización de los servicios de emergencia.

§ 2º En el caso de discriminación o degradación del tráfico prevista en el § 1º, el responsable mencionado en el artículo debe:

I – abstenerse de causar daño a los usuarios, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 927 del Código Civil;

II – actuar con proporcionalidad, transparencia e isonomía;

III – informar previamente de modo transparente, claro y suficientemente descriptivo a sus usuarios sobre las prácticas de gestión y reducción del tráfico adoptadas, inclusive las relacionadas con la seguridad de la red; y

IV– ofrecer servicios en condiciones comerciales no discriminatorias y abstenerse de practicar conductas anticompetitivas.

§ 3º En el suministro de la conexión a Internet, de pago o gratuita, así como en la transmisión, conmutación o enrutamiento, está prohibido bloquear,

monitorizar, filtrar o analizar el contenido de los paquetes de datos, respetando lo dispuesto en este artículo.”

Tal como se aprecia, la Ley Marco en rigor no entrega una definición de lo que se entiende por neutralidad en la red, sino que sólo se limita a señalar que se reconoce y protege este principio regulando su contenido. Llama la atención que para no ser redundante, la ley en vez de señalar que los paquetes de datos deben ser tratados de manera neutral, indica que deben ser tratados de manera “*isonómica*”, concepto que se remonta a la filosofía griega para explicar el fenómeno de igualdad de trato ante la ley, modelo que explica la democracia en la antigüedad²⁰³.

En relación a la reglamentación entregada por este artículo 9°, indicaremos las siguientes apreciaciones:

²⁰³ El término isonómico no tiene acogida en los registros de la Real Academia Española RAE. Según los datos obtenidos del sitio <<http://es.wikipedia.org/wiki/Isonom%C3%ADa>>, la isonomía ([griego](#) ἰσωνομία «[igualdad ante la ley](#)» con la idea de reparto) del griego ἴσος *isos*, "igual" y νόμος *nomos*, "uso, costumbre, ley" es considerada fundamental en la aparición de la futura [democracia ateniense](#). La isonomía es el concepto de igualdad de derechos civiles y políticos de los [ciudadanos](#). Es la consigna política que expresaba de la forma más sucinta el carácter propio de la [democracia](#), opuesto al ejercicio ilimitado del poder por parte del [tirano](#). Y era el término en uso para designar un régimen democrático antes de que el concepto de democracia se generalizara.

1.- El artículo consagra la neutralidad en la red por cuanto obliga al responsable de la transmisión, conmutación o ruteo a tratar de forma isonómica cualquier paquete de datos, sin distinción por contenido, origen y destino, servicio, terminal o aplicación. *Sin embargo es necesario advertir que puede haber algunas excepciones, por ejemplo, el uso de la voz sobre IP (VoIP) como Skype, o priorizar los servicios de emergencia o en streaming que forman parte de los requisitos esenciales en la operación de la Internet. Estas excepciones, según el párrafo 1° de este artículo 9°, serán reguladas por el Presidente, de acuerdo con el art. 84, IV de la Constitución Federal. Pero, para acceder a estas excepciones a la neutralidad en la red, el Presidente deberá oír al Comité de Dirección de Internet de Brasil (CGI.br), que es el cuerpo de múltiples partes interesadas y responsables de la gobernanza de internet en Brasil, integrado por el gobierno, la sociedad civil, las empresas y el mundo académico, y oír a Anatel., además esta discriminación del tráfico sólo podrá obedecer a motivos de tratarse de requisitos técnicos indispensables para la prestación adecuada de los servicios y aplicaciones, y a la priorización de los servicios de emergencia.*

2.- Consagrar positivamente en la ley la neutralidad de la red no impide que los proveedores de conexión a Internet pueden vender diferentes paquetes de velocidad. En efecto, tal como explica el Diputado Alessandro Molon en su

sitio oficial²⁰⁴, la neutralidad de la red se limita a establecer que si el plan de compra del usuario es, por ejemplo, 10 megabytes, lo único que se garantiza es que, sin importar el lugar, el sistema operativo (Windows, Apple iOS, Android, GNU / Linux, etc.), el contenido, el origen o destino, serán tratados con la misma velocidad de 10 megabytes.

3.- Por lo anterior es que los proveedores de conexión no podrán reducir la velocidad en función del tipo de contenido al que acceda, o del origen o destino de los paquetes de datos, o la naturaleza, plataforma, sistema o tecnología utilizada. Los planes con velocidades y precios diferentes, como la oferta de 5 megabytes, 10 megabytes, 50 megabytes, 100 megabytes, etc., podrán seguir siendo ofrecidos. Lo que no puedes hacer es limitar la velocidad del usuario basándose en el contenido, origen, destino, servicio, terminal o aplicación.

4.- En el párrafo segundo, para impedir que la neutralidad en la red no sea burlada mediante la regulación presidencial a que se permite en el párrafo primero, señala que el responsable mencionado párrafo primero debe abstenerse de causar daño a los usuarios, de acuerdo con lo dispuesto en el

²⁰⁴ Molon, A. 2014. Entenda a Lei do Marco Civil da Internet. [En línea].28 de Abril de 2014. <<http://www.molon1313.com.br/entenda-o-marco-civil-da-internet/>>. [Consulta: 12 Enero 2015].

Art. 927 del Código Civil; actuar con proporcionalidad, transparencia e isonomía; informar previamente de modo transparente, claro y suficientemente descriptivo a sus usuarios sobre las prácticas de gestión y reducción del tráfico adoptadas, inclusive las relacionadas con la seguridad de la red; y ofrecer servicios en condiciones comerciales no discriminatorias y abstenerse de practicar conductas anticompetitivas. En consecuencia, a pesar que por disposición reglamentaria para ejecutar lo dispuestos en la Ley Marco, de igual manera se debe respetar los márgenes de una red neutral por cuanto se exige la isonomía en el actuar, en tanto que las prácticas anticompetitivas por tales motivos quedan igualmente proscritas en este artículo.

5.- Finalmente, para asegurar el tratamiento neutral de los paquetes de datos, el párrafo tercero impide bloquear, monitorizar, filtrar o analizar **el contenido** de los mismos en el suministro de la conexión a Internet, de pago o gratuita, así como en la transmisión, conmutación o enrutamiento. A primera vista, esta norma pareciera ser redundante con el párrafo primero, sin embargo no lo es. Ello porque este párrafo tercero significa un instrumento necesario para garantizar la neutralidad en la red mandatada en el párrafo primero por cuanto ya no sólo se exige dar tratamiento isonómico a los paquetes de datos en internet, sino que con el párrafo tercero se impide, además, poder analizar, filtrar o monitorear el contenido de dichos paquetes, de tal manera que sin

poder actuar sobre el contenido de los paquetes, difícilmente podrán los proveedores de conexión a internet transgredir las reglas propias de la neutralidad, en definitiva, por regla de quien no puede lo menos, no podrá lo mas.

3.- Chile.

3.1.- Antecedentes:

El día martes 13 de Julio de 2010, la Cámara de Diputados aprueba en el Congreso de Valparaíso por 99 votos a favor, 0 en contra y 1 abstención el Proyecto de Ley de Neutralidad de Red. Así, tras algunos trámites que la legalidad chilena exige, el miércoles 18 de Agosto del mismo año, se hizo oficial la Ley Nº 20.453, que consagra el principio de neutralidad de la red para usuarios de la internet. **Es así como, Chile se convirtió en el primer país del mundo en incorporar el concepto de Neutralidad en la Red a su legislación**²⁰⁵.

Dicha información no deja de llamar fuertemente la atención toda vez que el poder legislativo no goza de gran prestigio en nuestro país., es más, los

²⁰⁵ Anón. 2010. Chile, primer país en incorporar la Neutralidad en la red. [En línea]. El Mundo. 16 de Julio, 2010. <<http://www.elmundo.es/elmundo/2010/07/16/navegante/1279272468.html>>. [Consulta 17 Enero 2015].

señores parlamentarios han demostrado en términos generales una constante actividad legislativa poco sofisticada, poco técnica y poco vanguardista, presentando Chile un ordenamiento jurídico-positivo muchas veces anticuado y anacrónico.

Sin embargo, con la aprobación de la Ley de Neutralidad de Red sorprenden al país e incluso a la comunidad internacional, posicionando a Chile a la vanguardia legislativa en este tipo de materias. Por consiguiente cabe preguntarse ¿Qué pasó aquí?, ¿Qué antecedentes motivaron a los parlamentarios en legislar sobre la materia?, ¿Cómo lo lograron?, ¿De qué manera se pusieron al tanto de las complejidades y desafíos que presentan las nuevas tecnologías?, ¿Cómo logra Chile ser pionero en estas sofisticadas materias?, ¿Por qué?.

Frente a tales cuestionamientos, y según resultados de nuestra investigación, no existe literatura exacta y precisa acerca de las respuestas que hemos planteado. En efecto, sólo existe a disposición las actas de la tramitación legislativa (Boletín 4915-19), y alguno que otro artículo periodístico, mas no es precisamente la explicación previa a la tramitación de la norma, es decir, no explican el contexto, las circunstancias que propiciaron que el principio de la neutralidad en la red llegue al parlamento para su instauración positiva en

nuestro sistema jurídico. Es por ello que nos hemos visto en la necesidad de buscar tales antecedentes y explicaciones en una entrevista directa con José Huerta²⁰⁶ quien ha tenido participación protagónica en la iniciativa legislativa y proceso legislativo, además de algunos antecedentes que nos puedan proporcionar los medios informativos en internet y algunas revistas de derecho informático.

En este sentido, Huerta señala que todo este proceso se inició exclusivamente a iniciativa ciudadana, “la necesidad de la promulgación de esta norma nació como interés de los usuarios afectados, los usuarios cansados de las irregularidades logramos llevar el descontento de la gente al parlamento por no cumplimiento de lo publicitado y ofrecido por los proveedores”²⁰⁷, así, de manera muy hábil, un grupo de personas se organizaron vía internet para proponer la iniciativa y estar al tanto de los avances en la materia.

Cabe preguntarse entonces cuáles fueron esas irregularidades e incumplimientos por parte de los ISP a que se refiere José Huerta. El profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, Alberto Cerda Silva, nos

²⁰⁶ Abogado (34), Director de NeutralidadSi.org, organización civil que desde 2007 participó en la campaña para la aprobación de la “Ley de Neutralidad en la Red en Chile”, lograda finalmente en 2010. Asesor parlamentario en temas de Telecomunicaciones, Tecnología y Derecho Informático. Presidente del directorio y director ejecutivo de la ONG Cívico.

²⁰⁷ Huerta, José. En entrevista personal. Calle Suecia N° 1428, Providencia. Entrevistador: Mario Pérez. 28 de Octubre, 2014.

aporta alguno de estos antecedentes en la revista electrónica “Cuestión de Derechos”²⁰⁸. Señala que desde el 2003, precisamente cuando algunos comenzaban a anticipar la relevancia del tema (Tim Wu en el año 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 controlaba la mayor parte de los servicios de telefonía fija y de las conexiones a Internet del país. 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 adopción de toda medida técnica que bloquease o degradase su servicio a los usuarios de servicios de telefonía sobre Internet²⁰⁹. La Corte Suprema protegía así la neutralidad de la red. Sin embargo, dado el efecto relativo de las sentencias judiciales, la sentencia no surtiría efectos respecto de otros proveedores de servicios de internet o telefonía.

Por otro lado, agrega Cerda que en ese mismo año (2007), 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

²⁰⁸ CERDA, A. 2013. Neutralidad en la red y libertad de expresión. Revista electrónica Cuestión de Derechos 4: 67-68. Op Cit.

²⁰⁹ Corte Suprema, Caso Rol 6236-2006: Voissnet S.A. y Fiscalía Nacional Económica contra Compañía de Teléfonos de Chile, sentencia definitiva, 4 de julio de 2007.

representaban sobre el 95% del mercado- 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 de dicho 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 discriminatorios²¹⁰. 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.

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.

Asimismo, el abogado José Huerta, ya ha explicado que “desde hace muchos años venía discutiendo en foros de internet acerca de distintos temas

²¹⁰ Corte Suprema, Caso Rol 7781-2010: Fiscalía Nacional Económica contra Telefónica Móviles de Chile y otros, sentencia definitiva, 23 de Diciembre de 2011.

que nos preocupaban como usuarios y al final siempre terminábamos alegando por el tema de nuestros problemas de red y conexión”²¹¹. En ese entonces, el señor Huerta sostenía discusiones con sus amigos por internet sobre temas relativos a éste, pues en Estados Unidos ya comenzaba a ponerse muy en boga el tema de la red neutral. Por lo mismo, las conversaciones virtuales decantaron naturalmente hacia allá. Aunque, según recuerda Huerta, el debate en esa etapa era incipiente e incluso tímida, “obviamente, nos pusimos a discutir al respecto. Básicamente en torno a cómo se podía asegurar el mismo principio (de neutralidad) acá en Chile. Sin embargo, por esos años (a mediados de esta década) la discusión era aún muy liviana”²¹².

Estas discusiones e intercambios de opiniones sobre neutralidad que José Huerta sostenía con sus amigos y contactos extranjeros tuvieron cabida en la agenda política más bien por un accidente fáctico: Según comenta el mismo José Huerta que un día leyendo un artículo en el Diario Las Últimas Noticias, se percató que el diputado Gonzalo Arenas (diputado del Partido Unión Demócrata Independiente, UDI) estaba trabajando en una nueva Ley del Consumidor que incluía a los usuarios de internet. Sucede que José Huerta lo conocía, pues el parlamentario le habría hecho clases en la Universidad. Es por

²¹¹ PERALTA, A. 2010. Ley de neutralidad en Chile: Cómo diablos se logró. [En línea]. <<https://www.fayerwayer.com/2010/08/ley-de-neutralidad-de-red-en-chile-como-diablos-se-logro/>> . [Consulta: 20 Enero 2015].

²¹² Íbid.

ello que, luego de leída la noticia, le escribió a la casilla de correo que figuraba en la página de la Cámara de Diputados, aunque previendo que era bien difícil que hubiera respuesta. A pesar de la desconfianza de Huerta, el diputado Arenas sí respondió, con lo que se inició una fructífera relación en torno a la discusión sobre la neutralidad en la red. A partir de ese entonces, ambos comenzaron a discutir estos temas, en tanto que José Huerta le comentó que este problema en Chile de abusos por parte de los ISP ya existía en los Estados Unidos, de manera que la neutralidad de la red podía ser una bandera de lucha interesante para un proyecto de ley de protección a los consumidores de internet que el diputado estaba preparando. Señala José Huerta que “nos juntamos muchas veces con Gonzalo y con mucha de la gente con la que veníamos discutiendo estos temas en los foros de internet, hasta que finalmente le presentamos a él un borrador de lo que nosotros pensamos era lo principal que debía estar presente en esa ley”²¹³.

El diputado Gonzalo Arenas, abogado de profesión, en ese entonces era diputado por el distrito 48 de la Región de la Araucanía desde el año 2006 hasta el año 2010²¹⁴ y es uno de los parlamentarios que ha estado inmerso desde su inicio en este proceso que culminó la aprobación de la Ley de Neutralidad de Red. Arenas se define como un tipo “fanático de todo lo

²¹³ *Ibíd.*

²¹⁴ Para mayor información acerca del Diputado Gonzalo Arenas, se recomienda visitar el sitio web: http://es.wikipedia.org/wiki/Gonzalo_Arenas.

tecnológico y un usuario importante de la red”. Por lo mismo, dedicó bastantes horas de su tiempo a investigar sobre estos temas para analizar sus posibles aplicaciones legislativas. Señala que “Comencé revisando la página del Congreso norteamericano para ver si se estaba haciendo algo legislativo relacionado con los derechos de los usuarios de internet y encontré un par de mociones parlamentarias que se habían presentado en la Cámara de Representantes que decían relación con la neutralidad de internet, ahí empecé a investigar sobre el tema y me di cuenta que mucho de los derechos aislados que yo estaba tratando de establecer en una ley se encontraban o eran de consecuencia de otro principio más amplio que es el de la neutralidad, y que en el fondo no sacaba nada con resguardar esas actas de derecho de los usuarios de internet si es que no tenía antes el soporte mínimo de que existiera una internet neutra”²¹⁵.

Gonzalo Arenas se encontraba en esta etapa de investigación cuando fue contactado por José Huerta y en ese momento comenzaron a unir fuerzas para tratar de darle un real cuerpo a las ideas de consagrar positivamente el principio de la neutralidad en la red en el ordenamiento chileno, al menos en sus aspectos matrices. Acto seguido, el diputado junto con José Huerta se organizaron con las personas que estaban interesadas y crearon la página web

²¹⁵ Peralta, Álvaro. 2010. Ley de neutralidad en Chile: Cómo diablos se logró. Publ. Cit.

“neutralidadsi.org”²¹⁶ en virtud de la cual lograron canalizar las opiniones ciudadanas en torno a la neutralidad, las cuales también estuvieron presente en todo el debate legislativo, de manera que se trató de un proyecto de ley que se gestó y discutió en conjunto con los usuarios de internet y fuerzas sociales como nunca antes había existido en Chile, un proyecto realmente de instancia popular en conjunto con el aparato legislativo. Estas discusiones tuvieron lugar a fines de 2006 y ya en 2007 finalmente pudieron presentar el Proyecto de Ley²¹⁷.

3.2.- Proceso legislativo.

3.2.1.- Primer trámite constitucional: Cámara de Diputados.

El día 2 de Marzo de 2007, por moción parlamentaria es oficialmente ingresado a la Cámara de Diputados el proyecto de Ley que consagra la red neutral como reforma a la Ley 19.496, sobre protección de los derechos de los

²¹⁶ **Neutralidad SI!** es el eslogan de la campaña para lograr la aprobación en el Congreso del proyecto de ley que regula la determinada “**Neutralidad En La Red**” y “**Prácticas Restrictivas de los Proveedores de Acceso a Internet**”. Su finalidad es lograr publicitar esta iniciativa legal para así poder contar con una regulación que proteja a los usuarios de los abusos que cometen regularmente los Proveedores de Acceso a Internet en contra de sus Clientes. Su sitio web oficial es <<http://www.neutralidadsi.org/>>, sin embargo, debemos advertir que, a fines del 2012, la mayoría de los miembros que formaron parte de Neutralidad Si, se trasladaron hacia una nueva ONG, mas transversal en materia de gobernanza en internet, ONG CIVICO, con la finalidad de trabajar en la aplicación de la Ley de Neutralidad en la Red y denunciar su falta de fiscalización por parte del organismo competente, la Subsecretaría de telecomunicaciones SUBTEL.

²¹⁷ PERALTA, A. 2010. Ley de neutralidad en Chile: Cómo diablos se logró. Publ. Cit.

consumidores, en cuenta de sesión 04, legislatura 355 por iniciativa de los parlamentarios Gonzalo Arenas Hödar, Marcelo Díaz Díaz, Enrique Estay Peñaloza, Alejandro García-Alejandro Huidobro Sanfuentes, Patricio Hales Dib, Javier Hernández Hernández, Tucapel Jiménez Fuentes, José Antonio Kast Rist, Carlos Recondo Lavanderos y Felipe Ward Edwards²¹⁸.

Dicho proyecto inicial que, acompañado de un exordio que advierte las amenazas a los derechos de los usuarios y prácticas abusivas por parte de los proveedores de internet, tiene como finalidad proteger a los usuarios que pagan precio o tarifa por los servicios de internet, es decir, a los consumidores. Es por ello que pretendía incorporar 3 letras al artículo 15 de la ley sobreprotección a los consumidores. Este proyecto señalaba lo siguiente:

“Artículo único: Agréguese a la Ley 19.496 sobre Protección al Consumidor, los siguientes artículos 15A, 15B y 15C:

Artículo 15A.- *Serán obligaciones de los proveedores de acceso a Internet; entendiéndose por tales, toda persona natural o jurídica que preste*

²¹⁸ Historia de la Ley N° 20.453 consagra el principio de neutralidad en la red para los consumidores y usuarios de internet. Informe. Redactado oficialmente por la Biblioteca del Congreso Nacional a partir de la información proporcionada por el Sistema de Tramitación de Proyectos del Congreso Nacional (SIL). Disponible en el sitio oficial <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1016570>>. Acápiteme “Historia de la ley”. [Consulta: 25 de Enero de 2015].

servicios onerosos de conectividad entre los usuarios o sus redes e Internet, las siguientes:

a) No podrán bloquear, interferir, discriminar o entorpecer en cualquier forma la capacidad de cualquier usuario de Internet para acceder, utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio legítimo a través de Internet, así como cualquier otro tipo de actividad o uso realizado a través de la red. De la misma forma, no podrán realizar ninguna actividad que restrinja la libertad de los usuarios para el uso de los contenidos o servicios dispuestos en Internet.

b) Entregar por escrito a sus usuarios, toda la información relativa a las características del acceso a Internet contratado, su velocidad, calidad del enlace diferenciado entre las conexiones nacionales e internacionales, así como la naturaleza y garantías del servicio. Esta información deberá ser entregada obligatoriamente por el proveedor de Acceso a sus clientes en el momento previo a la contratación del servicio y, además, en cualquier momento en el cual los clientes lo soliciten durante la vigencia del contrato.

c) Ofrecer directamente a cada usuario un servicio de acceso a Internet que no distinga contenidos, aplicaciones o servicios basados en la fuente de origen del mismo o de la propiedad de estos. El proveedor deberá garantizar en forma igualitaria, el acceso, velocidad, calidad del servicio y el

ancho de banda a todo tipo de contenidos, servicios o aplicaciones disponibles en la red. En virtud del contrato vigente con los usuarios.

d) Ofrecer servicios de controles parentales para contenidos que atenten contra la ley, la moral o las buenas costumbres, siempre y cuando el usuario reciba por adelantado y de manera clara y precisa el alcance de tales servicios.

Artículo 15B: *Sobre Información y Calidad del Servicio. Los proveedores de Acceso a Internet deberán presentar a sus clientes toda la información necesaria para identificar el producto que se está contratando con dicho proveedor en los términos señalados por el artículo 15 A, letra b)*

En Dicha información, deberán especificarse al menos los siguientes puntos en lenguaje común:

- a) Velocidad Nominal y Real del enlace contratado.*
- b) Simetría del enlace, en cuanto el ancho de banda de subida o bajada sea distinto uno de otro o sean totalmente simétricos.*
- c) Disponibilidad efectiva del servicio en períodos mensuales y anuales.*
- d) Ancho de Banda disponible para conexiones nacionales e internacionales.*
- e) Latencias garantizadas para conexiones nacionales.*

f) *Latencias disponibles para conexiones internacionales.*

Artículo 15 C.- *Sobre Prácticas restrictivas de los Proveedores de Acceso a Internet. Se entenderá como Prácticas Restrictivas a la libertad de utilización de los contenidos o servicios que se presten a través de Internet, en virtud de lo señalado por el artículo 15 A letra a) de la presente Ley, entre otros, los siguientes comportamientos:*

- a) *Bloqueo de puertos de entrada o salida en la conexión.*
- b) *Análisis o filtrado de la información que es trasladada por la conexión.*
- c) *Cortes sistemáticos en el enlace, ya sea en su totalidad o restringido a alguno de sus componentes*
- d) *Entorpecimiento, lentitud o imposibilidad para acceder a los contenidos o servicios disponibles en Internet.*
- e) *Cualquier actividad o dispositivos destinados a entorpecer, bloquear o disminuir la capacidad de los usuarios para acceder a los contenidos y servicios disponibles a través de Internet a menos de que exista expresa solicitud escrita del usuario o una orden judicial de un tribunal competente que así lo establezca.*²¹⁹

²¹⁹ Dicho proyecto se encuentra disponible en la página oficial de la Cámara de Diputados, Boletín N° 4915-15. [En línea]. <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=5300&prmBL=4915-19>. [Consulta: 27 Enero de 2015]

Sobre este proyecto cabe destacar que, primero, no define el término neutralidad en la red, sólo se limita a regular su contenido en el artículo 15 A letra a). Segundo, si define con precisión el sujeto pasivo de la norma, es decir, los proveedores de acceso a internet. Tercero, establece una serie de obligaciones en el artículo 15 A letra a) que pareciera ser taxativo, sin embargo, dado la amplitud de los conceptos utilizados se desprende que la norma regularía una serie de situaciones indeterminadamente. Cuarto, que a pesar de estar ubicada la letra d) del artículo 15 A, esto es, ofrecer controles parentales, estimamos que más que tratarse de una obligación de los proveedores que resguarden la neutralidad en la red, viene a constituir una verdadera excepción a este principio, legítima por cierto, pero una excepción al fin y al cabo. Quinto, que el artículo 15 B establece de cargo de los proveedores la obligación de entregar información previa al contrato y “en cualquier momento de ser solicitada” una serie de informaciones que claramente pretende hacer conocer a la parte consumidora de todas estas materias a efectos de empoderarlo plenamente en sus derechos y facilitar su fiscalización. Sexto, para evitar ambigüedades, el legislador utiliza una técnica bastante conocida en el artículo 15 C, cual es que, estando en presencia de normas genéricas, es conveniente establecer un listado no taxativo de situaciones que vulneren la neutralidad en la red a que regula el artículo 15 A letra a), ello por cuanto la interpretación del legislador es obligatoria y no de efectos relativos.

Posterior al ingreso del proyecto, tuvo lugar en el Congreso, en la Cámara baja, diversas discusiones en que participaron entre otros el subsecretario de telecomunicaciones que en ese entonces era don Pablo Bello Arellano, José Huerta de NeutralidadSí!, y Alberto Mordojovich Soto, Gerente General de Voissnet S.A..

Según el informe de la Comisión de ciencias y tecnología de la Cámara de Diputados, el día 09 de septiembre de 2007 en Cuenta en Sesión 79, Legislatura 355, el Subsecretario de Telecomunicaciones señaló que el Gobierno estima pertinente proponer una consagración legal del principio de “neutralidad en la red Internet”, así como la protección de los consumidores, pero que dicha consagración debe realizarse en el marco de la ley 18.168, General de Telecomunicaciones, por cuanto **Internet puede ser utilizada como soporte de diversos tipos de telecomunicaciones, así como de otros servicios, prestaciones o aplicaciones, por lo que si se enmarcan dentro de la definición de telecomunicación establecida en el artículo 1°, deberán someterse a su regulación**²²⁰. Por tales consideraciones, se decidió trasladar la norma ya no a una modificación a la Ley sobre Protección a los Derechos de los Consumidores, sino a la Ley General de Telecomunicaciones, Ley 18.168.

²²⁰ Historia de la Ley N° 20.453 consagra el principio de neutralidad en la red para los consumidores y usuarios de internet. Op. cit.

Además de ello, Pablo Bello agregó, el principio de neutralidad de la red debe aplicarse de una forma que priorice otras necesidades y derechos, como son la seguridad en la red así como la protección de la privacidad de los usuarios, entregando a los operadores de acceso la facultad de adoptar las medidas necesarias para estos fines y, siempre que ello no redunde finalmente en que éstos realicen acciones destinadas a gestionar tráficos para su propia conveniencia o con fines anticompetitivos.

La Comisión, además, recibió la opinión de don Alberto Mordojovich Soto, Gerente General de Voissnet S.A., quien, en síntesis, agregó que no se trata de un tema teórico, sino que se trata de una situación real con casos concretos en Chile, en los que se ha observado bloqueos y actitudes que violan el principio de la neutralidad en la red.

Finalmente, para este primer informe se recibió la participación de José Huerta Estrada, miembro de la Organización Neutralidad Sí!, quien señaló pertenecer al sector de los consumidores, y coincidir con la propuesta del proyecto de ley, en cuanto es un tema con presencia en el país, con fallos de tribunales, y que afecta día a día a los usuarios de internet, y que implica que los proveedores de internet publicitan ciertas características de su producto, el

que a la hora de entregarse no responde a ellas, cuestión poco debatida por el escaso conocimiento técnico del usuario nacional²²¹.

Los señores Diputados integrantes de dicha Comisión compartieron unánimemente los fundamentos y contenidos del proyecto en Informe.

Asimismo, manifestaron especial interés en que la iniciativa en debate quedara incorporada a la Ley General de Telecomunicaciones, por tratarse de una materia propia del ámbito de competencia señalado en el artículo 1° de dicho cuerpo legal.

De esta manera, la Comisión en su sesión ordinaria celebrada el miércoles 11 de Mayo de 2007, sometió a discusión particular el proyecto adoptándose el acuerdo de incorporar a la Ley 18.168 los artículos 7A y 7B por indicación de los Diputados señores Araya; Arenas; Egaña; Enríquez- Ominami; Martínez; Moreira y Sunico. Como no hubo, con ocasión del debate particular del proyecto, artículos o indicaciones rechazadas o declaradas inadmisibles por la Comisión, el proyecto de ley en informe fue aprobado, en general, por la Comisión en su sesión de fecha 12 de Septiembre de 2007, por la unanimidad de los Diputados presentes en esa instancia, señores Araya; Arenas, en

²²¹ *Ibíd.*

reemplazo del señor Paya; Egaña; Enríquez-Ominami; Martínez; Moreira, y Sunico (Presidente de la Comisión)²²².

Posterior al resultado del informe, el día 11 de Octubre 2007 tuvo lugar la discusión en sala, Legislatura 355, Sesión 89. En ella el proyecto presentado como resultado de la Comisión de Ciencia y Tecnología se aprueba en general y en particular. Tuvieron la palabra los Diputados Egaña, Arenas, Díaz, Sepúlveda y Hales, y tras sus respectivos discursos que dan cuenta del lucrativo negocio de los proveedores de internet en Chile, de la importancia de contar con una red neutral para proteger a los usuarios y dar cuenta de los reiterados abusos por parte de los ISP²²³, el señor Presidente de la sala, el diputado Walker, dio por cerrado el debate.

Acto seguido, el presidente de la sala procede a declarar en votación el proyecto originado en moción a través del sistema electrónico dando como resultado 66 votos a favor; por la negativa, 0 votos; en tanto que el número de

²²² Este informe de la Comisión de Ciencia y Tecnología se encuentra disponible en la página oficial de la Cámara de Diputados, Boletín N° 4915-15. [En línea]. <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=5300&prmBL=4915-19>. [Consulta: 28 Enero de 2015].

²²³ Estos discursos han sido transcritos y se encuentran disponibles en la página oficial de la Cámara de Diputados, Boletín N° 4915-15. [En línea]. <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=5300&prmBL=4915-19>. [Consulta: 28 Enero de 2015].

abstenciones fueron 2. Con ello el Diputado Walker (Presidente) dio el proyecto por aprobado.

Respecto a esta votación, José Huerta destaca el rol protagónico que han tenido los usuarios en la discusión parlamentaria, señalando que la suerte de la iniciativa no quedaba exclusivamente en las manos de los ritmos y voluntades de los parlamentarios, ahora la sociedad civil, agrupada por medio de internet, tenía algo que decir. Agrega que “una vez que el proyecto fue presentado en la Cámara de Diputados nos encontramos con que estábamos atacando -probablemente- al negocio más rentable que hay en Chile después del cobre, que son las telecomunicaciones. Y nos encontramos en la situación de que no éramos personas jurídicas, ni teníamos capital para gastar en nada. Ni en publicidad, ni en lobby, ni en ningún tipo de cosa que requiriera inversión”²²⁴. Sin embargo, explica Huerta que encontraron una manera fácil y barata para sensibilizar a los parlamentarios con respecto a este proyecto: “Lo que hicimos fue crear un correo tipo para que mandaran nuestros usuarios, diciéndole a los parlamentarios de sus distritos que les interesaba que se aprobara el proyecto, entonces, a los Diputados se les saturaron las casillas, a todos les llegaron mails. Y cuando llegó la hora de la votación, ésto se transformó en una medida de presión popular, limpia y transparente”²²⁵.

²²⁴ PERALTA, A. 2010. Ley de neutralidad en Chile: Cómo diablos se logró. Publ. Cit.

²²⁵ *Ibíd.*

De esta forma, el proyecto logró una gran votación en la Cámara de Diputados. Fue el primer triunfo de un grupo de ciudadanos agrupados a través de internet en la historia legislativa chilena.

3.2.2.- Segundo trámite constitucional: El Senado.

Con fecha 11 de Noviembre de 2007, se dirige el oficio n° 7063 al Senado comunicándole el texto aprobado²²⁶.

En esta etapa, nos explica el abogado Huerta que la tramitación se hizo más problemática de lo esperado: “aquí no bastó con repetir el envío masivo de correos electrónicos a los honorables. Hubo que hacer bastante muñeca, presentarse a reuniones, mesas de expertos y un sinfín de otras instancias previas a la final aprobación del texto. Afortunadamente, en esta otra etapa

²²⁶ Este oficio se encuentra disponible en la página oficial de la Cámara de Diputados, Boletín N° 4915-15. [En línea]. <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=5300&prmBL=4915-19>. [Consulta: 28 Enero de 2015].

tuvimos el apoyo del Senador Guido Girardi, quien era parte de la Comisión Única que analizó el proyecto, a través de él nosotros llegamos por primera vez a presentar en el Senado nuestra posición como una agrupación de usuarios”²²⁷.

El día 2 de Abril de 2008, la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones del Senado entregó su informe en relación al proyecto. En él se indica las apreciaciones de diversos representantes de la industria privada²²⁸ y los comentarios que sugirieron los Senadores que presenciaron la discusión en general de la iniciativa.

Como se observa del informe, en esta etapa existió un debate mucho más profundo, con actores fuertemente vinculados al sector empresarial, oportunidad en que las compañías de Telecomunicaciones e ISP en general

²²⁷ PERALTA, A. 2010. Ley de neutralidad en Chile: Cómo diablos se logró. Publ. Cit.

²²⁸ En esta discusión se contó con la participación y colaboración del Subsecretario de Telecomunicaciones, señor Pablo Bello; del Jefe de Regulación Política y Estudios de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, señor Cristián Núñez; de la Asesora Legislativa de dicha Subsecretaría, señora Vitalia Puga y del Jefe de la División Jurídica de esa Subsecretaría, señor Guillermo de la Jara. Además, fueron especialmente invitados el Presidente de la Asociación de Proveedores de Internet ISP-API A.G., señor Rodrigo Tabja; el Presidente de la Asociación de Telefonía Móvil (ATELMO), señor Guillermo Pickering; el Abogado de Movistar de ATELMO, señor Christian Cortés; el Subgerente de Regulación de Proyectos de ENTEL de ATELMO, señor Andrés Cristi; el Fiscal de Claro de ATELMO, señor Ricardo Gebauer; el Gerente General de GTD Internet de GTD Manquehue S.A, señor Miguel Moya; el Fiscal de GTD Manquehue S.A, señor Juan Pablo Marré; el Director General de Telefónica Chile, señor José Molés; el Vicepresidente de Regulación y Mayoristas de Telefónica Chile, señor Humberto Soto; el Gerente General de Voissnet S.A., señor Alberto Mordojovich Soto; el Presidente de VTR Globalcom S.A., señor Mauricio Ramos; el Vicepresidente de Estrategia de VTR Globalcom S.A., señor Juan Vásquez y la Gerente de Comunicaciones Corporativas de VTR Globalcom S.A., señora Ana Isabel Olate.

tuvieron directa participación para explicar sus posturas e intereses. Por ello a lo largo de este extenso informe²²⁹ hemos rescatado los principales argumentos de la industria privada sobre internet:

-El Presidente de la Asociación de Telefonía Móvil (ATELMO), señor Guillermo Pickering sostuvo que un proyecto de ley que se refiere a las redes reviste especial importancia para la industria y esta iniciativa legal no considera la magnitud y la complejidad técnica de las redes móviles de Internet que se construirán en el futuro. El proyecto de ley en estudio está concebido para regular las redes fijas. Haciendo hincapié en la experiencia de países altamente desarrollados como Estados Unidos, Inglaterra y Japón que no cuentan con una regulación sobre neutralidad en la red para el funcionamiento de internet. Además agregó que La Banda Ancha móvil no se vende por velocidad, sino que por capacidad, lo que no significa que la capacidad no aumente considerablemente por tercera generación, mientras que con la tecnología actual existe una vulnerabilidad a la congestión y la prestación de los servicios de telefonía móvil se da en un ambiente de mayor competencia que en las redes fijas. Entre sus conclusiones destaca que tiene sentido restringir el tráfico cuando es dañino, como es la transmisión de virus, gusanos y spam, por

²²⁹ El informe se encuentra disponible en la página oficial de la Cámara de Diputados, Boletín N° 4915-15, en el acápite “primer informe de comisión”. [En línea]. <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=5300&prmBL=4915-19>. [Consulta: 28 Enero de 2015].

lo tanto, debe existir una administración eficiente de la red, con lo cual la innovación tecnológica se verá favorecida con una adecuada flexibilidad para la creación de los planes, aumentará la inversión en cobertura y la masificación de los servicios y accesos de todos los usuarios a través de Internet.

- **El Presidente de la Asociación de Proveedores de Internet, señor Rodrigo Tabja** señaló que el proyecto de ley en estudio, sólo permite la intervención por razones de seguridad y como se ha demostrado la intervención por razones comerciales o de administración de gestión son válidas. La institucionalidad vigente cuenta con las herramientas necesarias para sancionar conductas anticompetitivas. Otro punto interesante para entender la razón por la cual la red no puede ser neutra se debe a que la variedad de aplicaciones necesitan atributos distintos y sería ineficiente otorgarle a todas las aplicaciones los mismos atributos, con lo cual se encarecería el servicio de Internet, porque se deberían garantizar velocidades que son inútiles para ciertas aplicaciones. Si fuera necesario realizar inversiones relevantes para entregar a todos los usuarios el mismo servicio sería ineficiente y la Internet sería más cara y atentaría contra la penetración del servicio.

- **El Director General de Telefónica Chile, señor José Molés**, inició su presentación señalando que esta iniciativa legal contiene diversos aspectos

positivos que es conveniente conservar. En seguida, expresó que la neutralidad en la red es un tema amplio y complejo, que aún está en discusión en el mundo, por lo que se debe ser cauto en legislar sobre esta materia, no se cuenta con experiencias que ilustran sobre sus efectos, entre los cuales el desincentivo a la inversión podría ser muy perjudicial. Por otra parte, las empresas de red hacen frente a crecientes demandas de ancho de banda y de renovación de la red, sin contar con un modelo de negocio que les permita recuperar los costos e inversiones para soportar los crecientes requerimientos de Internet. De este modo, se puede concluir que este debate no obedece a razones filosóficas, ni tampoco se refiere a la protección de los usuarios. Asimismo, señaló que existe la posibilidad de que la nueva infraestructura requerida pueda financiarse en base a nuevos modelos de negocio, como sería el caso del cobro en función de la intensidad de uso que haga el usuario o proveedor de servicios, sin embargo, el proyecto de ley en estudio podría coartar la libertad de generar estos nuevos modelos de negocios. Finalmente, expresó que es riesgoso adoptar en Chile una legislación temprana sobre neutralidad de red, en tanto los países más avanzados aún están estudiando el tema.

- **El Gerente General de Voissnet, señor Alberto Mordojovich** indica que algunos están en contra de la neutralidad de Internet porque señalan que es una solución en busca de un problema, el problema no ha existido, salvo por

pequeños casos que se han presentando y ello debido a que las empresas telefónicas de Estados Unidos cuidan su imagen y no lo han afectado. En su opinión, el problema que aqueja a los usuarios de internet en Chile se presenta porque Telefónica está protegiendo su flujo de caja, como cualquier inversionista privado y la Internet de Banda Ancha no le conviene y está haciendo lo posible por retardar el desarrollo de Banda Ancha porque está con utilidades sobre el 50% de lo que vende.

- **El Gerente General de GTD Internet de GTD Manquehue S.A, señor Miguel Moya,** manifestó que imponer a Internet un conjunto de reglas y regulaciones como las que la norma en discusión pretende, traería consigo consecuencias negativas, derivadas de las siguientes consideraciones:

- Se trata de resolver un problema que aún no se presenta.

- Internet no es neutral y nunca lo ha sido, los protocolos TCP-IP y BGP no fueron diseñados bajo el criterio de neutralidad, sino que de eficiencia. Análogamente el diseño de las redes de telecomunicaciones o viales se conciben bajo el criterio de optimizar los medios desde los puntos de vista técnicos y económicos, y no dimensionadas para aceptar cualquiera demanda. En otras palabras, si se dejara la red operar por sí sola, ello no la haría “neutral”.

- Una administración eficiente de la red requiere priorizar alguna data y también requiere que cierto tipo de contenidos, aplicaciones y adjuntos sean filtrados y/o bloqueados. Sin mecanismos de filtrado, por ejemplo, de spam y de ataques a las redes, eventualmente podrían afectarse éstas en tal grado, que el país o parte importante del mismo quedaría expuesto a quedar sin Internet, afectándose seriamente la economía, el debido funcionamiento de las instituciones públicas y privadas y muy fundamentalmente, la imagen del país.

- Existe una clara conveniencia para los consumidores de que cierta data sea priorizada.

- **El Presidente de VTR Globalcom S.A., señor Mauricio Ramos** señala que el proyecto perjudica la masificación de la Banda Ancha, por la dificultad de administrarla de manera crecientemente, especialmente en las horas pick. La congestión en la red podría eventualmente llegar incluso a hacer necesario aumentar las tarifas de la banda ancha. Porque conllevará un mayor costo en las inversiones a ser realizadas en la red. No sólo, por la imposibilidad o la dificultad de hacer esas inversiones de manera eficiente, sino por la necesidad de traspasarse a planes que no son de tarifa plana. Luego de explicar la situación de la neutralidad en la red en el plano internacional, VTR sugirió:

1.- Llevar el concepto de neutralidad en la red a su real acepción: prohibir la administración de la red con fines anticompetitivos.

2.- Aumentar la información a los usuarios con características detalladas de los planes que contratan y manteniendo esa información permanentemente actualizada.

3.- No imponer obligaciones imposibles de cumplir tales como garantías de protección contra virus, seguridad, contenidos indeseados y privacidad todos los cuales son imposibles de cumplir.

Luego de las exposiciones, se abrió una serie de interrogaciones y contrainterrogaciones en la Comisión, además de intervenir nuevamente el subsecretario de telecomunicaciones. Fuera de ello, se dio lugar a la votación en sala, se agregaron una serie de indicaciones por parte de los senadores, se elaboró un informe por la Comisión de Economía y Transporte unidas el 2 de Abril de 2008, y como resultado de todas estas actividades²³⁰ se decidió introducir una serie de enmiendas a los primitivos artículo 7A y 7B que se pretendían incorporar a la ley 18.168, de tal manera que se sustituyó el artículo 7A por el artículo 24H, y el artículo 7B por el artículo 24 I, en tanto que se agregó un nuevo artículo, el artículo 24J. Todas estas enmiendas que

²³⁰ El detalle de las mencionadas actividades legislativas se encuentran transcritas en el documento "Historia de la Ley N° 20.453, consagra el principio de neutralidad en la red para consumidores y usuarios de internet". Disponible en <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1016570&r=1>>. [Consulta: 28 Enero de 2015].

configuran el nuevo proyecto fue comunicado a la Cámara de Diputados por oficio 429/SEC/10 con fecha 29 de Junio de 2010²³¹.

Respecto a todas estas actuaciones que tuvieron lugar en la Cámara del Senado, el Subsecretario de Telecomunicaciones declara que “esta Ley básicamente se debatió en el Congreso durante el Gobierno de la Presidenta Bachelet y creo que tanto las urgencias legislativas que le pusimos, así como nuestro decidido apoyo durante su tramitación fueron fundamentales para acordar un texto en el Senado, que finalmente es el que se aprobó. Fueron decenas de sesiones en el Senado, con sugerencias, indicaciones y un intenso trabajo conjunto con los miembros de la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones los que hicieron posible avanzar en esta materia. Esta es la forma de hacer política que defiendo y espero que prime en Chile: de acuerdos, de debate, de continuidad y de progreso”²³².

3.2.3.- Tercer trámite constitucional: Cámara de Diputados.

²³¹ El oficio con el detalle de las enmiendas se encuentra disponible en la página oficial de la Cámara de Diputados, Boletín N° 4915-15, en el acápite “Oficio modificaciones a Cámara de Origen”. [En línea]. <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=5300&prmBL=4915-19>. [Consulta: 28 Enero de 2015].

²³² PERALTA, A. 2010. Ley de neutralidad en Chile: Cómo diablos se logró. Publ. Cit.

Con fecha 13 de julio del 2010., tuvo lugar la sesión n° 51, legislatura 358, que corresponde a la discusión en sala da la Cámara de diputados en la cual se aprobaron las modificaciones planteadas por la Cámara del Senado.

A través de la Presidenta de la Cámara, doña Alejandra Sepúlveda, se le ofreció la palabra a los Diputados Felipe Harboe, Marcela Sabat, José Miguel Ortíz, Lautaro Carmona, Gonzalo Arenas, el ministro de Transportes y Telecomunicaciones, señor Felipe Morandé²³³, en que todos ellos plantearon la necesidad de contar con una red neutral que proteja a los usuarios de internet y que resguarde asimismo la libre competencia en la materia.

Acto seguido, la señora Alejandra Sepúlveda dio lugar a la votación de las modificaciones introducidas por el Senado al proyecto, iniciado en moción, que consagra el principio de neutralidad en la red para los consumidores y usuarios de internet. Efectuada esta votación en forma económica, por el sistema electrónico, se obtuvo el siguiente resultado: por la afirmativa, 99 votos;

²³³ Los discursos de estos parlamentarios y ministros han sido transcritos y se encuentran disponibles en la página oficial de la Cámara de Diputados, Boletín N° 4915-15, en el documento PDF que contiene los discursos de la sala el día 13 de Julio de 2010: "Discusión única. Aprobadas las modificaciones". PP. 21-33. [En línea]. <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=5300&prmBL=4915-19>. [Consulta: 28 Enero de 2015].

por la negativa, 0 voto. Hubo 1 abstención. Así la sra. Presidenta de la Sala dio por definitivamente aprobado el proyecto²³⁴.

3.2.4.- Trámite de finalización: Cámara de Diputados.

Por último, la Cámara de Origen, Cámara de Diputados, con fecha 13 de julio de 2010 envía el oficio N° 8875²³⁵ a la Cámara Revisora comunicándole de la aprobación de las modificaciones.

Asimismo, en esa misma fecha, se entrega el oficio N° 8874²³⁶ al Presidente de la República, don Sebastián Piñera, comunicándole del texto aprobado para su sanción, promulgación y publicación.

Finalmente, el miércoles 18 de Agosto del mismo año, se hizo oficial la Ley N° 20.453, que consagra el principio de neutralidad de la red para usuarios de la internet, todo lo cual constituye un trabajo de cuatro años de historia. Con

²³⁴ El detalle de esta votación se encuentra disponible en la página oficial de la Cámara de Diputados, Boletín N° 4915-15, en el documento PDF: “Discusión única. Aprobadas las modificaciones”. PP. 21-33. [En línea]. <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=5300&prmBL=4915-19>. [Consulta: 29 Enero de 2015].

²³⁵ Oficio disponible en la página oficial de la Cámara de Diputados, Boletín N° 4915-15, en el documento Word: “Oficio N° 8875, que comunica aprobación de modificaciones”. [En línea]. <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=5300&prmBL=4915-19>. [Consulta: 29 Enero de 2015].

²³⁶ Oficio disponible en la página oficial de la Cámara de Diputados, Boletín N° 4915-15, en el documento Word: “Oficio de ley al Ejecutivo. Oficio N° 8874. Oficio promulgatorio”. [En línea]. <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=5300&prmBL=4915-19>. [Consulta: 29 Enero de 2015].

el trabajo de Diputados, Senadores, el Gobierno y, lo más importante, de un grupo de ciudadanos organizados a través de internet en busca de un objetivo común: La Neutralidad de la Red en Chile.

3.3.- La Ley 20.453, que consagra el principio de neutralidad en la red para los consumidores y usuarios de internet.

Explica José Huerta que la esta Ley, a diferencia de la Ley de Brasil, es más específica en cuanto a regulación de la neutralidad en la red dado que la normativa brasileña sólo fija un marco, una reglamentación genérica en la materia. Asimismo, señala que nuestra norma busca en primer lugar dar mayor transparencia al Mercado, pues no sólo es una importante protección a los consumidores, sino también se encarga de resguardar los intereses relacionados a la libre competencia. Segundo, concede facultades al órgano administrativo para fiscalizar y reglamentar de manera complementaria la protección de una red neutral con la finalidad de proporcionar protección a los usuarios de internet. Tercero, que según nos comenta, esta ley se compone básicamente de dos partes²³⁷:

a.- Transparencia: tiene que ver con el deber de los prestadores de servicios de acceso a internet de publicar en sus sitios oficiales el nivel de

²³⁷ Huerta, J. En entrevista personal Cit.

servicio contratado, las velocidades a disposición, nivel de sobreventa del enlace, entre otras.

b.- Obligación de ofrecer una red neutral: dice relación con la prohibición de bloquear, entorpecer, restringir, interferir y discriminar el derecho de cualquier usuario de internet para utilizar sus servicios.

En definitiva, para comprender de mejor manera el análisis normativo, pasamos a exponer la referida ley, con los comentarios que ella sugiere:

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

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

a) No podrán arbitrariamente bloquear, interferir, discriminar, entorpecer ni restringir el derecho de cualquier usuario de Internet para utilizar, enviar,

recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio legal a través de Internet, así como cualquier otro tipo de actividad o uso legal realizado a través de la red. En este sentido, deberán ofrecer a cada usuario un servicio de acceso a Internet o de conectividad al proveedor de acceso a Internet, según corresponda, que no distinga arbitrariamente contenidos, aplicaciones o servicios, basados en la fuente de origen o propiedad de éstos, habida cuenta de las distintas configuraciones de la conexión a Internet según el contrato vigente con los usuarios.”

Comentarios: Es en esta primera parte de la Ley que se consagra el principio de neutralidad en la red, pues si bien la norma no señala expresamente este concepto ni mucho menos lo define, es claro que se definen los atributos de una red neutral estableciéndose como imperativo para los proveedores de acceso a internet. José Huerta nos indica que respecto de esta parte de la norma, la prohibición de bloqueo y discriminación de contenidos, se aplica sobre la gestión de tráfico, pero repara que es de suma importancia el concepto de “arbitrariedad”. Ello dado que todas esas prohibiciones no pueden tener lugar en la medida que sean arbitrarias y, como defecto de la norma, no se explica qué se entiende por arbitrariedad en estos casos. A su juicio, la arbitrariedad en estas materias está muy vinculada a la protección de la libre competencia, pero será en definitiva los organismos administrativos y judiciales

quienes determinarán que un proveedor de servicio de internet ha realizado prácticas arbitrarias de bloqueo o restricción de contenidos en la red. Por estos motivos, el abogado nos señala que es vital que los funcionarios de la Subsecretaría de Telecomunicaciones comprendan no sólo la literalidad normativa, sino el sentido de la neutralidad en la red que regula la ley, pues el análisis de fiscalización que debe regir en estos casos es un análisis jurídico, lo que implica analizar los aspectos tanto objetivos como subjetivos de la norma (como la arbitrariedad). A su juicio ello no se está aplicando, la fiscalización prácticamente está restringida a multar incumplimiento de velocidades de internet y no publicación de los contenidos exigidos por la ley en sus respectivos sitios web, lo cual claramente no es el sentido de la norma.²³⁸

Si a lo anterior le sumamos que la Subsecretaría no cuenta con los mecanismos y personal suficiente para ejercer de manera completa y efectiva esta labor fiscalizadora, se corre el grave riesgo de que la Ley 20.453 resulte ser una ley ineficaz.

“Con todo, los concesionarios de servicio público de telecomunicaciones y los proveedores de acceso a Internet podrán tomar las medidas o acciones necesarias para la gestión de tráfico y administración de red, en el exclusivo ámbito de la actividad que les ha sido autorizada, siempre

²³⁸ *Ibíd.*

que ello no tenga por objeto realizar acciones que afecten o puedan afectar la libre competencia. Los concesionarios y los proveedores procurarán preservar la privacidad de los usuarios, la protección contra virus y la seguridad de la red. Asimismo, podrán bloquear el acceso a determinados contenidos, aplicaciones o servicios, sólo a pedido expreso del usuario, y a sus expensas. En ningún caso, este bloqueo podrá afectar de manera arbitraria a los proveedores de servicios y aplicaciones que se prestan en Internet.”

Comentarios: Con ello, queda establecido que la neutralidad en la red no rige de manera absoluta, como se observa, en los casos en que los ISP han sido expresamente autorizados podrán adoptar medidas de gestión de tráfico, lo que podría eventualmente vulnerar la neutralidad en la red. Sin embargo, en este punto se resguarda otro bien jurídico: la libre competencia., en consecuencia, no es efectivo que con esta ley no se pueda afectar la gestión de tráfico en internet por parte de sus proveedores, para ello requieren de autorización legal o administrativa, y en caso de ser autorizados, de ninguna manera se puede conducir a generar prácticas anticompetitivas.

Asimismo, la ley admite que el servicio puede variar de acuerdo a las condiciones contratadas, pero ésto 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 usuario²³⁹.

Se agrega además otras obligaciones a los ISP distintas a las contenidas en el inciso primero, imponiéndoles proteger la privacidad de los usuarios y la seguridad en internet como la protección contra virus.

“b) No podrán limitar el derecho de un usuario a incorporar o utilizar cualquier clase de instrumentos, dispositivos o aparatos en la red, siempre que sean legales y que los mismos no dañen o perjudiquen la red o la calidad del servicio.

c) Deberán ofrecer, a expensas de los usuarios que lo soliciten, servicios de controles parentales para contenidos que atenten contra la ley, la moral o las buenas costumbres, siempre y cuando el usuario reciba información por adelantado y de manera clara y precisa respecto del alcance de tales servicios”.

²³⁹ CERDA, A. 2013. Neutralidad en la red y libertad de expresión. Revista electrónica Cuestión de Derechos (4): 67-78. Op. Cit.

Comentarios: Estas letras b) y c), a pesar de su redacción imperativa (de prohibición), no hacen sino establecer dos hipótesis en que es lícito al proveedor de acceso a internet vulnerar la neutralidad en la red. Ellas son primero, la facultad de limitar al usuario instrumentos en la red siempre que ello lo permita la ley o bien, sea perjudicial para la misma o calidad del servicio. Pensamos que es de cargo del ISP probar que su actuar se fundamenta en el “perjuicio que se ocasiona al servicio”, dado que la regla general es la consagración de una red neutral, de no acreditar dicho perjuicio, comete infracción a la norma.

Segundo, el bloqueo de contenidos basado en el control parental implica vulnerar una red plenamente neutral, pero es expresamente permitido siempre que ello sea informado al usuario y éste desee contratar estas modalidades.

“d) Deberán publicar en su sitio web, toda la información relativa a las características del acceso a Internet ofrecido, su velocidad, calidad del enlace, diferenciando entre las conexiones nacionales e internacionales, así como la naturaleza y garantías del servicio.

El usuario podrá solicitar al concesionario o al proveedor, según lo estime, que le entregue dicha información a su costo, por escrito y dentro de un plazo de 30 días contado desde la solicitud”.

Comentarios: Se consagra el deber de información a los usuarios. Este deber resulta esencial para la aplicación de la norma y el empoderamiento de los usuarios de sus derechos conferidos. Esta medida intenta mitigar la asimetría de información que usualmente aqueja a los usuarios de Internet mediante el suministro de antecedentes básicos que empoderan a los consumidores para tomar decisiones tras ser realmente informados. Pero, tal como observa Cerda, esta obligación de informar no es suficiente, 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 intervenir²⁴⁰.

“Artículo 24 I.- Para la protección de los derechos de los usuarios de Internet, el Ministerio, por medio de la Subsecretaria, sancionará las infracciones a las obligaciones legales o reglamentarias asociadas a la implementación, operación y funcionamiento de la neutralidad de red que impidan, dificulten o de cualquier forma amenacen su desarrollo o el legítimo ejercicio de los derechos que de ella derivan, en que incurran tanto los

²⁴⁰ *Ibíd.*

concesionarios de servicio público de telecomunicaciones que presten servicio a proveedores de acceso a Internet como también éstos últimos, de conformidad a lo dispuesto en el procedimiento contemplado en el artículo 28 bis de la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones.

Artículo 24 J.- Un reglamento establecerá las condiciones mínimas que deberán cumplir los prestadores de servicio de acceso a Internet en cuanto a la obligatoriedad de mantener publicada y actualizada en su sitio web información relativa al nivel del servicio contratado, que incorpore criterios de direccionamiento, velocidades de acceso disponibles, nivel de agregación o sobreventa del enlace, disponibilidad del enlace en tiempo, y tiempos de reposición de servicio, uso de herramientas de administración o gestión de tráfico, así como también aquellos elementos propios del tipo de servicio ofrecido y que correspondan a estándares de calidad internacionales de aplicación general. Asimismo, dicho reglamento establecerá las acciones que serán consideradas prácticas restrictivas a la libertad de utilización de los contenidos, aplicaciones o servicios que se presten a través de Internet, acorde a lo estipulado en el artículo 24 H".

Comentarios: Estos dos artículos consagran la tutela reglamentaria a cargo de la autoridad pública que en este caso radica en el Ministerio de

Transporte y Telecomunicaciones por medio de la SUBTEL. El artículo 24 I regla la fiscalización y establece el procedimiento administrativo en la materia, mientras que el artículo 24 J señala el contenido que debe presentar el Reglamento que se ordena dictar. Llama la atención que sólo en el artículo 24 I se mencione el concepto de Neutralidad en la red y que ni en la Ley misma, ni en el reglamento –que entrega definiciones para fijar el contenido y alcance de esta Ley- se opte por definir la neutralidad en la red para estos efectos. Creemos que la razón de aquello es que en la época en que se dictó la norma el concepto era demasiado discutido y difuso., aún en nuestros días no hay pleno consenso sobre los aspectos que abarca la neutralidad en la red. De esta manera, el legislador evita el riesgo de comprometer a Chile a fuertes críticas en el plano internacional, y además, evita petrificar la norma por cuanto entendió que la neutralidad en la red es un fenómeno conceptualmente dinámico y en evolución constante.

En relación a la potestad reglamentaria, cabe destacar que publicado el reglamento, dado que esta norma se construyó conjuntamente con los usuarios, hubiere sido aconsejable un proceso más participativo –como ha sucedido en otras áreas-, toda vez que es un texto complejo, lleno de tecnicismos pero crucial para el desarrollo de internet en el país. Una participación abierta de

diversos actores sin lugar a dudas habría evitado algunas lecturas apresuradas y habría permitido tener un texto más rico y consistente.

Con todo, si bien siguen existiendo normas problemáticas, como la referencia a las actividades de carácter “legal” o la débil mención a la protección de los datos personales de los usuarios, ello no parece ser producto del texto del reglamento, sino de inconsistencias que ya están presentes en el texto legal. Es decir, **de las carencias aún existentes en la regulación de la neutralidad de la red en Chile, no se colige que el texto del reglamento sea un paso atrás**, sino por el contrario: la determinación clara de aquellos actos que se consideran “arbitrarios” (mucho más acotado que lo esbozado por la ley), y la exigencia a todo evento de información previa sobre los actos contrarios a la neutralidad autorizados por ley, hacen pensar que estamos dando un paso adelante hacia la consagración de un principio fuerte de neutralidad de la red en Chile²⁴¹.

“Artículo transitorio.- El reglamento a que hace referencia el artículo 24 J se publicará dentro de los 90 días siguientes a la publicación de la presente ley.”.

²⁴¹ RUIZ, C. 2011. El reglamento de la ley es mejor para la neutralidad. [En línea]. <<https://www.derechosdigitales.org/1995/el-reglamento-de-la-ley-es-mejor-para-la-neutralidad/>>. [Consulta: 30 Enero 2015].

Dicho reglamento corresponde al Decreto 368 que regula las características y condiciones de la neutralidad de la red en el servicio de acceso a internet, publicado el 18 de Marzo de 2011²⁴².

4.- Estados Unidos.

4.1.- Proceso normativo de la neutralidad en la red al alero de la FCC y la jurisprudencia estadounidense.

Estados Unidos ha sido el país en que la neutralidad en la red ha tenido mayor desarrollo. En efecto, es en este país donde nace precisamente incluso el concepto de una red neutral, acuñada por primera vez, como ya se vio, por el profesor Tim Wu, en tanto que su discusión ha tenido lugar no sólo en la academia y foros, sino también en los tribunales de justicia nutriendo asimismo su desarrollo en el plano ya no doctrinal, sino jurídico.

Debemos advertir que no existe norma positiva federal que consagre el principio de neutralidad en la red en los Estados Unidos y por tanto su tratamiento jurídico ha ido evolucionando en base a la doctrina, jurisprudencia de los órganos administrativos como la FCC y jurisprudencia judicial. Es en este

²⁴² Este reglamento se encuentra disponible en el sitio: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1023845&idVersion=2011-03-18>>. [Consulta: 30 Enero 2015].

punto que resulta menester destacar que el tratamiento jurídico de una red neutral en este país ha ido en directa evolución del tratamiento mismo de la neutralidad en la red, pues precisamente Estados Unidos es la cuna de la neutralidad en internet y también es la Nación en que ha tenido mayor y nutrida discusión en su desarrollo. Es por ello que hemos de recordar que tanto el concepto, orígenes y desarrollo del principio de neutralidad en la red ya han sido tratados en el Capítulo I de este trabajo y no pretendemos reiterar lo ya desarrollado en su oportunidad. En consecuencia, en esta parte de nuestro trabajo sólo nos remitiremos a complementar y desarrollar los aspectos estrictamente jurídicos de la neutralidad en la red en los Estados Unidos que no hayan sido tratados o han sido tratados de manera muy sucinta en el ya referido Capítulo I.

Como ya señalamos anteriormente, uno de los antecedentes de la neutralidad de la red han sido las *computer inquiries*, que como explicamos en el Capítulo primero, son investigaciones efectuadas por la FCC para solucionar problemas de telecomunicaciones. Allí también mencionamos algunas leyes que pudieron afectar de alguna manera lo que conocemos como neutralidad de la ley sin tratarla directamente, y son la ley de decencia de las telecomunicaciones (1996), y la nueva ley de telecomunicaciones de 1996. También mencionamos los intentos efectuados por la FCC, como la Cable

Broadband Order de 2002 que declara a los proveedores de servicio de banda ancha como proveedores de servicios de información. La decisión de la FCC fue confirmada por la Corte Suprema de Estados Unidos en *NCTA v. Brand X*²⁴³.

El año 2005 la FCC amplió su enfoque desregulador "servicio de información" a los servicios de internet de banda ancha de línea fija, liberando así a las compañías telefónicas de los mandatos tradicionales de transporte común para estos servicios. Las decisiones de la FCC de no imponer cable de acceso abierto y para aliviar las empresas de telecomunicaciones de las obligaciones de las compañías públicas reflejan una política de fomento de implantación de la infraestructura a través de operaciones de mercado²⁴⁴. Al mismo tiempo, efectuó lo que se considera como la primera mención regulatoria propiamente tal a lo que básicamente es la neutralidad de la red, en la Declaración de Política Pública²⁴⁵, donde estableció las pautas que debían guiar las actuaciones del regulador para velar por la neutralidad de la red: la libertad de acceso a contenidos; la libertad de ejecución de aplicaciones y servicios; la

²⁴³ *National Cable & Telecommunications Ass'n v. Brand X Internet Services*, 545 U.S. 967 (2005), [En línea] <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/04-277.ZS.html>>. [Consulta: 27 de Enero de 2015].

²⁴⁴ ESBIN B. 2008. Op cit.

²⁴⁵ Información contenida en el Documento Before the Federal Communications Commission Washington, D.C. 20554. [En línea]. <https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-05-151A1.pdf>. [Consulta: 27 de Enero 2015].

libertad de conexión de dispositivos; y el derecho a la libre competencia entre proveedores de red, servicios/aplicaciones y contenidos²⁴⁶.

En 2008, debido a denuncias de clientes de la empresa Comcast, que afirmaban que ésta infringía los derechos contenidos en la ya mencionada Declaración, y la acusaban de degradar la calidad de servicio en las aplicaciones p2p, o interrumpir las descargas. La FCC ordenó a Comcast a modificar sus prácticas de gestión de red, y a hacer pública esta nueva forma de administración de redes. Esta institución justificó sus atribuciones para dictar esta orden en lo que se conoce como su jurisdicción supletoria, es decir, la atribución de la FCC para realizar todos los actos, dictar todas las reglas y normas, y emitir todas las órdenes, que no contradigan la misma norma que le otorga esa atribución, y que sean necesarias para ejecutar sus funciones²⁴⁷. Comcast demandó ante el Circuito D.C. la anulación de la orden en su contra, alegando que la FCC no tenía atribuciones para dictarla.

En 2010 el Circuito D.C. dio a conocer la sentencia, que declaró que la FCC no consiguió demostrar que tenía autoridad para imponer restricciones en la gestión de las redes. El problema aquí, era justamente el hecho de

²⁴⁶ ASTELLET A. et al. 2014. De las libertades de Internet al tráfico: evolución del debate en torno a la neutralidad de la red. *Icono 14*, volumen (12), pp. 431-461. [En línea]. <<http://www.icono14.net/ojs/index.php/icono14/article/viewFile/613/467>>. [Consulta: 27 de Enero de 2015].

²⁴⁷ MOIS, M. 2014. Op. Cit. Pg. 145.

considerarse a los servicios de internet de banda ancha como servicios de información y no servicios de telecomunicaciones.

Ese mismo año, se dio a conocer una nueva norma de política pública efectuada por la FCC, llamada *Open Internet Order* (Orden de Internet Abierta)²⁴⁸. Se establecieron tres tipos de normas básicas:

1.- Normas de transparencia: los proveedores de banda ancha fija y móvil deben revelar las prácticas de gestión de la red, las características de rendimiento, y los términos y condiciones de sus servicios de banda ancha.

2.- Normas de antibloqueo: Los proveedores de banda ancha fija no pueden bloquear contenido, aplicaciones o servicios legales, o dispositivos no nocivos; los proveedores de banda ancha móvil no pueden bloquear sitios web o aplicaciones legales que compitan con sus propios servicios de telefonía de voz o de video.

3.- Normas de antidiscriminación. Los proveedores de banda ancha fija no pueden discriminar de forma no razonable mientras transmitan tráfico legal de red²⁴⁹.

²⁴⁸ MOIS, M. 2014. Op. Cit.

²⁴⁹ ASTELLET A. et al. 2014. Op. Cit.

El año 2011 Verizon solicitó al Circuito D.C. la revisión judicial de esta nueva orden, y el fallo se dio a conocer en Enero de 2014, anulando las disposiciones de la FCC sobre neutralidad de red de 2010. Según Mois, esta sentencia está enfocada más en resolver el problema de si la FCC tiene o no atribuciones para dictar las normas antibloqueo y antidiscriminación en la OIA que regularían a los ISP, que en pronunciarse respecto a la legalidad o conveniencia intrínseca de reconocer normativamente el principio de neutralidad²⁵⁰.

Posterior a eso, y luego de múltiples reacciones de usuarios e ISP y proveedores de contenidos sobre la sentencia que anuló, en cierto modo, a la neutralidad de la red, se iniciaron variadas discusiones sobre nuevos proyectos al respecto y el 15 de Mayo del 2014, en el seno de la FCC se votó por mayoría de 3 a 2 en favor de dar continuidad a una propuesta de regulación planteada por el propio presidente de la FCC, Tom Wheeler. La propuesta buscaba, por un lado, reconocer el principio de neutralidad de la red e impedir bloqueos discriminatorios por parte de los ISP a determinados contenidos; aunque por el otro pretendía habilitar de manera oficial a los ISP para cobrar de manera diferenciada a los usuarios mediante la instauración de “vías rápidas” que garanticen una mayor velocidad y fiabilidad en la entrega del tráfico a sus

²⁵⁰ MOIS, M. 2014. Op. Cit. Pág. 157

clientes, a cambio de una remuneración mayor. Ésto generó innumerables críticas en la red, ya que los usuarios consideraron que era un hito que marcaría un internet menos igualitario²⁵¹, y a lo largo de los meses se siguieron sumando diversas protestas de los usuarios, y que a Septiembre del año 2014 la FCC había recibido más de tres millones de comentarios respecto de la neutralidad de la red²⁵².

4.2.- La votación de la FCC que define la naturaleza de internet y sus implicancias.

Así las cosas, el 4 de Febrero de 2015, Wheeler desveló su intención de proponer que internet sea considerado como un “servicio público” de telecomunicaciones, lo que permitirá una mayor regulación por parte del Gobierno. Este nuevo proyecto trata de evitar la creación de un “canal rápido” que permita acceder con mayor velocidad de navegación a contenidos cuyos creadores hayan pagado previamente una tasa a la compañía proveedora, siendo un cambio importante respecto del anterior, y debiera darse mayor

²⁵¹ Como ejemplo, la web: < <http://hipertextual.com/2014/05/fcc-neutralidad-red-usa>>. [Consulta: 5 de Febrero 2015].

²⁵² FUNG B. 2014. The FCC has now received 3 million net neutrality comments. The Washington Post. 15 de Septiembre de 2014. [En línea] <<http://www.washingtonpost.com/blogs/the-switch/wp/2014/09/15/the-fcc-has-now-received-3-million-net-neutrality-comments/>>.[Consulta: 5 de Febrero 2015].

información al respecto el 26 de Febrero²⁵³. A su vez, los republicanos han anunciado su propio proyecto²⁵⁴.

Finalmente se impuso la voluntad y el interés de los ciudadanos, el día 26 de Febrero de 2015 la FCC votó a favor de considerar la internet como un bien de naturaleza pública, dejando de tratarse de un mero servicio de información, así el organismo tendrá competencia para obligar a las compañías a tratar cada una de las conexiones de los ciudadanos con el mismo principio de igualdad que rige las llamadas de teléfono, para las que no se puede ofrecer un trato prioritario²⁵⁵. La nueva clasificación de las conexiones a Internet supone que ningún usuario ni empresa podrá pagar ni cobrar para recibir un trato prioritario, descargando datos a mayor velocidad o discriminando en contra de contenidos de la competencia. El “Internet de dos velocidades”, como se había calificado esta posibilidad, ha sido derrotado²⁵⁶.

²⁵³ EURONEWS.2015 [EE.UU. propone considerar internet como un servicio público y reforzar su regulación](http://es.euronews.com/teletipos/2920224-eeuu-propone-considerar-internet-como-un-servicio-publico-y-reforzar-su-regulacion/). 4 de febrero de 2015. [En línea] < <http://es.euronews.com/teletipos/2920224-eeuu-propone-considerar-internet-como-un-servicio-publico-y-reforzar-su-regulacion/>>. [Consulta: 18 de Marzo de 2015].

²⁵⁴ RODRIGUEZ S. 2015 Republicanos se preparan para presentar un proyecto sobre neutralidad de la red en EE.UU. Jentel mx. 20 de enero de 2015 [En línea] < <http://www.jentel.mx/sct-noticias/item/6324-republicanos-se-preparan-para-presentar-un-proyecto-sobre-neutralidad-de-la-red-en-eeuu.html>>. [Consulta: 18 de Marzo de 2015].

²⁵⁵ PEREDA C. 2015. EE.UU. blindo la neutralidad en la red. 26 de febrero 2015. [En línea]. <http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2015/02/26/actualidad/1424974386_348813.html>. [Consulta: 20 de Marzo 2015].

²⁵⁶ Ibid.

La votación de la FCC fue de dos votos en contra y tres a favor; los tres demócratas, entre ellos el presidente de dicha institución, Tom Wheeler, quien tiene estrechos vínculos con la industria de las telecomunicaciones. La votación de la FCC se considera una victoria histórica para los defensores de la Internet abierta, y un duro golpe para los grandes proveedores de servicios de Internet, como Comcast y Verizon. Fundamentalmente, las nuevas normas de la FCC se han diseñado para dar a la agencia la autoridad legal explícita para regular a los proveedores de banda ancha en Internet mediante la reclasificación de la banda ancha en el Título II de la Ley Federal de Comunicaciones.

En este punto es importante recordar que toda esta polémica fue producto de un problema legal, pues la Corte de Apelaciones del Circuito DC en Enero de 2014 declaró que la FCC no tenía autoridad para regular la banda ancha, y por lo tanto acogió reglas anteriores de la FCC sobre la neutralidad de la red, que se habían aprobado en el año 2010. El tribunal recomendó a la FCC reclasificar la banda ancha a que hace mención el Título II de la Ley de Telecomunicaciones de 1996, a fin de establecer su autoridad reguladora. Las empresas de telefonía móvil y los servicios públicos también se clasifican bajo el Título II. Los ISPs se opusieron firmemente a la reclasificación de ese Título, argumentando que el movimiento va a destruir la innovación y la inversión en infraestructura digital de la Nación mediante la imposición de regulaciones

onerosas sobre la industria. Por ejemplo, en el Título II, la FCC técnicamente tendrían el poder de dictar cuánto ISPs pueden cobrar a los clientes para el acceso en línea²⁵⁷.

Por tanto, en Estados Unidos existirán tres normas a las que acogerse cuando hablamos de neutralidad en la red. Las tres grandes directrices aprobadas que aseguran una red igualitaria y democrática:

a.- Imposibilidad de priorizar el tráfico a cambio de recompensas o compensaciones de ningún tipo.

b.- Imposibilidad de bloqueo al acceso de los servicios o contenidos por razones comerciales.

c.- Imposibilidad de restringir o degradar el tráfico a cambio de recompensas o compensaciones de ningún tipo²⁵⁸.

Cabe destacar, como ha señalado Enrique Dans, ha sido el activismo popular, expresado a través de infinidad de campañas, publicaciones, llamadas, cartas, manifestaciones y presión en todos los sentidos lo que llevó al presidente Obama a reforzar su postura en defensa de la neutralidad de la red y, finalmente, a esta votación. La FCC es una agencia independiente, pero

²⁵⁷ SWEETLAND, H. 2015. FCC Votes 'Yes' on Strongest Net-Neutrality Rules. 26 de febrero 2015. [En línea]. < <http://time.com/3723722/fcc-net-neutrality-2/>>. [Consulta: 20 de Marzo 2015].

²⁵⁸ JORGE, M. 2015. Ganó la neutralidad en la red en Estados Unidos., reacciones tras una votación histórica. 27 de febrero de 2015. [En línea]. <http://www.elotrolado.net/noticia_gano-la-neutralidad-de-la-red-en-ee-uu-reacciones-tras-una-votacion-historica_25995>. [Consulta: 22 de Marzo de 2015].

contrariamente a lo que ocurre en “democracias simuladas” en las que los supuestos representantes de los ciudadanos pueden hacer lo que les dé la gana, la toma de decisiones frontalmente en contra del criterio de los ciudadanos supone un verdadero problema en los Estados Unidos. Sobrepasado un umbral determinado, la FCC no podía dejar de escuchar la voz de los ciudadanos y de los académicos expertos. Y sencillamente, ha hecho eso: escuchar la voz de los ciudadanos²⁵⁹. Como dijo Tom Wheeler, "después de más de una década de debate y un procedimiento récord que atrajo casi cuatro millones de comentarios públicos, llegó la hora de resolver la pregunta de la neutralidad en la red"²⁶⁰.

La nueva legislación, que está previsto que entre en vigor en 60 días a partir de su aprobación y sustituya al anterior conjunto normativo de 2010, incluye también a los operadores de telefonía móvil, dado el creciente acceso a Internet desde los dispositivos como tabletas y teléfonos inteligentes, algo que no ocurría en la versión previa. Sin embargo, la asociación de operadores y

²⁵⁹ DANS, E. 2015. La neutralidad en la red como escenario futuro. [En Línea]. <<http://www.enriquedans.com/2015/02/la-neutralidad-de-la-red-como-escenario-de-futuro.html>>. [Consulta: 23 de Marzo 2015].

²⁶⁰ Anón. 2015. ¿Debe ser internet considerado un servicio público como el agua o la luz?. 25 de Febrero de 2015. [En línea]. <<http://www.t13.cl/noticia/entretencion/tecnologia/debe-ser-internet-considerado-un-servicio-publico-como-el-agua-o-la-luz>>. [Consulta: 22 de Marzo de 2015].

proveedores de internet ya han prometido que no cesarán en su batalla y llevarán la decisión ante los tribunales²⁶¹.

Así como van las cosas, al parecer habrá que esperar bastante más tiempo antes de ver una norma definitiva en esta materia en Estados Unidos, puesto que el debate aún no ha terminado.

5.- Unión Europea.

5.1.- La neutralidad en la red en la Unión Europea.

La situación de la neutralidad en la red en la Unión Europea tiene muy poco reconocimiento normativo positivo, sin embargo, no por ello la neutralidad en la red ha sido vista como un baladío, muy por el contrario, garantizar una red neutral ha constituido un importante fenómeno jurídico para los europeos. Esta falta de necesidad de contar con normas directas que consagren la neutralidad

²⁶¹ ONSO, F. 2015. Estados Unidos dice sí a la neutralidad de la red. [En línea]. <<http://www.efefuturo.com/noticia/eeuu-neutralidad-internet/>>. [Consulta: 23 de Marzo de 2015].

en la red se ha debido, entre otros factores, a que los proveedores de servicios de internet han ofrecido un servicio de acceso sin limitaciones de aplicaciones específicas. Ahora bien, según señala Leonidas Kanellos²⁶², ciertas prácticas, tales como el bloqueo o el estrangulamiento del tráfico entre pares o el VoIP, pueden ser perjudiciales para los usuarios y que resulta legítimo preocuparse por la neutralidad de la red ya que la rápida evolución de las prácticas permite suponer, aunque no es seguro, que se plantearán problemas con más frecuencia en el futuro. Por consiguiente, los organismos reguladores nacionales deben seguir supervisando estrechamente la evolución del mercado, midiendo por ejemplo la calidad del SAI disponible y estar preparados a actuar rápidamente si es necesario²⁶³.

Si bien el marco regulatorio europeo asigna a las Autoridades Nacionales de Regulación (ANR) la responsabilidad de asegurar la eficiencia de las comunicaciones electrónicas en general, y de Internet en particular, hasta ahora el debate sobre la neutralidad de red ha sido liderado por la Comisión Europea y pocos países han profundizado en marcos normativos específicos y concretos relacionados con el tema. Holanda ha sido el único país de Europa que aprobó (en el año 2012) su ley sobre Neutralidad de Red (Dutch

²⁶² Leonidas Kanellos fue Presidente en 2013 del Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE) y Presidente de la Comisión de Telecomunicaciones y Correos de Grecia (EETT).

²⁶³ Anón. Entrevista con el dr, Leonidas Kanello. Neutralidad de la Red. [En línea]. 2013. <<https://itunews.itu.int/Es/4500-Neutralidad-de-la-red.note.aspx>>. [Consulta 2 de Febrero 2014].

Telecommunications Act)²⁶⁴. Dicha ley permite gestionar el tráfico en caso de congestión de la red o por motivos de seguridad (Artículos 7.3 y 7.4a), siempre y cuando se realice en interés del usuario (Artículo 1.3)²⁶⁵.

Cabe destacar que en la Unión Europea, el desarrollo sobre la neutralidad de la red se ha perfilado como efecto de lo que ha ido sucediendo en Estados Unidos sobre esta materia. No es extraño, por ello, constatar que a cada paso relevante dado por la FCC suceda algún acontecimiento desde el lado europeo. Ello dado que las manifestaciones de las dos comisarías europeas con competencias sobre la red (Reding en 2008 y Kroes en 2010) han tomado como referencia principal los trabajos de la FCC del año 2005. Otro ejemplo claro es la convocatoria de una amplia encuesta pública en EEUU en el año 2007 y la consiguiente resolución de la FCC del año 2010, las cuales también tienen réplica posterior en la Unión Europea: en 2009 una Directiva mandata a la Comisión para lanzar una amplia consulta pública sobre el tema, y el Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (BEREC) hace lo propio el año 2012; a finales de ese mismo año el organismo de los reguladores publica dos documentos con sus posiciones acerca de la

²⁶⁴ Esta norma Holandesa se encuentra disponible en inglés en el sitio: <<http://www.government.nl/documents-and-publications/notes/2012/06/07/dutch-telecommunications-act.html>>. [Consulta: 03 de Febrero de 2015]

²⁶⁵ PORRAS, M. 2013. Informe neutralidad de Red. [En línea]. <<http://www.coit.es/descargar.php?idfichero=9154>>. [Consulta: 03 Febrero 2015].

neutralidad, y otros cuatro informes que recogen el resultado de su encuesta pública²⁶⁶.

Asimismo, podemos señalar que si bien se ha discutido mucho en la Unión Europea sobre la neutralidad en la red, los actores no se han puesto de acuerdo sobre su conveniencia ni repercusiones económicas y ni sociales entre otras. Es por ello que en este continente se ha caracterizado la discusión como una constante evaluación y espera de los efectos de las consagraciones legales de una red neutral que ha tenido en el derecho comparado., en el intertanto, la Unión Europea ha desarrollado variados informes, directivas y consultas públicas en la materia para evaluar sus contenidos.

En efecto, indica Jesús Martín Porras que la Comisión Europea ha tomado hasta el año 2012 la posición de lo que podemos denominar “espera activa”, analizando y recopilando información y monitoreando de forma intensa los comportamientos de los operadores. A priori, el resultado de este proceso ha sido la confianza en que existen suficientes posibilidades de elección de acceso a internet por parte de los clientes pero es necesario reforzar medidas de transparencia asociadas a la información de los servicios que se contratan.

²⁶⁶ CASTELLET, A. “et al”. De las libertades de Internet al tráfico: evolución del debate en torno a la neutralidad de la red. 2014. [En línea]. <<http://www.icono14.net/ojs/index.php/icono14/article/viewFile/613/467>>. [Consulta: 03 de Febrero de 2015].

Esta posición de la Comisión no debe llevar a pensar erróneamente que el marco normativo actual permite a los operadores actuar libremente en relación a la prestación del servicio de acceso a internet. No es así. La Comisión se ha pronunciado sobre la necesidad de evitar que se falsee o restrinja la competencia mediante la gestión del tráfico y diferentes directivas ya fijan las condiciones y principios que los operadores deben cumplir²⁶⁷.

5.2.- Marco regulatorio.

Lo primero que debemos informar respecto del marco regulatorio es que la regulación de internet como servicio de telecomunicaciones en la Unión Europea se produce a consecuencia de una confluencia de las siguientes actuaciones:

1.- La CE (Comisión Europea) fija el marco regulador de las telecomunicaciones mediante directivas que deben ser trasladadas a las 28 respectivas legislaciones nacionales, y

²⁶⁷ PORRAS, M. 2013. Op. Cit.

2.- La función regulatoria, que corresponde a ministerios y entes reguladores de los estados, que en virtud de lo dispuesto en el marco regulatorio del sector que entró en vigor en 2009 se coordinan en el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE), también conocido por sus siglas inglesas BEREC. El BEREC, que tiene condición legal de Agencia Europea, es un organismo cuyas resoluciones tienen la fuerza de una recomendación²⁶⁸.

Ahora bien, fue en el año 2002 que se concibió en el seno de la Unión Europea el llamado “paquete sobre telecomunicaciones,” el cual intentó homogenizar de alguna forma el marco regulador de las telecomunicaciones, con vista en hacer más competitivo este sector. El mismo estaba integrado por la llamada Directiva Marco, y otras cuatro directivas específicas, y si bien no brinda desarrollo sobre la neutralidad de red en sí, encontramos una primera disposición general a favorecer la preservación de un internet abierto y una red neutral. Sobre el particular, se obliga a las autoridades nacionales de reglamentación a promover los intereses de los ciudadanos de la Unión Europea, entre otras cosas: promoviendo la capacidad de los usuarios finales para acceder y distribuir la información o utilizar las aplicaciones y los servicios

²⁶⁸ De las libertades de Internet al tráfico: evolución del debate en torno a la neutralidad de la red. Op. Cit.

de su elección²⁶⁹. Por lo tanto, se relaciona la neutralidad de la red con el derecho de los usuarios finales a acceder al contenido que aquellos elijan, sin que deba mediar discriminación alguna.

En síntesis, la Unión Europea no cuenta con un reglamento ni norma que regule la neutralidad en la red, pero sí dispone de un marco regulatorio definido por directivas, que fueron establecidas para tener una reglamentación común dentro del continente europeo. Las directivas que existen hasta hoy sobre la red son las que se indican a continuación²⁷⁰:

1.- 2002/19/CE: Directiva relativa al acceso a las redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

2.- 2002/21/CE: Directiva relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

3.- 2002/20/CE: Directiva relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

4.- 2002/22/CE: Directiva relativa al servicio universal.

²⁶⁹ *Íbid.*

²⁷⁰ RUIZ, L. 2014. Un problema de competencia en la Unión Europea. Madrid. Vol. 14. 17 pp. Disponible en :

<<http://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&ved=0CGAQFjAJ&url=http%3A%2F%2Fwww.uax.es%2Fpublicacion%2Fun-problema-de-competencia-en-la-union-europea.pdf&ei=hUXXVlqTKubfsATxzIGwDw&usg=AFQjCNG25mZbp2URFalcZsy29fRtvtvXag&sig2=2wIxEQYckfmcLihwS9Kjlw&bvm=bv.85464276,d.cWc>>. [Consulta: 4 de Febrero 2015].

5.- 2002/58/CE: Directiva relativa al tratamiento de los datos personales.

Sin embargo, si atendemos a los documentos políticos y la actividad legislativa de la Unión Europea, podemos señalar en rigor que, la gestión de la neutralidad de la red es de aparición reciente entre las principales preocupaciones. En su comunicación “A Digital Agenda for Europe” (Comisión Europea, 2010) no se halla ninguna referencia a la cuestión de la neutralidad. Los primeros índices concretos de actividad normativa garantista respecto a la neutralidad se remontan al año 2009, con la Directiva 2009/140/CE²⁷¹. Dicha norma reforma el artículo 8.4 de la Directiva 2002/21/CE, que establece las obligaciones de las autoridades nacionales de regulación a la hora de velar por los intereses de los ciudadanos. A dicho artículo le añade el punto g, que dispone: “promoviendo la capacidad de los usuarios finales para acceder y distribuir la información o utilizar las aplicaciones y los servicios de su elección”. Igualmente, en el campo de los derechos civiles y en su aplicación a las

²⁷¹ Dicha directiva se encuentra disponible en el sitio: <http://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Feur-lex.europa.eu%2FLEXUriServ%2FLEXUriServ.do%3Furi%3DOJ%3AL%3A2009%3A337%3A0037%3A0069%3AES%3APDF&ei=NkrXVOSxBKm0sASrnYHIDA&usg=AFQjCNF73r2nxJImfMUDPB6WocgaEzVE5A&sig2=Lr-NsRc5mVB60Bhcuy6mtA&bvm=bv.85464276,d.cWc>. [Consulta: 4 de Febrero 2015].

comunicaciones electrónicas son relevantes las directivas 2002/58/CE²⁷² y 2009/136/CE²⁷³ sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas²⁷⁴.

En concreto la directiva 2002/21/CE que fue modificada por esta directiva del año 2009 que comentábamos (2009/140/CE). En lo pertinente a la Neutralidad en la Red señala:

1.- Artículo 1.3: *“Cualquiera de esas medidas relativas al acceso o al uso por parte de los usuarios finales de los servicios y las aplicaciones a través de redes de comunicaciones electrónicas, que pueda restringir los derechos y libertades fundamentales solo puede imponerse si es adecuada, proporcionada y necesaria”.*

2.-Artículo 8: *“Se garantiza y fomenta el acceso a los contenidos y la capacidad de los usuarios para acceder y distribuir la información o utilizar las*

²⁷² Dicha directiva se encuentra disponible en:

<http://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Feur-lex.europa.eu%2FLEXUriServ%2FLEXUriServ.do%3Furi%3DOJ%3AL%3A2002%3A201%3A0037%3A0047%3Aes%3APDF&ei=00vXVL3nPM20sASfg4LgBw&usg=AFQjCNEu-SH9dDZoiIDfcYTx-mOGucc80g&sig2=4OZ1jNISEYR9xA7b5ucDaA&bvm=bv.85464276,d.cWc>. [Consulta: 4 de Febrero 2015].

²⁷³ Dicha directiva se encuentra disponible en:

http://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Feur-lex.europa.eu%2FLEXUriServ%2FLEXUriServ.do%3Furi%3DOJ%3AL%3A2009%3A337%3A0011%3A0036%3Aes%3APDF&ei=U0vXVMSrB4vlsAS4ioKgBw&usg=AFQjCNGNF4b-tVAXVFUZetsk76KAeRH_Jw&sig2=_kDZQVSC3QOptMkzNGdwIA&bvm=bv.85464276,d.cWc. [Consulta: 4 de Febrero 2015].

²⁷⁴ De las libertades de Internet al tráfico: evolución del debate en torno a la neutralidad de la red. Op. Cit.

aplicaciones y servicios de su elección. Asimismo se fomenta la interoperabilidad de los servicios extremo a extremo de conectividad pudiendo establecerse unos criterios mínimos de calidad”.

En este artículo se identifica el papel fundamental que tiene la competencia y la necesidad de garantizar que no hay distorsiones que puedan restringirla (incluyendo también la transmisión de contenido).

3.- Artículo 20: *“En caso de producirse cualquier litigio entre empresas las ANR adoptarán las decisiones necesarias lo antes posibles para resolver el problema lo antes posibles”.*

En cuanto a la directiva 2002/19/EC que también fue modificada por la Directiva 2009/140/EC, señala en lo pertinente a la Neutralidad:

1.- Artículo 5: *“Las ANR deben fomentar y garantizar el acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, promoviendo la eficiencia, la competencia sostenible, la innovación y la inversión eficientes buscando el máximo beneficio para los usuarios finales”.*

Finalmente, la directiva 2002/22/EC que fue modificada por la Directiva 2009/136/EC, en lo pertinente a la Neutralidad señala:

1.- Artículo 22: indica que las ANR deben establecer unos requisitos mínimos de Calidad de Servicio al objeto de prever la degradación de los servicios.

2.- En tanto que los artículos 20 y 21 establecen obligaciones de transparencia asociadas al de servicio²⁷⁵.

Para un adecuada aplicación y fiscalización de estas directivas, es claro que desempeña un rol protagónico la ORECE, sin perjuicio que naturalmente, los Estados miembros de la Unión Europea también deben velar por su cumplimiento como garantes en sus respectivos territorios: En efecto, señala en este punto Cristina Cullell: *“Como se prevé en la Declaración de la Comisión sobre la Neutralidad de Internet anexa a la Directiva 2009/140/CE, el ejecutivo europeo se obliga a supervisar la aplicación de estas disposiciones en los estados miembros, convirtiéndose en la garante de las “libertades de internet” de los ciudadanos europeos. Los estados miembros también tendrán un papel destacado ya que serán los encargados de garantizar su aplicación en sus respectivos territorios; sobre este punto destacará precisamente la importancia del ORECE como importante actor de coordinación en aplicación de la*

²⁷⁵ PORRAS, J. Informe neutralidad en la red. Op. Cit.

*regulación europea, evitando desajustes normativos entre ordenamientos jurídicos de diferentes estados miembros y, en definitiva, garantizando unos mismos derechos a los internautas de toda la UE*²⁷⁶.

Por otro lado, la ORECE durante los años 2011 y 2012 desarrolló investigaciones de información de alrededor de 400 ISP que operaban dentro de la Unión Europea, y se encontró con un volumen importante de casos de bloqueos o limitaciones en servicios como el tráfico “*peer-to-peer*”, servicios de voz sobre IP, y en el “*streaming*”. Como resultado de la investigación, se asegura que al menos el 20 por ciento y posiblemente hasta la mitad de los usuarios de Internet móvil sufren restricciones o bloqueos, principalmente en los servicios anteriormente enunciados. También se encontraron tratamientos diferenciados al tráfico y priorizaciones de algunas clases de tráfico sobre otras. Sobre esta investigación Jérémie Zimmermann²⁷⁷, citado por Merino, ha señalado:

²⁷⁶ CULLELL, C. 2010. El principio de la neutralidad tecnológica y de servicios en la UE: la liberación del espectro radioeléctrico. Revista de internet, derecho y política. 2010 N° 11. Disponible en: <<http://idp.uoc.edu/index.php/idp/article/viewFile/n11-cullell/n11-cullell-esp>>. [Consulta: 5 de Febrero 2015].

²⁷⁷ Jérémie Zimmermann es ingeniero informático francés, cofundador de la sede en París, La Quadrature du Net, un grupo de defensa de las libertades fundamentales en línea de los ciudadanos.

“Como lo muestra claramente el estudio del BEREC, los operadores restringen cada vez más las comunicaciones de sus abonados. Algunos puertos o protocolos son objeto de bloqueos injustificados y los servicios para algunos socios de los operadores son privilegiados en detrimento del resto de internet. A causa de esta discriminación la red se halla fragmentada y los innovadores de toda clase obstaculizados, mientras que las grandes empresas usamericanas como Google y Facebook establecen acuerdos con los proveedores del servicio. En este contexto la política de transparencia planteada por la Comisión europea vuelve a conceder a estas prácticas un cheque en blanco”²⁷⁸.

Posteriormente, en el año 2011 la Comisión Europea fijó su posición mediante el documento *“El Internet abierto y la neutralidad de la red en Europa”*²⁷⁹, en la que respalda la idoneidad del actual Marco Regulador como base normativa para trabajar por la neutralidad e indica una cierta preferencia hacia las medidas nacionales que establezcan niveles de calidad de servicio en virtud de la Directiva de Servicio Universal, pues señala que *“tienen el poder de intervenir estableciendo obligaciones de calidad mínima de servicio para los servicios de redes de transmisión”*.

²⁷⁸ MERINO, S. 2012. Los reguladores europeos de las telecomunicaciones lanzan un grito de alarma sobre la neutralidad de la red. 7 de Junio 2012. [En línea]. <<http://www.rebellion.org/noticia.php?id=150933>>. [Consulta: 05 de Febrero 2015].

²⁷⁹ Dicho documento se encuentra disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52011DC0222>>. [Consulta: 05 de febrero 2015].

Por otro lado, la resolución del Parlamento Europeo sobre la neutralidad de la red de 2011 del 17 de Noviembre de 2011²⁸⁰, insta a la Comisión a cooperar con el BEREC en la vigilancia de las prácticas de gestión del tráfico y a promover la transparencia de los operadores en la relación con sus clientes, en sentido que el Parlamento se muestra de acuerdo con la necesidad de preservar el carácter abierto y neutral de internet como motor esencial de la innovación y de la demanda de los consumidores, garantizando a la vez que internet puede seguir ofreciendo servicios de alta calidad en un marco que promueve y respeta los derechos fundamentales siempre partiendo de la premisa de que “no existe en las circunstancias actuales una necesidad clara de intervención reguladora adicional”²⁸¹.

Posteriormente, en Mayo del 2012, la ORECE sometió a consulta pública 3 documentos²⁸²:

1.- Proyecto de Directrices para la calidad de servicio en el ámbito de la neutralidad de la red: Este Proyecto de Directrices busca servir de guía para las ANR para la evaluación de situaciones que se pudiesen dar en la práctica, a

²⁸⁰ Dicha resolución se encuentra disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+B7-2011-0572+0+DOC+XML+V0//ES>. [Consulta: 05 de febrero 2015].

²⁸¹ De las libertades de Internet al tráfico: evolución del debate en torno a la neutralidad de la red. Op. Cit.

²⁸² ARIAS, D. 2014. Adaptación del principio de Neutralidad en la Red a la realidad costarricense. Tesis Universidad de Costa Rica. San Pedro, Costa Rica. Junio 2014. 122-125p.

efectos de determinar si correspondería una intervención para garantizar el cumplimiento de parámetros mínimos de calidad; siempre teniendo claro que dicho análisis podría de cierta forma variar dependiendo de las condiciones particulares de cada país.

2.-Proyecto de reporte "Evaluación de la interconexión IP en el contexto de la neutralidad de la red: aborda la neutralidad desde un enfoque estructural, en cuanto a la cadena de agentes y redes que se interconectan para brindar los servicios de acceso a Internet.

En este sentido, el reporte alcanza conclusiones tales como²⁸³:

a.- Que las diferenciaciones en la calidad del servicio que atentan contra la neutralidad de la red se producen en su mayoría en la red del ISP que proporciona conectividad a los usuarios finales.

b.- Que la distribución en clases de tráfico en las redes interconectadas en razón de la calidad de servicio casi no se da en la práctica.

c.- No ha sido frecuente encontrar casos de interrupciones en la interconexión IP debido a controversias entre proveedores de Internet, y cuando se han dado usualmente se resuelven de manera rápida. El mercado en este

²⁸³ *Ibíd.*

sentido se ha desarrollado bastante bien sin la necesidad de mayor intervención del ente regulador.

3.- Proyecto de reporte "Prácticas de diferenciación y cuestiones relacionadas con competencia en el ámbito de la neutralidad de la red": evalúa el posible impacto de la ejecución de "prácticas de diferenciación" en los servicios de acceso a Internet -que podrían resultar contrarias a la neutralidad de la red-; lo anterior a la luz de los intereses de los usuarios finales y la competencia. En este sentido, en el reporte se indica que algunas de estas prácticas tienen un impacto negativo importante, tanto en los mercados de redes como en los mercados de contenidos; pero procurando conservar la innovación y la protección a los usuarios²⁸⁴.

De todos estos antecedentes, podemos señalar finalmente que el marco normativo europeo en comparación al marco estadounidense es más bien de proposición más que imposición, así, mientras que la FCC plantea obligaciones a los proveedores de servicios, el BEREC propone criterios de evaluación para "evaluar la razonabilidad de las prácticas de gestión del tráfico", lo cual se condice con principio de gestión razonable de la FCC. Si hay que acudir a lo señalado por los documentos de ambos, éstos coinciden en oponerse a la discriminación injustificada; en que Estados Unidos se habla de

²⁸⁴ *Ibíd.*

no al bloqueo como aplicaciones, contenidos, dispositivos, y transparencia como prácticas de gestión de la red; en la Unión Europea se proclama la necesidad de un control por parte del usuario para obtener mayor transparencia, y eficiencia y proporcionalidad en la gestión del tráfico.

5.3.- Continuidad del debate.

La comisión europea se posiciona respecto al debate sobre la neutralidad de red en la no existencia de problemas relevantes que justifiquen la necesidad de establecerla, pero no se vislumbra una pronta decisión legislativa definitiva en estas materias, muy por el contrario, continuará estando vigilante para evitar el bloqueo y la discriminación del tráfico en Internet.

Es altamente probable que otro de los argumentos que motivan a la Unión Europea a no dar por cerrado el debate sobre la legislación respecto a la neutralidad es que ésta hace alusión a varios derechos y principios contemplados en la Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales, concretamente, el respeto de la vida privada y familiar, la protección de los datos personales y la libertad de expresión e información. Por esta razón, cualquier propuesta legislativa en este

ámbito se debe someter a evaluación para examinar su posible impacto sobre los derechos fundamentales y su conformidad con la mencionada Carta²⁸⁵.

Por otro lado, considerando la existencia de gran volumen de documentos que se han generado por los organismos de la Unión Europea (directivas, estudios, informes, consultas públicas, etc.) y el desarrollo que ha presentado la discusión, resulta claro que existe una importante intención por parte de las autoridades y organismos sectoriales de encaminar el entorno hacia un modelo que proteja la neutralidad de la red. Sin embargo, de manera similar a lo ocurrido en Estados Unidos, a la fecha no se han logrado tomar medidas suficientemente firmes que garanticen la aplicación del principio en la región²⁸⁶.

A lo anterior debemos añadir que si bien la Comisión Europea ha adoptado directrices, y ha creado instituciones como la ORECE para poder desarrollar temas de este tipo a un nivel más integral y especializado; las disposiciones que se han tomado hasta el momento resultan ser insuficientes para llegar a la concreción de este principio en la práctica. Ello dado que las directivas del año 2009 revisten principalmente un valor político como declaración general en materia de la neutralidad de la red, por lo que carecen

²⁸⁵ RUIZ, L. 2014. Un problema de competencia en la Unión Europea. Op. Cit.17p.

²⁸⁶ ARIAS, D. 2014. Adaptación del principio de Neutralidad en la Red a la realidad costarricense. Op. Cit.

de mayor valor y trascendencia en el plano jurídico-normativo. Es así como finalmente la confluencia y el conflicto de intereses hacen verdaderamente difícil llegar a una posición definitiva en la materia, sobre todo si se trata de un caso que involucra un importante número de países y potencias mundiales, como lo es la Unión Europea, pues cada Nación presenta su propia fisonomía normativa, mas aun si se trata de materias tan controvertibles y de constante desarrollo como lo es el principio de neutralidad en la red.

Si bien es claro que no hay certeza respecto a cuándo o cómo exactamente se resolverá este tema de manera más concluyente, por lo pronto, se puede afirmar que cuanto menos se cuenta con una cierta orientación política y primera base regulatoria tendiente a la protección del principio de la neutralidad de la red, se esperaría que sirva de guía para un eventual desarrollo en este sentido. Hasta entonces, si bien el entorno no pretende favorecer la implementación de prácticas discriminatorias del tráfico, tampoco se puede asegurar que éstas no se darán²⁸⁷.

En el intertanto, la Unión Europea seguirá observando la conducta de su Región en torno a estas materias y, a pesar de realizar dos veces la consulta

²⁸⁷ *Ibíd.*

pública a los actores y usuarios²⁸⁸, sin duda continuará por un buen tiempo con sus políticas de recopilación de datos y regular y/o aconsejar medidas aisladas en dirección a la neutralidad en la red.

Prueba de lo anterior es que en Abril de 2014, nuevamente la Unión Europea dio señales claras de orientar su perfil normativo hacia una red neutral. En efecto, el Parlamento Europeo adoptó un nuevo proyecto de ley de neutralidad en Internet, que prohíbe a los proveedores de servicios dar preferencia a ciertos tipos de tráfico en sus redes, tales como la transmisión de películas, a cambio de un pago adicional., este proyecto prohíbe además a las empresas de telecomunicaciones bloquear o reducir los servicios de Internet como Skype o WhatsApp para evitar que compitan con sus propias ofertas. Además, dentro del mismo plan aprobado de las reformas de telecomunicaciones, los cobros por roaming, para poder conectarse desde otro país, serán prohibidos en la Unión Europea para el 2016²⁸⁹.

Frente a esta importante iniciativa, la vicepresidenta de la Comisión Europea, Neelie Kroes, autora del proyecto de ley, dijo que la votación de 534

²⁸⁸ Comisión Europea abre consulta sobre neutralidad de la red y ciberataques. [En línea]. El Mercurio en internet. 23 de Julio de 2012. <<http://www.emol.com/noticias/tecnologia/2012/07/23/551977/comision-europea-abre-consulta-sobre-neutralidad-de-la-red-y-ciberataques.html>>. [Consulta: 6 de Febrero de 2015].

²⁸⁹ Anón. Europa busca impulsar la neutralidad en Internet y derogar el roaming. [En línea]. La Nación en internet. 04 de Abril de 2014. <<http://www.lanacion.com.ar/1678057-europa-busca-impulsar-la-neutralidad-en-internet-y-derogar-el-roaming>>. [Consulta: 7 de Febrero de 2015].

votos a favor y 25 en contra, fue "histórica"²⁹⁰. Cabe destacar que por tales acontecimientos, la política europea fue en ese momento diametralmente opuesta a la de Estados Unidos, donde una ley de neutralidad en internet fue derogada en Enero de 2014. Desde entonces, Netflix ha dialogado con Comcast para un trato preferencial para transmitir sus películas y series por la red. Sin embargo el proyecto debe superar un último obstáculo antes de ser ley: la aprobación en el Consejo de la Unión Europea²⁹¹.

Por otro lado, ya en Septiembre de 2013 la Comisión Europea había presentado un paquete de reformas que comprende cambios en la regulación actual sobre suplementos por itinerancia, asignación de espectro, protección del consumidor y, lo más discutido en el último tiempo, las normas sobre neutralidad de la red., y el 9 de Abril de 2014, el Parlamento Europeo votó a favor de dicho paquete de reformas. Ahora, los Estados miembros de la Unión Europea analizarán la propuesta legislativa y la comisión espera obtener un acuerdo definitivo lo más pronto posible²⁹².

²⁹⁰ *Ibíd.*

²⁹¹ Anón. Net neutrality adopted by European Parliament. [En línea]. BBC en internet. 03 de Abril de 2014. <<http://www.bbc.com/news/technology-26865869>>. [Consulta: 6 de Febrero de 2015].

²⁹² Anón. [El Parlamento Europeo respalda la abolición de la itinerancia y una neutralidad de red más estricta](#). [En línea]. El Economista en internet. 09 de Abril de 2014. <<http://www.economista.es/CanalPDA/2014/47349/el-parlamento-europeo-respalda-la-abolicion-de-la-itinerancia-y-una-neutralidad-de-red-mas-estricta/>>. [Consulta: 6 de Febrero de 2015].

Además de las medidas sobre itinerancia, espectro y consumidores, el Parlamento ha introducido enmiendas relativas a unas reglas más estrictas en cuanto a neutralidad de la red, en especial sobre los denominados servicios especializados. Las enmiendas en cuestión fueron presentadas por los partidos de izquierda, liberal y verde durante la sesión plenaria del Parlamento, después de que el paquete fuera aprobado el mes de Marzo de 2014 por la Comisión de Industria. Algunas de las citadas enmiendas fueron aprobadas durante la votación parlamentaria. Una de ellas establece que los servicios especializados sólo podrán ser ofrecidos si la capacidad de la red es suficiente para prestarlos además del acceso a internet, y no en detrimento del mismo. Asimismo, otra de las enmiendas define que los servicios especializados constituyen una capacidad independiente, que no se comercializa ni se utiliza como sustituto del acceso a internet²⁹³.

Finalmente, debemos destacar que este largo proceso de decisiones sobre la normativa de una red neutral en la Unión Europea no es del todo favorable a sus Estados miembros, pues tal como advierte Luis Manuel Ruiz, la falta de una normativa clara permite que los proveedores de internet puedan tener comportamientos poco competitivos, que van en contra tanto de los consumidores como de las empresas que se sirven de internet para su

²⁹³ *Ibíd.*

desarrollo²⁹⁴. Mientras no se llegue a una definición definitiva en estas materias, el riesgo seguirá latente, por lo pronto habrá que seguir esperando.

6.- Análisis comparativo y general del principio de la neutralidad en la red en los modelos de Brasil, Chile, Estados Unidos y la Unión Europea.

Hemos observado que en la discusión sobre neutralidad de red existen marcadas diferencias, incluso opiniones totalmente opuestas e incompatibles, sin embargo, de manera paradójica, es posible destacar que el tratamiento jurídico de este principio en los cuatro modelos expuestos guardan similitudes en cuanto sus directrices generales., en cuanto las diferencias es posible observarlas en los matices o aspectos particulares. Así, en todos estos modelos, las normas legales y/o administrativas que se han dictado este último tiempo sobre la materia apuntan hacia resguardar la libertad de expresión, la no discriminación entre paquetes de contenidos, el tratamiento isonómico de los mismos, proscripción de un internet de dos velocidades, etc. Todas estas expresiones normativas apuntan en definitiva a resguardar la neutralidad en la red, sin embargo, en ninguno de ellos existe una red absolutamente neutral, se permiten excepciones a la regla las cuales se detallan en los mismos instrumentos normativos.

²⁹⁴ RUIZ, L. 2014. Un problema de competencia en la Unión Europea. Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales. Op. Cit.

Si observamos el caso de Chile y consideramos que siendo el primer país en tener una ley sobre neutralidad en la red, es esperable que los siguientes países en regular la materia presenten similitudes en sus respectivas consagraciones jurídicas., pero hemos detectado que ello no ha ocurrido así. Es altamente probable que en el caso de Brasil por ejemplo, se haya tenido en cuenta la experiencia chilena a la hora de discutir el Marco Civil de internet, pero el resultado legislativo de Brasil lejos de copiar la norma chilena, presenta profundas diferencias tanto en su estructura normativa como conceptual. Estas diferencias se aprecian en que la norma brasileña es un marco civil de internet y no de neutralidad en la red, de manera que regla los aspectos fundamentales de la internet en ese país relativos a la libertad de expresión, información, protección de datos personales, neutralidad en la red, entre otros. Mientras que la Ley 20.453 es sólo de neutralidad en la red, lo cual la hace más específica y, a juicio nuestro, presenta una regulación más completa que el Marco Civil., estas diferencias las podemos esquematizar en los siguientes puntos:

- La norma chilena no declara en qué se debe basar la utilización de internet., en cambio la norma brasileña indica que se debe basar en la libertad de expresión, apertura y colaboración, y en la finalidad social de la red.

- La norma chilena no establece principios de ningún tipo que deban regir en internet., en cambio la norma brasileña señala como principios, entre otros, la garantía de la libertad de expresión, la comunicación y la manifestación del pensamiento, la preservación de la garantía de neutralidad de la red y la preservación de la naturaleza participativa de la red.

- La norma chilena no establece objetivos., en cambio la norma brasileña establece que el uso de internet tiene como objetivo promover el derecho de acceso a internet de todos, promover el acceso a la información, al conocimiento y a la participación en la vida cultural y en la conducción de asuntos públicos, promover la innovación y fomentar una difusión amplia de nuevas tecnologías y modelos de uso y acceso, y promover la adherencia a los padrones tecnológicos abiertos que permitan la comunicación, accesibilidad y la interoperabilidad entre aplicaciones y bases de datos.

- La Ley 20.453 no define internet., en cambio el Marco Civil si lo hace en su artículo 5°, indicando entre otras cosas su carácter de uso público y sin restricciones.

- La norma chilena en el artículo 24 H establece como sujeto pasivo de la regulación a los “proveedores de acceso a internet” y los define., en cambio la norma brasileña establece en su artículo 9° como

sujeto pasivo de regulación al “responsable de la transmisión, conmutación o ruteo”, pero no los define.

- La norma chilena consagra la neutralidad en la red de la siguiente manera: prohíbe a los proveedores de acceso a internet arbitrariamente bloquear, interferir, discriminar, entorpecer o restringir el derecho de cualquier usuario de internet para utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio legal a través de internet, así como cualquier otro tipo de actividad o uso legal realizado a través de la red., en cambio la norma brasileña consagra la neutralidad en la red de la siguiente manera: el responsable de la transmisión de contenidos debe tratar de forma isonómica cualquier paquete de datos, sin distinción por contenido, origen y destino, servicio, terminal o aplicación. Claramente se aprecia lo genérico que resulta la neutralidad en Brasil y lo delimitado que resulta la neutralidad en Chile.

- La norma chilena entiende que la discriminación “arbitraria” de contenidos lesiona la Ley., en cambio la norma brasileña no menciona la arbitrariedad.

- La norma chilena establece como legítimas ciertas excepciones a la neutralidad en la red siempre que los proveedores de acceso a internet tomen las medidas o acciones necesarias para la gestión de tráfico y administración de red, en el exclusivo ámbito de la

actividad que les ha sido autorizada., en cambio la norma brasileña establece como legítimas ciertas excepciones a la neutralidad en la red siempre que sea reglamentada en los términos de las atribuciones privativas del Presidente de la República oídos el Comité Gestor de Internet y la Agencia Nacional de Telecomunicaciones y solamente podrá ser resultado de requisitos técnicos indispensables para la prestación adecuada de los servicios y aplicaciones, y priorización de los servicios de emergencia.

- La norma chilena establece como contraexcepción a la neutralidad en la red las acciones que afecten o puedan afectar la libre competencia., en cambio la norma brasileña tiene como contraexcepciones a la neutralidad en la red: 1.- causar daño a los usuarios de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 927 del Código Civil, 2.- actuar con proporcionalidad, transparencia e isonomía, 3.- informar previamente de modo transparente, claro y suficientemente descriptivo a sus usuarios sobre las prácticas de gestión y reducción del tráfico adoptadas, inclusive las relacionadas con la seguridad de la red, y 4.- ofrecer servicios en condiciones comerciales no discriminatorias y abstenerse de practicar conductas anticompetitivas.

- La norma chilena permite bloquear contenidos a pedido expreso del usuario., en cambio la norma brasileña no lo permite

expresamente. Creemos en este punto que de todas formas se podría renunciar a este derecho (y permitir el bloqueo de ciertos contenidos) según las reglas generales de Brasil y bajo consentimiento expreso del usuario.

- La norma chilena obliga a los proveedores de acceso a internet ofrecer servicios de controles parentales e informar acerca de sus condiciones., en cambio en la norma brasileña no se establece tal obligación.

- La norma chilena obliga a los proveedores de acceso a internet publicar en su sitio web, toda la información relativa a las características del acceso a internet ofrecido, su velocidad, calidad del enlace, diferenciando entre las conexiones nacionales e internacionales, así como la naturaleza y garantías del servicio., en cambio la norma brasileña no establece tal obligación.

- La norma chilena establece la obligación de dictar un reglamento a la autoridad administrativa para efectos de establecer las condiciones mínimas que deberán cumplir los prestadores de servicio de acceso a internet en cuanto a la obligatoriedad de mantener publicada y actualizada en su sitio web información relativa al nivel del servicio contratado, además detallará las acciones que se consideren

atentatorias a la neutralidad en la red., en cambio la norma brasileña no contempla tal obligación reglamentaria.

En tanto a las similitudes, podemos mencionar:

- Ambas normas cautelan la neutralidad en la red sin mencionar el concepto de “neutralidad en la red”, sino que lo explican en el caso Chileno o recurre a la sinonimia de isonomía en el caso de Brasil.
- Ambas establecen o permiten excepciones a la neutralidad en la red, detallándolas y regulando su procedencia.
- Ambas detentan categoría de ley común.
- Ambas entregan potestades legislativas al ejecutivo, en el caso de Chile, esta potestad está entregada al Ministerio respectivo a través de la SUBTEL para detallar las condiciones de internet y las acciones que se considerarán contrarias a la neutralidad, además de facultades de procedimiento y fiscalización para la ejecución de la norma., en tanto que en Brasil, la potestad legislativa al ejecutivo se encomienda al Presidente de la República para que determine las excepciones permitidas a la neutralidad en la red oídos el Comité Gestor de Internet y la Agencia Nacional de Telecomunicaciones.

Este análisis comparativo tan esquemático entre la norma chilena y brasileña es posible dado que ambos países presentan un ordenamiento jurídico de carácter continental, que los diferencia de Estados Unidos que cuenta con un sistema jurídico de derecho común o *common law*, es por ello que resulta más complejo establecer una comparación entre ambos sistemas que no presentan códigos normativo similares, más aún si consideramos que la jurisprudencia estadounidense es vacilante por cuanto la neutralidad en la red se encuentra en desarrollo y, tal como se ha expuesto, dicho desarrollo no ha sido de un criterio uniforme y evolutivo, por el contrario, ha sido contradictorio dado que se ha favorecido en primera instancia la red neutral con la *Open Internet Order* para luego ser anulada por la jurisprudencia y, para sorpresa de muchos, la misma FCC avaló un tratamiento orientado a la protección del mercado e innovación desfavoreciendo la red neutral que, finalmente, cambió de manera radical su criterio y consideró a internet como un servicio público constituyendo un triunfo para la neutralidad de la red y los usuarios.

Por otro lado, sabemos que el modelo de la Unión Europea ha adoptado ciertas directrices que inciden sobre la regulación de una red neutral. Decimos inciden ya que, al igual que los Estados Unidos, no se ha regulado de manera directa la neutralidad en la red como sí ha ocurrido en Chile y Brasil, así, la Unión Europea sólo a través de sus directivas “aconseja” a sus Estados

miembros la adopción de medidas relativas a internet. Este carácter normativo ciertamente “desregulado” que ha operado en Estados Unidos y la Unión Europea nos motiva a indicar algunos comentarios comparativos:

El debate acerca de la neutralidad en la red ha nacido en los Estados Unidos donde ha presentado su mayor desarrollo de discusión, en tanto que de un análisis de la actividad del parlamento europeo sobre regulación de internet, podemos decir que ésta ha tenido un carácter reaccionario a lo sucedido en Estados Unidos. Prueba de lo anterior es en la etapa de protección de una red neutral que impuso la FCC a través de su Orden de internet abierta que consagró, como vimos, normas de transparencia, antidiscriminación y antibloqueo., mientras que por parte de la Unión Europea por esa misma época, año 2009²⁹⁵, promulgó la directiva 2009/140/CE. Dicha norma establece como obligación de las autoridades nacionales de regulación a la hora de velar por los intereses de los ciudadanos que deben promover la capacidad de los usuarios finales para acceder y distribuir la información o utilizar las aplicaciones y los servicios de su elección. Asimismo, debemos recordar²⁹⁶ que dicha directiva que modificó la directiva 2002/21/CE señala en su artículo 1.3 que las “medidas

²⁹⁵ Si bien es cierto que la Open Internet Order estadounidense es del año 2010 y la directiva de la Unión Europea N° 140 es del año 2009, podemos sostener de todas formas que la Unión Europea ha sido siempre reaccionaria a los acontecimientos de Estados Unidos por cuanto ya antes del año 2009 la FCC había sostenido una doctrina a favor de una red neutral, además que la doctrina norteamericana ya abogaba por la neutralidad en la red hace ya bastante tiempo, no olvidemos que la discusión y el concepto mismo nació en Estados Unidos en el año 2000.

²⁹⁶ Estas directivas han sido expuestas en el punto 5.3 de este Capítulo con mayor detalle.

relativas al acceso o al uso por parte de los usuarios finales de los servicios y las aplicaciones a través de redes de comunicaciones electrónicas, que pueda restringir los derechos y libertades fundamentales sólo puede imponerse si es adecuada, proporcionada y necesaria". En tanto que su artículo 8 garantiza y fomenta *"el acceso a los contenidos y la capacidad de los usuarios para acceder y distribuir la información o utilizar las aplicaciones y servicios de su elección. Asimismo se fomenta la interoperabilidad de los servicios extremo a extremo de conectividad pudiendo establecerse unos criterios mínimos de calidad"*. En síntesis, claramente se trata de normas inspiradas en la situación estadounidense de aquel momento, sin perjuicio que dichas normas (directivas) no tienen el carácter impositivo, por cuanto cada Nación debe gestionar su aplicación e incorporación a su ordenamiento interno.

Con todo, continuando con este análisis comparativo, podemos señalar a que los criterios presentados por la Unión Europea no siempre son copia fiel de los Estados Unidos, pues a nuestro juicio la Unión Europea ha presentado ciertamente un avance normativo más coherente y menos vacilante que la FCC por cuanto se ha mantenido una cierta evolución normativa en orden a proteger una red neutral aun cuando no ha regulado explícitamente la neutralidad en la red. Fundamos esta postura en el hito del año 2014, en que en Enero de ese año el fallo del Circuito DC le concedió razón a Verizon que había impugnado la

Open Internet Order señalando que la FCC no tenía atribuciones para imponer dicha norma, constituyendo un retroceso para la red neutral, mientras que en Abril de 2014, contrario a la situación norteamericana, la Unión Europea dio señales claras de orientar su perfil normativo hacia una red neutral toda vez que el Parlamento Europeo adoptó un proyecto de ley que prohíbe a los proveedores del servicios dar preferencia a ciertos tipos de tráfico en sus redes, tales como la transmisión de películas, a cambio de un pago adicional., además prohíbe a las empresas de telecomunicaciones bloquear o reducir los servicios de internet como Skype o WhatsApp para evitar que compitan con sus propias ofertas²⁹⁷. Posterior a ello, en 2015, la FCC modifica el Título II de la Ley Federal de Comunicaciones declarando a la internet como un bien público y por tanto de interés a todos los ciudadanos, por lo cual se impone el criterio de una red neutral y trato igualitario para los usuarios, volviendo en consecuencia a alinearse las posturas entre la Unión Europea y los Estados Unidos.

Como último alcance comparativo entre la evolución normativa europea y estadounidense, debemos destacar que el marco normativo europeo es más bien de proposición en tanto que el marco normativo estadounidense es de imposición, así, mientras que la FCC plantea obligaciones a los proveedores de servicios, el BEREC propone criterios de evaluación para analizar la razonabilidad de las prácticas de gestión del tráfico, lo cual se condice con el

²⁹⁷ *Íbid.*

principio de gestión razonable de la FCC. Si hay que acudir a lo señalado por los documentos de ambos, éstos coinciden en oponerse a la discriminación injustificada; en que Estados Unidos se habla de no al bloqueo como aplicaciones, contenidos, dispositivos, y transparencia como prácticas de gestión de la red. En la Unión Europea en tanto, se proclama la necesidad de un control por parte del propio usuario para obtener mayor transparencia, eficiencia y proporcionalidad en la gestión del tráfico.

Expresados todos estos puntos de comparación entre Chile y Brasil, Estados Unidos y la Unión Europea, y considerando que Chile fue el primer país en tener una Ley que regula la neutralidad en la red, cabe cuestionarse si la norma chilena ha sido un referente efectivo en esta materia. En este punto debemos considerar por un lado el factor temporal, el momento en que se dictó la norma, y por otro lado debemos considerar la realidad interna de cada país. Si tomamos en cuenta los cuatro modelos normativos sobre red neutral expuestos en este Capítulo, se puede observar que Chile no ha sido un referente para el Marco Civil de Brasil, ni mucho menos para las normas dictadas por la FCC ni para la Unión Europea. A pesar que todos protegen el mismo bien jurídico –una red abierta o neutral-, presentan una estructura que le es propia y distinta a las demás por cuanto cada país ha regulado internet de

acuerdo a sus propios contextos y la necesidad de legislar²⁹⁸ ha surgido por distintos motivos en cada uno de estos modelos.

No es posible determinar con exactitud la explicación de por qué la Ley 20.453 no se ve expresada en la Ley Marco Civil de Brasil, pero además del contexto histórico y la tradición jurídica propia de Brasil, creemos que ello se debe además a la poca investigación de los alcances y efectos que ha tenido la norma chilena en nuestro país y por otro lado, a que los países son celosos en cuanto a su autonomía nacional²⁹⁹. Sin embargo, el hecho que la norma chilena no se vea reflejada en las posteriores normas internacionales sobre neutralidad en la red, no significa que no haya sido considerada para tales efectos, por el contrario, sin duda que ha sido expuesta en la inmensa mayoría de los foros y debates respecto a la necesidad de legislar sobre neutralidad en internet. Creemos que la experiencia chilena ha sido base para demostrar los efectos que produjo contar con una norma de esa naturaleza y que además sirvió para derribar varios mitos relacionados con los argumentos que vaticinaban efectos adversos en la industria como problemas de competitividad y atrofiamiento de nuevos modelos de negocios que propicien la sofisticación de internet.

²⁹⁸ Es por ello que en cada modelo normativo expuesto en este Capítulo se han expresado los antecedentes que fundamentan o hicieron necesario el tratamiento jurídico respectivo a cada país. De estos antecedentes se puede contextualizar el origen de las normas y la justificación de las mismas.

²⁹⁹ Cabe recordar en este punto que la presidenta de Brasil, Dilma Rousseff manifestó en su cuenta de twitter que el Marco Civil podría servir de base para el debate mundial sobre los derechos en internet., por ello no sería recomendable enviar una norma a organismos internacionales si hubiese sido copiada de la norma chilena.

CAPÍTULO V

PERSPECTIVAS DE LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO Y PROXIMIDADES FUTURAS DE LA NEUTRALIDAD EN LA RED.

1.- La Neutralidad en la Red como fenómeno evolutivo:

Como se ha señalado en más de alguna oportunidad, la neutralidad en la red no constituye un asunto pacífico entre los autores, ni para los académicos, ni para las distintas legislaciones, ni para los proveedores de acceso a internet, ni para la población civil. Muy por el contrario, su naturaleza es, a nuestro juicio, por antonomasia conflictiva, en que los autores discuten aun desde su delimitación conceptual hasta si se trata de un problema real o ficto³⁰⁰. Es así como, hablar de Neutralidad en la Red es hablar de discusión y falta de consenso, no existe unanimidad en las aristas que involucraría una red neutral, su tratamiento se encuentra en constante desarrollo y lejos de consensuar verdades absolutas en ella, se prevé que el debate continuará por un buen tiempo.

³⁰⁰ En este sentido, tal como señalaron algunos ISPs en la tramitación de la ley 20.453, expuesto en el punto 3.2.2 del Capítulo anterior, la neutralidad en la red es un problema inexistente, se trataría más bien de una “solución en busca de un problema”.

Frente a este pronóstico, si bien es cierto que el carácter de sofisticación constante en materia de neutralidad en la red hace imposible, por ahora, extraer una posición única y definitiva, no es menos cierto que diversos actores han intentado ir cerrando algunos temas de neutralidad, ejemplo claro y categórico de aquello son los consensos discutidos y abarcados en los foros internacionales, ya tratados en el Capítulo III. Es por estas consideraciones que resulta inviable pretender finalizar este trabajo de investigación abarcando algún tipo de consideración final si no existe en la neutralidad de red un tópico final. En efecto, conocemos su origen histórico, pero su desarrollo es aún sostenido en el tiempo y su delimitación es confusa, mutable y extremadamente dinámica. Sin perjuicio de lo anterior, hemos rescatado para esta parte final de nuestro trabajo, las consideraciones más relevantes que han señalado algunos autores sobre cuáles son los aspectos futuros a resolver acerca de la Neutralidad en la Red.

2.- Temáticas futuras en relación a la neutralidad en la red.

Si bien es cierto que no podemos saber con certeza cuáles serán las futuras problemáticas que deberá enfrentar internet como red neutral, no es menos cierto que del análisis del comportamiento que ha tenido éste, los usuarios, los ISPs, las normas jurídicas sean positivas o consuetudinarias y la

jurisprudencia administrativa y judicial es que resulta posible anticipar algunas problemáticas y consecuencias que enfrentará el fenómeno de la neutralidad en la red.

Para estos efectos, tomaremos como fuente de derecho a la doctrina y también lo que ha señalado en conjunto la sociedad civil, los usuarios, los académicos y autoridades agrupados en foros internacionales como entes “Multistakeholder” (múltiples actores o partes involucradas funcionando como un solo ente). Hemos excluido de estas exposiciones a la jurisprudencia y la ley, dado que ellas no presuponen un análisis futuro de la neutralidad en la red, sino que se pronuncian en los fenómenos concernientes a lo presente y pasado.

2.1.- ¿Qué ha señalado la doctrina?

Uno de los autores que analiza los posibles desenlaces de la neutralidad en la red es José Luis Martínez Sugastti quien en su texto *Neutralidad en la Red* nos indica que un régimen de no discriminación está históricamente ligado a las “innovaciones”³⁰¹. En este sentido, ha explicado que el principio fundamental - principio de no discriminación, que correspondería al principio de la neutralidad en la red- en esta postura es el derecho a la libertad que tienen las personas de

³⁰¹ MARTÍNEZ, J. s.a. Neutralidad de la red. P 9. [En línea]. < http://jeuazarru.com/wp-content/uploads/2014/10/Neutralidad_de_red.pdf>. [Consulta: 28 de Febrero de 2015].

utilizar aplicaciones que no sean dañinas, y el mismo derecho para los desarrolladores de estas aplicaciones. En cuanto a los ISPs, este autor pronostica que se debe hacer una diferenciación entre lo que será considerado como discriminación (y en consecuencia proscrito) y lo que será permitido. Este autor advierte que resulta aconsejable permitir acciones como el bloqueo a aplicaciones dañinas que sean malware, virus, que atentan contra el uso común de la red misma. Como actitudes discriminatorias se consideran bloqueos y/o degradación de servicios que generan efectos negativos en el bienestar de los usuarios. Es por ello que el bloqueo de una aplicación que no sea dañina privaría al consumidor de utilizar y sacar provecho para su vida personal, ya sea para el ocio, para el trabajo, para el relacionamiento social, y por tanto atentaría en este sentido contra la neutralidad en la red. Así también sería un ataque directo a los desarrolladores de tales aplicaciones al tener esas actitudes, todo lo cual repercutiría directamente en las posibles ventas, o en la adquisición del producto en caso que sea sin costo.

En cambio, señala el autor que restricciones como la de no montar una red local propia en el hogar, no utilización de dispositivos Wi-Fi y no utilizar VPNs son las que generan malestar entre los usuarios además de los bloqueos no explícitos en contratos como la prohibición de utilizar Skype, clientes P2P, entre otros.

Ante este panorama, Martínez concluye que la ausencia de legislación representa un asunto complejo y desafiante, que existen teorías económicas las cuales sostienen que los proveedores tienen el mismo interés a largo plazo que los intereses de las personas comunes, esto es, querer una plataforma neutral que dé soporte para el desarrollo de aplicaciones útiles. Sin embargo, estas actitudes no se han manifestado por parte de los ISPs. Por el contrario, se han manifestado evidencias claras de discriminación, con quejas de los usuarios sobre la prohibición de aplicaciones, VPNs y dispositivos de Wi-Fi.

Es así que el autor pronostica que la aparición de las aplicaciones de consumo intensivo de datos requiere que los ISPs deban renovar su infraestructura si quieren seguir en el mercado. Definitivamente internet no es la misma, y se necesita dar soporte y QoS a los nuevos servicios.

Sin embargo, no todos los autores estiman aconsejable la consagración de la neutralidad para el tratamiento futuro en internet. En este sentido, el autor Hal Singer³⁰² ha advertido que la neutralidad de la red en su forma actual pone

³⁰² Hal J. Singer es director del Economists Incorporated. También es senior en el Instituto de Política Progresista y profesor adjunto en la McDonough School of Business de la Universidad de Georgetown. El Dr. Singer es un orador frecuente y editorialista. Sus ensayos han aparecido en varios periódicos e importantes revistas, incluyendo la Competencia y Defensa de la Competencia Fuente de la ABA, la voz de The Economist, Harvard Business Review, Sanidad, Milken Institute Review, The Wall Street Journal y The Washington Post. Ha sido entrevistado en Bloomberg TV, C-SPAN, y CNBC. Singer obtuvo los grados

en peligro importantes beneficios para el consumidor que son posibles mediante la contratación de QoS mejorado., por esa razón, Singer estima que la regulación de la neutralidad debe ser rechazada.

En efecto, indica que, suponiendo que uno podría demostrar el poder de monopolio en el mercado de acceso a internet, una regla de no discriminación más sensata sería exigir que los transportistas cobren a diferentes proveedores de contenido la misma tasa para toda mejora según la calidad del servicio, ésto para evitar cualquier cargo por mejora de calidad de servicio en absoluto. Con la llegada de otras aplicaciones al ancho de banda de vídeo y streaming, se prevé que la demanda de ancho de banda superará rápidamente a la oferta existente. Los reguladores y los legisladores no deben interferir con la capacidad de un proveedor de servicios de banda ancha para manejar esta "*coming exaflood*" con las redes inteligentes. A lo mejor, el precio del servicio de internet se disparará si los proveedores de servicios de banda ancha son obligados a perpetuar el tráfico que se ha venido utilizando en la infraestructura de la red. Así, es probable que la experiencia de internet para todos los usuarios se deteriorará. Por ello, es que el autor sostiene que dada la tremenda incertidumbre sobre el futuro de internet y la necesidad de fomentar la

innovación y la inversión, parece peligroso interferir con la regulación de mano dura en esta coyuntura³⁰³.

A pesar de lo expuesto por Singer, y que ciertamente denota fundamento plausible, hemos detectado que la mayoría de los autores que se han pronunciado sobre la materia, se muestran favorable hacia una red neutral en términos generales, las múltiples controversias se encuentran en los términos particulares, en los matices. En este sentido, no podemos omitir las apreciaciones de Sascha Meinrath y Víctor Pickard, quienes no sólo abogan por la neutralidad en internet, sino que ofrecen un modelo que potencie dicho principio dado que a su entender el modelo tradicional de neutralidad no responde eficazmente a los estándares de democracia en la red que exige la sociedad moderna, y lo hacen desarrollando a su vez 10 principios que fortalecerían una red neutral³⁰⁴.

Lo interesante para efectos de este Capítulo, es que estos autores concluyen en su trabajo que de atender a los principios que plantean y se

³⁰³ SINGER H. Net Neutrality: radical form non-discrimination. Op. Cit. p 41.

³⁰⁴ Sobre las apreciaciones de Meinrath y Pickard ya se han comentado en el Capítulo I de este trabajo. Estos principios que deberían gobernar en la red para hacerla más democrática son: 1.- Requerir una cuenta común, 2.- Arquitectura abierta y desarrollo de controladores de códigos abiertos, 3.- Protocolo abierto y estándar abierto, 4.- Arquitectura "end to end", 5.- excepcionalmente privada, 6.- Aplicación neutral, 7.- Requiere de "low-latency" y "first-in/ first-out" (es decir, que requiera de capacidad adecuada), 8.- Interoperable, 9.- Requiere de modelos de negocio neutral y 10.- Debe ser atendido por los usuarios (internacionalmente representativo).

fomenta su desarrollo (advierten que un trabajo sustancial sigue siendo necesario para dar cuerpo a estas ideas), en el futuro se permitirá crear un internet más verdaderamente neutral y participativa, que es a la vez más eficaz y más democrática que la que tenemos ahora. En un nivel fundamental, un sistema abierto es la clave del crecimiento de la red y la innovación. Reconocen que su modelo no resuelve todas las desigualdades materiales (por ejemplo, brecha digital, la falta de servicio universal, etc.), que, para ser mitigadas en grado suficiente, sería esencial requerir la redistribución de los recursos críticos. Tampoco su modelo de principios se hace cargo de algunas cuestiones relacionadas con los derechos de autor, la vigilancia, y otras batallas políticas contemporáneas. Sin embargo, el nuevo modelo de neutralidad de la red mejoraría el déficit global en conectividad a internet y ayudaría a impulsar a los EE.UU. hacia sus metas de una banda ancha asequible y universal. Destacan los autores que el nuevo modelo de neutralidad de la red establece parámetros normativos para guiar a los responsables políticos, tanto nacionales como mundiales, en su objetivo de crear una mejor internet³⁰⁵.

Tal como proponen estos autores, resultaría aconsejable regular la neutralidad en la red en el futuro, señalan que una buena regulación aportaría con la protección de internet tanto a usuarios como proveedores. Sin embargo,

³⁰⁵ MEINRATH S. y PICKARD V. 2008. The new network neutrality: Criteria for internet freedom. Op. Cit.

hay quienes no comparten esta postura, y aconsejan como perspectiva futura mantener una neutralidad en la red desregulada.

Quien ha sostenido esta idea ha sido la abogada Bárbara Esbin³⁰⁶, declarando que *“Si creyera que en el futuro nuestros proveedores de banda ancha degradarán arbitrariamente sus servicios, que nuestras leyes antimonopolio y otros de protección al consumidor serán insuficientes para proteger a los consumidores, y que nuestras centrales de la Primera Enmienda de libertades se verán amenazadas por la falta de reglas de neutralidad de la red, podría unirme al bando de los que están a favor de la neutralidad de la red. Pero no lo hago. Más bien, me temo que todo lo contrario (...)”*³⁰⁷. Para fundar su postura señala que a su juicio en los Estados Unidos se cuenta con la institucionalidad necesaria para evitar abusos y otorgar la debida protección a los consumidores, además que todas estas eventualidades normativas acerca

³⁰⁶ Barbara Esbin es Asociada Senior y Directora del Centro de Comunicaciones y Política de Competencia de la Fundación Progreso y Libertad. Esbin sirvió por más de catorce años en la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC), más recientemente como Asesora Especial en el Mercado de Controversias de la División de la Oficina para el Cumplimiento de Resoluciones. Antes de incorporarse a dicha Oficina para el Cumplimiento de la FCC, Esbin pasó cuatro años como Asociada Jefe de la Oficina de Medios de la Comisión. Allí, ella realizó serie de esfuerzos interinstitucionales y dirigió la revisión de varias fusiones en la industria y las principales reglamentaciones que abordan asuntos de cable y de la competencia de banda ancha. Esbin también ha servido como Asociada Jefe de la Oficina de Servicios de Cable, Consejero Especial para la Competencia y Asesora Principal de Políticas de la Oficina de Telecomunicaciones Inalámbricas, Fiscal Asesora y Jefa de División adjunta de la Oficina de Transporte Público. Ha pasado mucho tiempo en la práctica privada, especializada en cable y cuestiones reglamentarias de banda ancha entre sus dos compromisos de la FCC, y regulación de los servicios de electricidad antes de incorporarse a dicha entidad. Es graduada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Duke.

³⁰⁷ ESBIN B. 2009. Net Neutrality: A Further Take on the Debate. Progress on Point. Op. Cit.

de la neutralidad en la red sólo generarían incertidumbre en el mercado, lo cual dañaría el desarrollo de internet. Es por ello que Esbin declara apoyar al ex jefe tecnólogo de la FCC, David Farber, por cuanto ha señalado *“en la cuestión de la neutralidad de la red, como entre los reguladores y el mercado, yo también prefiero arriesgarme con el mercado”*³⁰⁸.

Ante la falta de pruebas de que es necesaria la intervención en este momento, el curso prudente es mantener el rumbo: seguir confiando en cuatro principios de la política de internet de la FCC para guiar la conducta empresa privada, quizás aumentada por la adición de un requisito de divulgación y un requisito que las comunicaciones de internet sean tratadas de una manera lo más neutral posible, sin discriminación injusta o irracional, sujeta a las necesidades de gestión de la red razonable y criterio empresarial.

Así, esta autora nos indica que es recomendable mantener el *statu quo* en la gobernanza futura de internet, que los perjuicios para los consumidores o para la libre competencia pueden ser remediados por la protección antimonopolio adecuada de los consumidores o de las autoridades antimonopolio, mientras que los problemas de congestión de la red pueden seguir siendo resueltas por los ingenieros de contenidos y de la red internet, aplicaciones y proveedores de servicios que trabajan en colaboración hacia

³⁰⁸ *Íbid.*

objetivos comunes a través de entidades de normalización. Ésto es particularmente cierto en los casos de movimiento lento y restricciones regulatorias intrusivas que comprometan los valores de la Primera Enmienda, y también amenazan con poner en peligro el objetivo de lograr el consenso de servicios de internet de banda ancha universal y asequible para todos.

Sin lugar a dudas que el desarrollo del mercado y con ello mejorar los servicios de internet, constituyen los argumentos centrales para quienes no recomiendan una regulación normativa de la neutralidad en la red. Este riesgo, basado en presunciones de incertidumbre, podría eventualmente dañar la credibilidad del mercado y en suma perjudicar los servicios de internet. Es por ello que, similar a lo planteado por Esbin, se defiende la idea de mejorar los modelos de negocios y garantizar la innovación mediante la protección de la libertad económica por sobre los intereses particulares de los usuarios., se estima que un buen desarrollo económico en estas materias, generaría un mejor servicio que en definitiva debería traducirse en beneficios para el consumidor final (usuario de internet). Ello cobra particular fuerza si consideramos que estos debates se desarrollan principalmente en Estados Unidos, país ícono de la libertad.

Como ejemplo de estas ideas que defienden la libertad en los modelos de negocios sobre internet, podemos citar a William Baumol y cía., quienes sugieren por tanto no regular normativamente en el futuro la neutralidad en la red, pues han expresado: *“Creemos que las cuestiones planteadas en el debate de neutralidad de la red se pueden abordar de manera efectiva mediante el uso de la autoridad antimonopolio en su caso, lo que permite flexibilidad en los precios de Internet, y el fomento de un uso más eficiente del espectro para facilitar la entrada en el mercado de banda ancha.*

Nuestro mensaje básico es que el gobierno debe permitir a las empresas experimentar con diferentes modelos de negocios para servicios de Internet. Permitir tal flexibilidad del mercado es probable que sea la mejor manera de asegurar la innovación eficiente en la autopista de la información”³⁰⁹ (el subrayado es nuestro).

Por tanto, de acuerdo a los antecedentes expuestos hasta ahora, podemos englobar las posturas que aconsejan para el futuro una internet desregulada, es decir, manteniendo el estado de las cosas, en dos grandes posiciones o fundamentos:

³⁰⁹ BAUMOL et al. 2007, Economists’ Statement on Network Neutrality Policy. All AEI-Brookings Joint Center. Op. Cit.

1.- Aquellas que se sustentan en fenómenos de desarrollo económico. Engloban las ideas que velan por la sustentabilidad de internet en el mercado, pero no en cualquier mercado, sino sólo se refiere al mercado de lo privado, en que la autonomía de la voluntad cobra gran importancia pues las exigencias privadas serían suficientes para garantizar una red sólida, innovadora y sofisticada. Además cabe en esta posición aquellos fundamentos que toman como elemento los fenómenos que favorezcan la libre competencia, pues se subentiende la idea que la competencia de la industria generaría más y mejor oferta a los usuarios y por ello también la sofisticación de la red y mejores servicios, por lo tanto una eventual regulación podría generar incertidumbre que dañaría la inversión, el mercado y el producto, es decir, entorpecería el desarrollo de la red.

2.- Aquellas que se sustentan en la eficacia de la institucionalidad actual. En éstas podemos encontrar todas aquellas ideas que apuntan a la regulación sobre neutralidad en la red como un fracaso de las instituciones, es decir, se sustentan en que los instrumentos existentes deberían entregar suficiente estabilidad y certeza para crear condiciones de protección adecuada a los usuarios. A modo de ejemplo, una buena regulación sobre libre competencia debería beneficiar a los usuarios de internet por cuanto ella induciría a la Industria competir para entregar un mejor servicio. Asimismo, las normas de

libertad de expresión serían suficientes en estas materias, como también lo sería una adecuada regulación penal respecto de delitos cibernéticos, o bien una correcta normativa de protección a los derechos de los consumidores entre otras. En otras palabras, si existen falencias en cuanto a una red neutral que perjudique los modelos de negocios (mercado) o a los usuarios, no se debe a una falta de regulación sobre la neutralidad en la red, sino a las falencias en la institucionalidad existente (normas de libertad de expresión, libre competencia, derechos del consumidor, etc.). Subyace por lo tanto la idea de mantener o bien mejorar el *status quo* de la institucionalidad y no se aconseja regulación normativa para una red neutral.

Además de estos dos grandes focos de argumentos que sostendrían el rechazo futuro de normar la neutralidad, los cuales parecen ser principalmente económicos el primero, y jurídicos el segundo, podríamos agregar un tercer foco argumentativo: uno histórico.

Efectivamente nos parece interesante exponer las ideas que sostiene Carles Alonso Espinosa³¹⁰ sobre el principio de neutralidad tecnológica, el cual considera entre otra cosas el contexto histórico-político que atraviesa la

³¹⁰ Licenciado en derecho por la Universidad de Barcelona (2002). Magíster en derecho europeo por el European Public Law Center (2004). Profesor de regulación de las telecomunicaciones, audiovisual e Internet en la Universidad de Barcelona (2004-2006). En la actualidad, técnico del área de Asesoramiento e Investigación de la Agencia Catalana de Certificación.

sociedad moderna, y cómo en virtud de ello no sería necesaria una regulación normativa.

Ha señalado este autor que el principio de neutralidad tecnológica puede dar lugar a soluciones dispares. Analogía por un lado, cuando es posible la asimilación, campo abierto a la construcción de regímenes jurídicos nuevos cuando el cambio de paradigma se revela insuperable, pero se trata de un ámbito necesitado de cobertura jurídica, como en el caso de la actividad administrativa, que está sujeta al principio de legalidad; finalmente, realidades necesarias de una intervención mínima o nula para los ámbitos donde rige el principio que constituye un elemento básico de toda democracia: la libertad. El principio de neutralidad tecnológica pone a prueba la madurez política de nuestra sociedad al albur un acontecimiento que remueve los cimientos de nuestra realidad comunicativa y provoca un cuestionamiento del orden jurídico preexistente³¹¹. Así no cabe duda que el autor se inclina por la libertad individual que debe gobernar en materia de tecnología e información, dejando poco espacio a la regulación jurídica. Para el autor se trataría de un asunto de autonomía privada que debe ser respetada como tal.

³¹¹ ESPINOSA C. 2009. La información en la red y el principio de neutralidad tecnológica: la libertad de expresión y la difusión de información administrativa. *Revista Derecho del Estado* (22): 127-128 p.

Además de ello, entrega un fundamento muy poco utilizado: el contexto social en que se desenvuelve internet por lo cual la idea regulatoria no es recomendada. En efecto señala que el derecho se encuentra ante un cambio tecnológico con antecedentes remotos y similares (la llegada de la imprenta) o cercanos pero parcialmente disímiles (la revolución industrial). En nuestro caso, la aparición de internet acontece en un contexto muy singular. La globalización económica convive con desigualdades regionales extremas y tradiciones políticas y jurídicas dispares. La apertura de los procesos de comunicación pública transgrede las estructuras económicas y políticas altamente verticales preexistentes: la formalidad y la informalidad se relacionan de una manera altamente compleja. En este contexto, es recurrente preguntarse por la función del jurista³¹². Una alternativa, a juicio de Espinosa, menos pretenciosa -el derecho siempre ha tendido a asumir una función de dirección entre las ciencias sociales-, consiste en analizar la adaptación del Estado, la administración y sus respectivas normas a esta nueva realidad, adaptación que pasa por un proceso previo de observación y, necesariamente, de reflexión. Un examen de la relación que mantiene el derecho con la evolución tecnológica en materia de libertad de expresión nos advierte que la función de la administración y de la norma jurídica no tiene que ver tanto con el establecimiento de límites o restricciones sino más bien con la identificación de los objetivos que se esperan del uso social de la tecnología en materia de libertad de expresión: enriquecer

³¹² *Íbid.*

el debate público. Posibilitar más que impedir, facilitar y promover antes que vigilar dice el autor.

Por tales consideraciones de actualidad, es que el Espinosa sugiere cambiar el paradigma: a su juicio internet no necesitaría de mayor regulación en temas propios de neutralidad, sino que el ordenamiento debe ofrecer las herramientas necesarias para potenciar el ejercicio de la libertad y autonomía individual concluyendo que “Hemos puesto sobre la mesa elementos como el principio de proporcionalidad que creemos indispensables para que el derecho público construya las condiciones en las que el ejercicio de las libertades individuales se inserta en un perímetro de acción colectiva, de necesidades compartidas, en el marco del autogobierno democrático”³¹³.

Ahora bien, si de análisis futuro de la neutralidad en la red se trata, el autor que ha desarrollado directamente este tema es el profesor Christopher Marsden³¹⁴ quien ha destacado la importancia de este asunto declarando que el

³¹³ *Íbid.*

³¹⁴ Christopher T. Marsden es profesor de Derecho de Internet y medios de comunicación en la Universidad de Sussex. Fue Profesor Senior (2008-12), y fue profesor de Derecho (2012-13) en Essex, habiendo enseñado e investigado en Warwick (1997-2000), Oxford (2004-5) y LSE (1995-1997). Es profesor de doctorado en esas áreas. Asimismo, es autor de cuatro monografías sobre Derecho de Internet y ha sido investigador asociado de las siguientes universidades: Melbourne (1999, 2012), Harvard (1999-2000), Warwick (2000-4), USC Annenberg (2003), Oxford (2004-6), McGill (2010), Keio (2008-10) y la International University of Japan (2009). Es autor de numerosos artículos arbitrados, capítulos de libros, artículos, documentos profesionales en los procesos seleccionados, conferencias magistrales y otras contribuciones académicas como innumerables conferencias y director de proyectos de investigación. Ha presentado trabajos arbitrados en la Sociedad Internacional de Telecomunicaciones

futuro de internet no es un asunto trivial, de hecho es fundamental para el futuro de la productividad en la mayoría de las industrias. Es una tecnología posibilitadora, lo que significa que el intercambio de información en esta plataforma abierta promete (y consigue) eficiencias reales en la economía y en la sociedad en general, ya que facilita la colaboración y la fortalece. Por ello el autor considera que un internet abierto es un patrimonio común que todos deben poder disfrutar. En efecto, declara que un internet neutral o abierto es la base de las reivindicaciones que exigen que ese patrimonio común se preserve, y que se promueva una regulación que impida que ese bien común se cierre más y a la vez se asegure que los oportunistas o *free-riders* no lo arruinen, ésto es, que no haya «tragedia de los comunes»³¹⁵. Sin embargo, Marsden admite que un internet abierto no es en modo alguno el único lugar para la formación de la opinión pública, ni necesariamente el más importante, pero es el espacio público abierto que confiere legitimidad a todos esos espacios privados o semiprivados. Es por ello que considera que los problemas del desarrollo y la brecha digital global están estrechamente ligados con la neutralidad de la red y que la conectividad a internet es aún muy cara para la mayoría de los países en desarrollo, a pesar de los intentos de asegurar puntos locales de intercambio de internet y nuevos cables submarinos, por ejemplo, para África oriental. Inundar

(desde 1998), Instituto Internacional de Comunicaciones (desde 1998) y la Investigación de Políticas de Comunicaciones Europeo (desde 2004).

³¹⁵ MARS DEN, C. 2012. Neutralidad de la Red: Historia, regulación y futuro. Revista de Internet, Derecho y Política. Op. Cit.

los ISP del mundo en desarrollo con tráfico de vídeo, la mayoría del cual procede de los principales países de producción de vídeo, como India, Nigeria y, por supuesto, Hollywood, podría poner a los ISP locales en grave peligro financiero.

El segundo problema que advierte este autor sobre la neutralidad de la red es el acceso inalámbrico a internet. Esto dado que la mayoría de los ciudadanos de los países en desarrollo tienen un ancho de banda mucho menor que en Occidente y la mayor parte de sus conexiones son móviles: India es probablemente el mejor ejemplo, un país con al menos diez veces más usuarios de móviles que de teléfonos fijos. En los próximos años, los usuarios de internet del mundo en desarrollo van a poner a prueba los límites de las redes móviles, y tanto la capacidad como el precio podrían determinar hasta qué punto pueden esperar un rápido desarrollo o bien una experiencia tercermundista de internet. El servicio universal es todavía un sueño inalcanzable para muchos en el mundo en desarrollo, y cuando llegue, la definición que se le dé determinará el umbral mínimo que los ISP tendrán que alcanzar³¹⁶. Por ello la neutralidad de la red debe abarcar también una afirmación positiva del valor social, económico y político del acceso universal y no discriminatorio a los recursos de internet entre las personas conectadas a esta red.

³¹⁶ *Íbid.*

En este sentido, Marsden ha concluido que la disponibilidad y diseño de una respuesta de regulación adecuada debe reflejar ese dinamismo, y también la capacidad de los reguladores y los operadores de darse respuesta mutuamente. Así pues, la legislación nacional debe ser válida para el futuro y no ser excesivamente prescriptiva para evitar una respuesta prematura al entorno emergente³¹⁷. Ésto nos parece relevante por cuanto el autor concilia de alguna manera las posturas pro regulatoria y los que están en contra toda vez que aconseja regulación en la materia pero ésta debe ser lo suficientemente laxa para permitir el dinamismo que caracteriza la industria de internet y no perjudicar su desarrollo.

Asimismo el autor indica que el ritmo al que cambia la relación entre arquitectura y contenido en internet requiere una continua mejora en la investigación y la formación tecnológica del regulador. Los reguladores pueden monitorear tanto las transacciones comerciales como la gestión del tráfico de los ISP para detectar posibles discriminaciones abusivas. Un requisito ex ante de mostrar las métricas internas de tráfico a los clientes proveedores de contenido, estableciendo un requisito de información por vía de regulación o de co-regulación, puede ser una solución práctica. La necesidad de mejor investigación para comprender la naturaleza de los problemas de congestión en internet y su efecto sobre el contenido y la innovación es clara. Estas

³¹⁷ *Íbid.*

conclusiones apoyan la idea de un régimen regulatorio mínimo que comprenda requisitos de información y co-regulación, junto con, en la medida de lo posible, soluciones de mercado. Las soluciones pueden ser tanto internacionales como locales, y la coordinación internacional de las mejores prácticas y conocimiento permitirá a los reguladores nacionales no quedarse atrás en la carrera tecnológica. Hay que advertir a los reguladores que no pueden limitarse a la postura reactiva de esperar a que se les presenten pruebas evidentes. Un enfoque más proactivo en la monitorización e investigación de prácticas no neutrales hará que los operadores de redes sean mucho más conscientes de sus deberes y obligaciones. Una intervención orientada a los consumidores y ciudadanos se basa en impedir que se ejerzan controles no regulados y opacos sobre el tráfico, ya sean impuestos por los ISP para obtener ventajas financieras o por gobiernos deseosos de aprovechar esta nueva tecnología para filtrar, censurar y hacer respetar derechos de autor contra sus ciudadanos. Deshacer el previo régimen de responsabilidad limitada de los ISP conlleva el riesgo de eliminar la eficiencia con que dicho sistema permite el libre flujo de información para beneficio de la economía y de la sociedad³¹⁸.

De esta manera se podría armonizar una reglamentación adecuada a los intereses del mercado y desarrollo de internet, siempre que vele por la parte más débil de la relación y a quienes más afecta: los usuarios. Sin embargo,

³¹⁸ Ibid.

poco se ha hablado de la regulación ya no de la red neutral ni de la conducta de los ISPs, sino la idea de regular a los propios ISPs. Al respecto no existe mucha literatura, pero ello no obsta que de un análisis de las distintas posturas ya expuestas en la gobernanza futura de internet y neutralidad, no nos parece aconsejable una regulación propia de los ISPs por cuanto una buena normativa que regle conductas antimonopolio y libre competencia, además de reglar la neutralidad, nos parece suficiente. De todas formas mencionaremos un comentario de Alexander Reicher quien sostiene algo distinto: *“En cualquiera de los casos, la obligatoriedad de la transparencia representa un importante paso adelante desde el estado actual de la competencia en la prestación de servicios de Internet de banda ancha. A diferencia de la opacidad de Ulises, en el que los retos literarios de James Joyce definen su estilo, los ISP deben ser libros abiertos”*³¹⁹.

Al parecer, nadie cuestiona el rol que han tenido los ISPs, sólo se les critica indirectamente en los servicios prestados., todo parece indicar que la solución se orienta netamente a regular los distintos matices de la neutralidad en la red, es decir, en su servicio mismo y no propiamente a los proveedores de servicios de internet. El rol económico como ya hemos revisado, resulta

³¹⁹ REICHER A. 2011, *Redefining Net Neutrality after Comcast v. FCC*, Berkeley Technology Law Journal 26 [En línea]. <<http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol26/iss1/25>>. [Consulta: 24 de Marzo 2015].

fundamental en una gobernanza futura de desarrollo en una comunidad cada vez más sofisticada, ello a criterio de Marsden es perfectamente compatible con la protección de una red neutral, aun mas, considera imprescindible armonizar los intereses en juego de proveedores y usuarios, donde lo aconsejable sería una postura ecléctica en que se defienda el interés general de internet, de ahí que muchos ya han señalado que internet dejó de ser una mercancía particular (como servicio de información en el caso de Estados Unidos tal como se vio en el Capítulo anterior) y pasa a ser un bien público, sin perjuicio de una adecuada protección a la industria que permita continuar debidamente con el desarrollo y evolución de internet. Sobre este punto ha dicho Marsden: *“Por supuesto que la Internet debe estar abierto a todos, pero por supuesto que la inversión privada es el componente crítico en la construcción de un Internet más rápido. Por supuesto que el servicio universal debe ser apoyado, pero por supuesto debe haber algún mínimo acceso a la Internet abierta para todos, tanto si se utiliza una conexión móvil 3G o IPTV. (...) Neutralidad de la red es un problema con consecuencias potencialmente profundas, y no puede dejarse completamente a criterio de los actores del mercado, aunque sus motivos sean neutros o benignos”*³²⁰.

³²⁰ MARS DEN C. 2009 Net Neutrality Towards a Co-regulatory Solution. Bloomsbury Academic. Op. Cit.

2.2.- ¿Qué se ha señalado en los encuentros Multistakeholder?

Respecto a foros multilaterales, el tema de los aspectos futuros que deberá enfrentar la neutralidad en la red ha sido tratado en el Encuentro NetMundial llevado a cabo el 23 y 24 de Abril de 2014, dicho encuentro se ha comentado en el Capítulo III de este trabajo. Sin embargo, en esta oportunidad rescataremos ya no los asuntos discutidos acerca de la neutralidad en la red, sino aquel acápite concerniente a las proximidades futuras que los exponentes e invitados han previsto en estas materias y que aconsejan que sea abordado en los futuros encuentros de Gobernanza en Internet como el próximo IGF propuesto para el 10 al 13 de Noviembre de 2015, en la ciudad de João Pessoa, en Brasil.

Dichos asuntos se relatan en el documento oficial³²¹ bajo el título “HOJA DE RUTA PARA LA EVOLUCIÓN FUTURA DE LA GOBERNANZA DE INTERNET” y se ha señalado que el objetivo de esa hoja de ruta propuesta para la futura evolución de la gobernanza de internet es delinear los posibles pasos hacia adelante en el proceso de mejora continua del marco de gobernanza de internet existente, garantizando la plena participación de todos los interesados en sus respectivos roles y responsabilidades.

³²¹ Este documento oficial se encuentra disponible en el sitio: < <http://netmundial.br/es/netmundial-multistakeholder-statement/>>. [Consulta: 11 de Abril de 2015].

Se ha dicho que el sistema de gobernanza en Internet debe ser inclusivo, transparente y responsable, y sus estructuras y operaciones deben seguir un enfoque que permita la participación de todos los interesados con el fin de atender los intereses de todos los que utilizan el internet, así como aquellos que aún no están en línea.

En definitiva, se ha consensuado en NetMundial que los asuntos que merecen la atención de todos los interesados en la evolución futura de la gobernanza de internet son³²²:

1. Las decisiones de gobernanza de internet a veces se toman sin la participación significativa de todos los interesados. Es importante que en los multistakeholder la toma de decisiones y la formulación de políticas se mejoren con el fin de asegurar la plena participación de todas las partes interesadas, el reconocimiento de las diferentes funciones que desempeñan las diferentes partes interesadas en diferentes temas.

³²² Estos acuerdos han sido tomados del documento oficial del foro NetMundial, sin embargo existen puntos de perspectivas futuras de estos foros que son netamente de carácter administrativo, como las tareas administrativas del foro en cuanto a la selección de los próximos participantes del encuentro. Estimamos que ese tipo de consideraciones no vienen al caso para efectos de este Capítulo de manera que han sido excluidas de este apartado.

2. Hay una necesidad de desarrollar mecanismos de múltiples partes interesadas a nivel nacional debido al hecho de que una buena parte de las cuestiones de gobernanza de internet debe abordarse en este nivel. Los mecanismos nacionales de múltiples partes interesadas deben servir como un enlace interlocal de discusiones de las instancias regionales y mundiales. Por lo tanto una coordinación fluida y el diálogo a través de esas diferentes dimensiones es esencial.

3. Debe haber una participación significativa de todas las partes interesadas en los debates de gobernanza de internet y en la toma de decisiones, con atención a la geografía, los interesados y el equilibrio de género con el fin de evitar asimetrías.

4. Permitir la creación de capacidades y el empoderamiento a través de medidas tales como la participación a distancia y una financiación adecuada, y el acceso a la información pertinente y actualizada es esencial para la promoción de la gobernanza de internet incluyente y eficaz.

5. Todas las partes interesadas deben renovar su compromiso de construir un pueblo, propiciar la integración y el desarrollo orientado sociedad de la información según la definición de los documentos finales de la CMSI. Por

lo tanto en la consecución de las mejoras del ecosistema gobernanza de internet, el enfoque en el desarrollo debe mantenerse.

Se ha consensuado asimismo que todas las organizaciones con responsabilidades en la gestión del ecosistema de internet deberían elaborar y poner en práctica los principios de transparencia, rendición de cuentas y la inclusión. Todas estas organizaciones deben preparar informes periódicos sobre su progreso y el estado en estos temas. Esos informes deben hacerse públicos.

Debe existir una comunicación y una coordinación adecuada entre los foros existentes, grupos de trabajo y organismos del ecosistema de la gobernanza de internet. Los informes periódicos, enlaces formales y evaluaciones oportunas son ejemplos de mecanismos que podrían aplicarse a tal fin. Sería recomendable analizar la posibilidad de crear herramientas de coordinación de la gobernanza de internet para realizar en curso las funciones de seguimiento, análisis, e intercambio de información.

Cualquier mecanismo adoptado debe proteger la base, la naturaleza abierta y participativa de los procesos de desarrollo de políticas y garantizar la estabilidad y resistencia de internet. Es conveniente discutir la relación adecuada entre la política y los aspectos operativos. Esta transición debe

realizarse cuidadosamente con un enfoque en el mantenimiento de la seguridad y estabilidad de internet, potenciando el principio de igualdad de participación entre todos los grupos de interés y el esfuerzo hacia una transición terminada en Septiembre de 2015.

Finalmente, se han expuesto tres puntos que se han catalogados como materias pendientes que no han sido desarrolladas o han sido abordados de manera insuficiente y que se estima necesario su tratamiento. Estos puntos se consideran apropiados, pero no constituyen una lista exhaustiva, los cuales necesitan una mejor comprensión y mayor discusión en los foros apropiados:

a.- Las diferentes funciones y responsabilidades de las partes interesadas en la gobernanza de internet, incluyendo el significado y la aplicación de la igualdad de condiciones.

b.- Problemas de jurisdicción y cómo se relacionan con la gobernanza de internet.

c.- Los sistemas de medida e indicadores correspondientes en relación con la aplicación de los principios de gobernanza de internet.

Así, el documento concluye que es posible señalar que hubo discusiones muy productivas e importantes sobre el tema de la neutralidad de la red en NetMundial, con opiniones divergentes en cuanto a si debe o no incluir el término específico como principio en los resultados. Los principios sí incluyen conceptos de un internet abierto y los derechos individuales a la libertad de expresión e información. Es importante continuar con la discusión de la internet abierta incluyendo cómo habilitar la libertad de expresión, la competencia, la elección del consumidor, la transparencia significativa y gestión de red adecuada y recomendar que se aborde esta cuestión en foros tales como el próximo IGF.

Como observación final a las temáticas que se prevén aún en materia de neutralidad en la red, debemos indicar que independiente de las posturas que se adopten, internet es un servicio que requiere de constante cambio, no resulta recomendable petrificar el desarrollo presentado en materia informática en ninguna de sus aristas, sin perjuicio que a la vez resulta innegable que internet ha cobrado gran relevancia a nivel mundial, en que los usuarios exigen cada vez más y mejor servicio de conectividad y que en suma internet ha cobrado relevancia de interés público y general. Algo similar ha planteado el experto en internet, Enrique Dans: *“La decisión de la FCC puede influir en el futuro en el resto del mundo: Internet se ha convertido en algo demasiado importante como*

*para dejarlo en manos de unas empresas de telecomunicaciones que han probado ya en demasiadas ocasiones su codicia e irresponsabilidad*³²³.

³²³ DANS E. 2015. La Neutralidad en la red como escenario futuro. [En línea]. <<http://www.enriquedans.com/2015/02/la-neutralidad-de-la-red-como-escenario-de-futuro.html>>. [Consulta: 30 de Marzo 2015]

CONCLUSIONES

Como los lectores han podido apreciar, en este trabajo hemos querido dar una mirada bastante amplia a lo que es el principio de la neutralidad de la red, y por ello hemos abarcado varios temas de interés.

Es muy importante para poder comprender la neutralidad de la red, comprender también el espacio donde se desenvuelve y tener muy claro que éste va evolucionando a cada momento, por lo que este debate acerca del contenido de la neutralidad de la red y sobre sus alcances, pese a que haya iniciado casi conjuntamente con la internet, está muy lejos de terminar. Por el momento, podemos efectuar dos relaciones relevantes de este principio: en primer lugar la relación existente con la libertad de expresión y libertad de información, y en segundo lugar, pero no por ello de menor importancia, la igualdad.

En el primer Capítulo, dentro de una mirada general a la neutralidad en la red, pudimos repasar tanto los antecedentes de este principio, como su consiguiente desenvolvimiento con las nuevas tecnologías, casos interesantes,

y visiones de múltiples autores que nos han ayudado a esclarecer más acerca de este principio jurídico, en cuanto a su contenido, alcance, y a si debiera o no consagrarse legalmente. Bajo los antecedentes tratados y expuestos, podemos señalar que en el estado actual del debate, la conclusión más clara es que el principio de neutralidad en internet no cuenta aún con una definición universal y comúnmente aceptada, no han podido los autores generar consenso en la delimitación conceptual de una red neutral. Sin perjuicio que debemos señalar que ésta sí tiene un conjunto de reglas transversales que son parte de la misma discusión. En efecto, estas reglas se han convertido en la base de leyes y regulaciones de algunos países, pero pese a que el contenido de las dichas reglas se encuentra establecido, no dejan de estar sujetas a la interpretación de los distintos actores que utilizan o se vinculan a internet. Para ejemplificar lo que hemos planteado, en el caso de Chile la Ley 20.453 ha recogido los contenidos básicos de proteger una red neutral, estableciendo entre otras cosas, la obligación para los proveedores de acceso a internet de ofrecer a cada usuario un servicio de conectividad a dichos proveedores, que no distinga arbitrariamente contenidos, aplicaciones o servicios. Es aquí donde podemos observar que ofrecer una conectividad sin distinguir contenidos, aplicaciones o servicios, a nuestro juicio, es una regla transversal en mantener una red neutral, es decir, forma parte de su contenido como postulado universalmente aceptado., pero debemos advertir que resulta inevitable, e incluso

imprescindible en algunos casos, discriminar en algún grado o medida los contenidos o aplicaciones en internet, como por ejemplo, la protección contra virus, o bien los spams, e incluso diferencias de velocidad en la conexión si un conjunto de usuarios de un mismo sector se conectan todos a un mismo tiempo, en este caso es inevitable cierta ralentización del servicio (como en todo servicio, así el agua, la luz, telefonía fija, etc.). Por ello, el legislador lo que prohíbe es distinguir los contenidos, siempre que dicha distinción tenga el carácter de arbitrario, y he aquí el problema, ¿Qué se entiende por arbitrario en estos casos para determinar si una distinción en el servicio es legal o ilegal?, por supuesto que los autores no se han puesto de acuerdo, creemos que la ley no lo define por tratarse de un fenómeno que debe determinarse caso a caso, al criterio común, a la prudencia. En suma, es regla general la no discriminación de contenidos y aplicaciones arbitraria, pero existe disparidad de criterio en determinar tal arbitrariedad.

Asimismo, de todas las doctrinas expuestas sobre la neutralidad en la red, podemos señalar que la visión más común que se tiene de este principio, dada la estructura abierta con la que ha sido concebida la red, comprende el libre acceso de los usuarios a los servicios, contenidos y aplicaciones de carácter legítimo que sean objeto de su elección.

Posteriormente, hemos explicado el por qué consideramos que la neutralidad de la red es, en efecto, un principio jurídico, analizamos las teorías de tres grandes autores, Dworkin, Alexy y Atienza. Habiendo revisado cada teoría, hallamos que la neutralidad de la red puede enmarcarse como un principio jurídico dentro de los tres planteamientos, sin embargo, debido a que todos contienen matices diferentes, en el momento de decidir cuál era la teoría que más se apegaba a los objetivos de protección y utilización del principio, consideramos que la teoría de Alexy era la más apropiada puesto que en base a nuestro análisis razonamos que la neutralidad de la red es un principio en sentido estricto que debe ser observado tanto por la generalidad de las personas, como por los órganos jurídicos, que es explícito, y que cumple plenamente con las dos funciones básicas que los autores asignan a los principios. Ello porque en la primera función, sienta las pautas para un internet abierto e igualitario, así como permite mantener el sentido de unidad en cuanto a las libertades y restricciones que se tienen fuera y dentro de la red, asegura derechos que son propios de las personas en otras áreas fuera de la red. En cuanto a la segunda función, si bien es cierto que en ciertos lugares donde no ha sido plasmado legalmente puede tener ciertos conflictos, su aplicación en el derecho cubre un gran número de situaciones.

Fuera de la dogmática de la neutralidad en la red, en este trabajo hemos abordado el fenómeno Multistakeholder, es decir, los encuentros y espacios de reunión de “múltiples partes interesadas”, en que han tenido participación todos los actores involucrados en la internet pasando por diplomáticos, académicos, autoridades, proveedores de internet, hasta diversas agrupaciones de usuarios. Haber desarrollado este tema es de la mayor importancia dado que, por un lado, dichos encuentros han tenido impacto directo para la gobernanza sobre internet en los países y comunidad internacional. Mientras que por otro lado, creemos que desarrollar estos encuentros es el mejor camino para adoptar conclusiones y decisiones relativos a fenómenos informáticos y por supuesto de internet dado que es necesario entender a éste como un fenómeno enteramente global, no le pertenece a los proveedores, ni a los grupos de poder, ni a determinados países., le pertenece a todos y todas, a cualquier persona natural o jurídica en cualquier parte del mundo que pueda desde la comodidad de su hogar o sitio cualquiera conectarse a la red, aunque se encuentre en situación de total aislamiento geográfico. Internet hoy por hoy es la gran apertura a la comunicación global, desde cualquier parte del mundo hasta cualquier parte del mundo, no existen barreras de entrada y salida, no existe requisito de pasaporte, ni control aduanero, a menos, claro está, que no se garantice la neutralidad en la red. Es por ello que, siendo internet patrimonio global, debe ser discutido, desarrollado y normado en un marco de encuentro

global, con todos los interesados para poder adaptarse a los desafíos regulatorios del siglo XXI en estas materias, ello corresponde a lo que hemos denominado como una necesaria *democracia internacional* para asuntos informáticos.

Así, tomamos como objeto de análisis dos foros de gran impacto sobre gobernanza en internet que tuvieron lugar en el periodo 2014, cuales son el Foro NetMundial y el encuentro Internet Governance Forum IGF, en Brasil y Turquía respectivamente.

La principal conclusión que se puede extraer del encuentro NetMundial es el establecimiento de una red manejada en forma transparente por múltiples actores a nivel mundial, apartándose de la tutela estadounidense. Éste fue sin duda el eje central como bien jurídico protegible, pues no debemos olvidar que el contexto en que se desarrolló dicho encuentro fue posterior a las filtraciones de espionaje por parte de los Estados Unidos a diversos agentes y personajes de interés para el gobierno estadounidense, como la canciller alemana, la petrolífera Petrobras, la presidenta de Brasil, entre otros. En este sentido, se condenó la vigilancia masiva y arbitraria defendiendo una red global, estable, flexible, descentralizada, segura e interconectada, además de ser consistente con los derechos humanos, según señaló en el documento que se plasmó las

conclusiones de la cumbre. El debate contempló que, además de la participación plena de los gobiernos, la sociedad debe involucrarse en el manejo de internet, lo que justifica y propicia los encuentros internacionales para desarrollar los asuntos sobre internet.

Sin embargo, el punto que causó mayor malestar en dicho encuentro fue que la neutralidad de la red fuese relegada para futuras discusiones pues resulta decepcionante que no se haya reconocido expresamente, y de manera universal, la neutralidad de la red en el plenario por cuanto constituye la piedra angular para evitar el monopolio del manejo de la información y contribuye al tratamiento universal, isonómico y abierto de los contenidos en internet. Pero, dado que la neutralidad en la red se encuentra aún en constante discusión y ambigüedades tanto conceptuales como de contenido, es que los participantes no generaron consenso en estas materias, salvo que se deba orientar internet como abierto, es decir, neutral, sin determinar sus alcances, lo que no constituye mucho avance en la materia. Consideramos que esto es clave en la expansión y la calidad de la red pero, tal como también han comentado algunos activistas, hay intereses económicos muy fuertes que probablemente bloquearon este punto.

Sin embargo, se establecieron una serie de principios fundamentales que dan firmeza al tratamiento de la red como neutral y abierta. En efecto, de los documentos del encuentro se puede concluir que la gobernanza de la red debería promover un acceso universal, igualitario, asequible y de alta calidad a la internet para que pueda ser una herramienta efectiva para el desarrollo.

El documento arrojado por el foro NetMundial no es perfecto, no zanja todas las materias, pero es el resultado de un proceso desde abajo hacia arriba que tiene contribuciones de muchos actores desde las cuatro esquinas del mundo. Por primera vez una reunión sobre internet emitió un documento de consenso con principios y recomendaciones para su evolución. Estos acuerdos adoptados en Sao Paulo deben ser seguidos en futuros encuentros, todo lo cual significa que si bien no existió consenso en todos los puntos abordados, sin duda constituye un avance por el cual no se puede retroceder. Tal como ha comentado uno de los creadores de la internet, Vint Cerf, “esta cita es una contribución importante pero no es el fin de la historia”, agregando “pero ahora ya tenemos una base”.

Posteriormente, del encuentro IGF se puede concluir que el riesgo que se enfrenta en la actualidad es que los gobiernos reclaman más injerencia y una condición de agente dominante en estas materias, así también las empresas

quieren hacerse oír con más fuerza indicando que de ellas dependen las inversiones futuras, y algunos actores de la sociedad civil exigen hacerse escuchar y rechazan en definitiva el diálogo *multistakeholder*. Creemos que lo anterior grafica las tensiones de un proceso ambicioso como algo tan importante cual es internet y la neutralidad en la red. Es por ello que estimamos que descalificar a gobiernos y empresas como interlocutores de relevancia en el debate sobre internet no solamente es equivocado desde el punto de vista táctico sino que es un error conceptual y profundamente antidemocrático para los fenómenos altamente globales. Por ello, si bien presentan fuertes intereses económicos, también forman parte esencial en el debate de manera que los acuerdos alcanzados en la materia deben realizarse con todas las partes involucradas, incluyendo los ISP.

Lo cierto es que internet funciona en términos generales muy bien con un ecosistema digital vibrante, en el que se invierten miles de millones de dólares al año en más y mejor conectividad, se avanza en el cierre de la brecha digital y surgen todos los días nuevos servicios y aplicaciones. La flexibilidad regulatoria es una condición esencial para continuar con el dinamismo de internet. Asimismo, es evidente que hay una superposición de ámbitos de jurisdicción entre lo nacional y lo global. En este sentido, creemos que internet no se puede regular como especies de feudos en cada país, ello significaría un problema de

viabilidad de la regulación o el riesgo de una fragmentación del espacio cibernético. Ello también tiene que ver con debates más de fondo sobre las libertades, los derechos humanos y la facultad que tiene cada país de definir o no lo que los ciudadanos pueden hacer en internet.

En ese encuentro IGF, se defendió, además, una internet flexible, interoperable y abierta que estimule la innovación y la creatividad, pero se ha recalcado el necesario aumento de las inversiones pues se dijo que todos deben estar de acuerdo en el objetivo común de cerrar la brecha digital y para ello es necesario inversión. Asimismo se ha llamado a desestimar algunos mitos sobre la neutralidad de red como la idea de que los paquetes de datos deben ser tratados exactamente como iguales y se recalcó la importancia del desarrollo de contenidos y servicios como elementos fundamentales para el crecimiento de las redes de telecomunicaciones. En suma, se han establecido principios razonables y equilibrados de competencia a través del ecosistema digital y a poner a los usuarios en el centro del debate defendiéndose esta particularidad del encuentro.

También destacamos el rol de la Coalición Dinámica en la neutralidad en la red pues a pesar de que se trata de una institución informal y no gubernamental, su influencia y contribución a la neutralidad en la red en el

escenario internacional ha sido muy destacada., ello porque entre otras cosas, se encarga de sistematizar toda la información de actualidad sobre neutralidad en la red proveniente de los más diversos actores, foros, investigadores, académicos, documentos, y en definitiva, todo lo que tenga relación con ésta. Uno de los aportes más interesantes de esta Coalición es haber generado un marco modelo de gobernanza en internet respecto a la neutralidad en la red como instrumento de sugerencia a las distintas Naciones, sobre todo a aquellas que aún no han regulado de manera completa o eficaz la red que vele por un tratamiento neutral. Creemos que si los países abandonan su orgullo de la autodeterminación plena y soberana que los aleja del concierto internacional, y si se adopta estos modelos, van a contar por lo menos con la legitimidad nacional e internacional sobre los asuntos de internet, fomentando el fluido acceso y mejor entendimiento con el resto de la comunidad internacional dado que se estaría manejando los códigos adoptados por expertos, autoridades, catedráticos y usuarios de todas partes del mundo.

Ya con el tratamiento de la neutralidad en la red en el derecho comparado, podemos afirmar que se trata de un caso paradigmático de la situación en la que se encuentra la regulación de las tecnologías de la información. Dos de los actores importantes, como son Estados Unidos y la Unión Europea, que se han perfilado como grandes referentes en el escenario

internacional, han identificado la existencia de un problema en que los puntos de vista divergen considerablemente pues, si bien Estados Unidos se ha centrado en la componente más tecnológica de la prestación del servicio, en la Unión Europea se han incluido otros factores indirectamente relacionados. Esta divergencia de visiones y, por tanto, de las soluciones adoptadas en Estados Unidos (porque en la U.E. todavía no se ha decidido nada concreto al respecto) puede constituir una fuente de problemas en el futuro a medida que los servicios se globalizan y se tienen que prestar por igual en todas las regiones, no olvidemos que la red es igual en todas partes, pero su tratamiento es diferenciado. Estas diferencias que ahora son sutiles pueden resultar insalvables en un futuro, lo que podría dificultar el acceso de prestadores de servicios a mercados con regulaciones diferentes.

Asimismo, de lo tratado en el Capítulo IV de este trabajo en lo que dice relación a los antecedentes de las respectivas legislaciones, podemos extraer que la innovación ha sido utilizada como argumento por todas las partes involucradas, tanto los que se encuentran a favor de la neutralidad como los que la rechazan. Unos y otros coinciden en el potencial de crecimiento asociado a las aplicaciones y soluciones cibernéticas. Las diferencias se generan cuando se consideran las ventajas y desventajas de regular la neutralidad para el tratamiento del tráfico en la internet. Los defensores consideran que la red

neutral resulta imprescindible para que nuevos actores puedan entrar en el mercado en condiciones de igualdad, sin la barrera de entrada que supondría conseguir que su tráfico fuera priorizado como el de servicios ya existentes. Los detractores a dicha postura han defendido que la neutralidad frena la innovación al limitar la posibilidad de prestar servicios con un valor añadido creciente, lo que reduce el interés de la industria en invertir en el desarrollo de nuevas soluciones y servicios. Si los aspectos relacionados con la neutralidad se limitaran a factores técnicos, tecnológicos, de transparencia y de políticas de priorización de tráfico, sería un asunto circunscrito a la regulación del funcionamiento de las operadoras y los proveedores de servicios online. Sin embargo, como se pone en evidencia por los factores que la Unión Europea relaciona con la neutralidad en la red, el problema se puede extender y llegar a afectar directamente a la seguridad y la privacidad de la población o incluso convertir el control de la red en una herramienta de interés político.

En tanto que Chile y Brasil, son exponentes de reglamentaciones normativas positivas expresa sobre neutralidad en la red, ambos guardan mayor similitud de sistema jurídico institucional que el adoptado por la Unión Europea y Estados Unidos. Ésta es la razón por la que resulta más fácil comparar los modelos entre Chile y Brasil, pues corresponden a un sistema jurídico continental, sin perjuicio que las normas han sido dictadas en contextos

diferentes y, a nuestro juicio, ello explica muchas de las diferencias regulatorias en la materia. Brasil presenta una estructura normativa en base a principios, entre estos principios encontramos a la internet abierta, además de los principios, cuenta con un listado de objetivos que inspiran el tratamiento de internet., todo ello se explica que la norma de Brasil se desarrolló en el marco de estos foros internacionales por lo que dedica varias disposiciones a definir la naturaleza de internet, en tanto que la reglamentación acerca de la neutralidad en la red es mucho más genérica que la norma chilena. Chile en cambio, no cuenta con una norma que declare principios sobre internet ni sus objetivos, lo cual constituye a nuestro juicio una desventaja normativa, pues al evento de no contar con una norma expresa aplicable para un caso determinado, no podrá el juez aplicar como regla residual algún principio de internet, de manera que deberá resolver por las reglas generales de otros estatutos, como el civil y las normas libertad contractual por ejemplo, y que no necesariamente se ajusta al tratamiento que debería darse a internet.

Sin embargo, como aspecto positivo a destacar, la norma chilena cuenta con mayor regulación respecto a la neutralidad en la red, definiendo incluso a los sujetos pasivos de la norma, los proveedores de acceso a internet, además que la Ley 20.453 impone mayor deber de información a los ISPs, y protege la libre competencia. Creemos que a pesar de haber sido Chile el primer país en

promulgar una ley que protege la neutralidad en la red, ésta no es una norma aventurada ni ineficaz., por el contrario, creemos que en general es una buena norma que armoniza una sólida protección a los usuarios y la debida protección de la libre competencia, destacamos asimismo que a pesar de no contar en ese entonces con la suficiente literatura ni realización de la cantidad de foros y encuentros internacionales como existen hoy en día, Chile logra a través de un procedimiento participativo entre ciudadanos, proveedores y parlamentarios, obtener una ley que se ajusta a la realidad nacional y entregar la debida protección en el tratamiento igualitario de contenidos en el tráfico de internet. Sin perjuicio de lo anterior, advertimos que la norma chilena no es perfecta por cuanto adolece a nuestro juicio de al menos tres inconvenientes:

a.- no se hace cargo de los principios que deban regir en una red neutral, es decir, no establece un marco general de aplicación e interpretación normativa para regular aquellos acontecimientos no determinados en la ley, sino que parte de la regulación específica lo que advertiría un carácter de excepcionalidad normativa.

b.- Es posible que los proveedores de acceso a internet puedan distinguir contenidos siempre que ello no sea arbitrario, sin embargo, la norma no define qué se entiende por arbitrario en este sentido, quedará a criterio del tribunal del

fondo decidir la arbitrariedad en cada caso. El problema se agrava aun más si tenemos en consideración que la jurisprudencia en nuestro país es de efectos relativos.

c.- Las autorizaciones para que un proveedor de acceso a internet pueda discriminar contenidos y la fiscalización de esta norma se debe regular a través del respectivo reglamento que emita la Subsecretaría de Telecomunicaciones SUBTEL. De manera que la efectividad de todos los esfuerzos de la comunidad y usuarios de internet de impulsar esta norma quedarían frustrados si no existe un organismo suficientemente capacitado para la implementación y fiscalización de esta Ley. Lamentablemente, debemos señalar en este punto que el órgano administrativo SUBTEL, no ha tenido un buen desempeño en la materia, pues habiendo cumplido con dictar los respectivos reglamentos y ha ejercido funciones de fiscalización, dichas operaciones han sido insuficientes, pues tal como lo han denunciado algunas ONGs³²⁴, e incluso programas televisivos³²⁵, la SUBTEL no ha cumplido cabalmente con las funciones encomendadas por el legislador, remitiéndose en muchos casos sólo a fiscalizar si los proveedores de

³²⁴ En particular, la ONG Cívico, ha denunciado el incumplimiento de la SUBTEL de su obligación fiscalizadora eficaz, alegando abandono de deberes en la fiscalización de calidad en el acceso a internet. Esta noticia se encuentra disponible en el sitio web: <<https://ongcivico.org/neutralidad-en-la-red/ong-civico-denuncia-abandono-de-deberes-de-subtel-en-fiscalizacion-de-calidad-en-acceso-a-internet/>>. [Consulta: 5 de Abril de 2015].

³²⁵ En el canal televisivo abierto, TVN, denunció a las compañías de Internet que sus planes pactados con los usuarios no siempre cumplen lo que ofrecen los vendedores de las empresas. Prometen viajar a altas velocidades por las carreteras de la información, pero la realidad dice lo contrario. El reportaje se encuentra disponible en <<http://www.24horas.cl/programas/estonotienenombre/esto-no-tiene-nombre-que-tan-ancha-es-la-banda-302200>>. [Consulta: 5 de Abril de 2015].

acceso a internet respetan las velocidades ofrecidas en las condiciones contratadas, lo que claramente no responde al espíritu de la norma.

Chile no ha logrado transformarse en un referente mundial en esta materia en el sentido de que el resto de los países no han adoptado en sus ordenamientos internos normas con contenido propio de la Ley 20.453. Sin embargo, estamos convencidos que ello ha sido así no porque la norma chilena sea defectuosa per se, sino que responde a un alto grado de autodeterminación de los pueblos en que importar normas aún es mal visto en la clase política y criticado asimismo por los gobernados. En este sentido debemos destacar que todos los autores que desarrollan el ámbito jurídico de la neutralidad en la red mencionan el caso de Chile, pero ninguno de ellos (que no son pocos) ha hecho un análisis serio de nuestra norma y sus efectos, simplemente se remiten a mencionarla y citar su contenido, no hay críticas profundas a su respecto, pero no se adopta en el derecho comparado, a nuestro juicio, por no gozar Chile de gran prestigio internacional como lo es Estados Unidos o la Unión Europea, o ¿podemos imaginar que la FCC adopte contenidos propios de la norma chilena como directriz en materia de regulación sobre internet?. Las razones de no presentar impacto a la regulación en los demás países descansan simplemente en que cada nación es celosa de su autonomía, hay fuertes factores políticos, además de los sociales que produce la definición propia de las normas relativas

a la neutralidad en la red. Brasil por su parte ha indicado que enviaría su marco civil a la ONU para su desarrollo, sin embargo tampoco ha tenido éxito y dudamos que lo tenga, pues el gran volumen de programas, aplicaciones y contenidos de internet (los más importantes al menos como google, facebook, twitter) provienen de Estados Unidos, diseñados bajo los modelos y estándares de dicho país que siguen esas mismas políticas en su aplicación por parte de usuarios en cualquier parte del mundo. Por ello advertimos el alto poder de la FCC en la determinación indirecta de la gobernanza mundial sobre internet.

Finalmente, la neutralidad en la red se seguirá discutiendo y generando mayor literatura, confrontación de ideas, foros, encuentros, impacto económico, y probablemente se discutirán otras aristas que en la actualidad no se han presentado y que la innovación constante de internet obligará a discutir. Es por ello que sostenemos que la neutralidad en la red es un fenómeno evolutivo, lo cual no sugiere que no se deba llegar a consenso sobre aquellos puntos que resulten necesarios en el tráfico de contenidos por la red. La universalidad en el acceso a la banda ancha y a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones permitirá de manera pública, abierta y no discriminatoria que todas las personas tengan acceso a la sociedad de la información y el conocimiento en igual forma y medida, con una visión inclusiva para contribuir al fortalecimiento de una sociedad de derechos y libertades basada en la igualdad. Por ello también

creemos necesario que el Estado garantice la prestación de servicio de datos, ya que, debido al avance de las tecnologías de la información, surgirán nuevas modalidades futuras de prestar servicios, garantizando que los usuarios puedan tener opciones para elegir al proveedor que genere mejores ofertas. No postulamos que esta regulación deba hacerse necesariamente en base a la dictación de normas positivas en este sentido, sino de adoptar las medidas e instrumentos a fin de proteger el patrimonio global que caracteriza a internet, permitiendo el fluido acceso a su contenido, sin mayores restricciones, filtraciones o bloqueos que las indicadas por los propios usuarios y la comunidad en su conjunto. Es de esperar que la pugna de ideas e intereses continúen en este sentido, el debate incesante acerca de la neutralidad en la red debe ir consolidando cada día aquello que ya le pertenece a la humanidad.

BIBLIOGRAFÍA

1. Doctrina.

- ARIAS, D. 2014. Adaptación del principio de Neutralidad en la Red a la realidad costarricense. Tesis Universidad de Costa Rica. San Pedro, Costa Rica. Junio 2014. 122-125p.
- CHIRICO F., VAN DER HAAR I., LAROUCHE P., 2007 Network Neutrality in the EU. Tilburg University. 67 p.
- DALY A. 2010 Regulatory approaches to net neutrality in Europe and beyond. En: 1st PhD seminar of the International Telecommunications Society, hosted by the Centre for Communication, Media and Information Technologies, Aalborg University in Copenhagen 11-12 September 2010.
- DWORKIN R. 1984. Los derechos en serio. Barcelona. Editorial Ariel.
- ESBIN B. 2009. Net Neutrality: A Further Take on the Debate. Progress on Point 16 (26).
- ESPINOSA C. 2009. La información en la red y el principio de neutralidad tecnológica: la libertad de expresión y la difusión de información administrativa. Revista Derecho del Estado (22): 127-128 p.

- MARSDEN C. 2009 Net Neutrality Towards a Co-regulatory Solution. Bloomsbury Academic.
- MARSDEN, C. 2012. Neutralidad de la Red: Historia, regulación y futuro. Revista de Internet, Derecho y Política. N. 13.
- MEINRATH S., PICKARD V., 2008. The new network neutrality: criteria for internet freedom. International Journal of Communications Law & Policy.
- NUNZIATO D. 2009 Virtual freedom: net neutrality and free speech in the Internet age. California, Stanford University Press.
- NUNZIATO D. 2012 Preservar la libertad en Internet en las Américas. En: BERTONI E. Hacia una Internet libre de censura: Propuestas para América Latina. 1° ed. Buenos Aires, Universidad de Palermo. Pp 11-44.
- OWEN B, 2007 Antecedents to Net Neutrality. Regulation, Vol. 30, No.3.
- PACHECO M. 1990. Teoría del Derecho. 4° ed. Editorial Jurídica. Santiago.
- PAPP, A. 2014. Em nome da internet. Os bastidores da construção coletiva do Marco Civil. Sao Paulo. 147 pp.
- PEÑA, Paz. 2013. ¿Cómo funciona internet? Nodos críticos desde una perspectiva de los derechos. Guía para periodistas. Santiago, ONG Derechos Digitales.

- RANDOLPH M. 2007 Net Neutrality Mandates: Neutering the First Amendment in the Digital Age. I/S: A Journal Of Law And Policy For the Information Society.
- REICHER A. 2011, *Redefining Net Neutrality after Comcast v. FCC*, Berkeley Technology Law Journal 26 [En línea]. <<http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol26/iss1/25>>. [Consulta: 24 de Marzo 2015].
- SINGER H. 2007 Net Neutrality: A Radical Form of Non-Discrimination. Regulation.
- YEMINI M. 2008 Mandated Network Neutrality and the First Amendment: Lessons from Turner and a New Approach. Virginia Journal of Law & Technology. University of Virginia, Vol 13 No. 1

2. En línea

- ALCÁNTARA J. 2010. La Neutralidad de la Red y Por qué es una mala idea acabar con ella. [En línea] <<http://lasindias.com/la-neutralidad-de-la-red>> [Consulta: 24 de Septiembre de 2014].
- ALEXY R. 1988. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Doxa 5. [En línea] <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/141737.pdf>> [Consulta: 11 de Noviembre de 2014].

- Anón. 2008. Negras nubes sobre la neutralidad en la red: 2da parte. [En línea]. <<http://espaciosintiempo.wordpress.com/tag/internet/>>. [Consulta: 13 de Abril de 2015].

- Anón. 2011. Tecnologías de información y comunicación. [En línea]. <<http://masterg1.wordpress.com/2011/11/18/tecnologias-de-informacion-y-comunicacion/>>. [Consulta: 12 de Abril de 2015].

- Anón. Qué se dijo en el IGF sobre la neutralidad de la red. [En línea] Diario Turing, España, 11 de Septiembre 2014. <http://www.eldiario.es/turing/dijo-IGF-neutralidad-red_0_302020480.html>. [Consulta: 31 de Octubre 2014].

- Anón. 2014. Pablo Bello en el IGF “Apostamos por una internet flexible, interoperable y abierta”. [En línea]. <<http://www.ahciet.net/index.php/noticias/noticias-ahciet/item/461-pablo-bello-en-el-igf-%E2%80%9Capostamos-por-una-internet-flexible-interoperable-y-abierta%E2%80%9D>> [Consulta: 31 de Octubre 2014].

- Anón, Brasil aprobó el Marco Civil de internet. [en línea] Télam. 23 de Abril, 2014. <<http://www.telam.com.ar/notas/201404/60476-brasil-aprobo-el-marco-civil-de-internet.html>>. [Consulta: 2 de Diciembre de 2014].

- Anón. 2010. Chile, primer país en incorporar la Neutralidad en la red. [En línea]. El Mundo. 16 de Julio, 2010. <<http://www.elmundo.es/elmundo/2010/07/16/navegante/1279272468.html>>. [Consulta 17 Enero 2015].

- Anón. National Cable & Telecommunications Ass'n v. Brand X Internet Services, 545 U.S. 967 (2005). [En línea] <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/04-277.ZS.html>>. [Consulta: 27 de Enero de 2015].
- Anón. 2015. ¿Debe ser internet considerado un servicio público como el agua o la luz?. 25 de Febrero de 2015. [En línea]. <<http://www.t13.cl/noticia/entretencion/tecnologia/debe-ser-internet-considerado-un-servicio-publico-como-el-agua-o-la-luz>>. [Consulta: 22 de Marzo de 2015].
- Anón. Entrevista con el dr, Leonidas Kanello. Neutralidad de la Red. [En línea]. 2013. <<https://itunews.itu.int/Es/4500-Neutralidad-de-la-red.note.aspx>>. [Consulta 2 de Febrero 2014].
- Anón. Comisión Europea abre consulta sobre neutralidad de la red y ciberataques. [En línea]. El Mercurio en internet. 23 de Julio de 2012. <<http://www.emol.com/noticias/tecnologia/2012/07/23/551977/comision-europea-abre-consulta-sobre-neutralidad-de-la-red-y-ciberataques.html>>. [Consulta: 6 de Febrero de 2015].
- Anón. Europa busca impulsar la neutralidad en Internet y derogar el roaming. [En línea]. La Nación en internet. 04 de Abril de 2014. <<http://www.lanacion.com.ar/1678057-europa-busca-impulsar-la-neutralidad-en-internet-y-derogar-el-roaming>>. [Consulta: 7 de Febrero de 2015].

- Anón. Net neutrality adopted by European Parliament. [En línea]. BBC en internet. 03 de Abril de 2014. <<http://www.bbc.com/news/technology-26865869>>. [Consulta: 6 de Febrero de 2015].
- Anón. El Parlamento Europeo respalda la abolición de la itinerancia y una neutralidad de red más estricta. [En línea]. El Economista en internet. 09 de Abril de 2014. <<http://www.eleconomista.es/CanalPDA/2014/47349/el-parlamento-europeo-respalda-la-abolicion-de-la-itinerancia-y-una-neutralidad-de-red-mas-estricta/>>. [Consulta: 6 de Febrero de 2015].
- AQUINO, Y. Após denúncias de espionagem, governo pedirá agilidade na votação do Marco Civil da Internet. 2013. [En línea]. EBC. 08 Julio 2013. <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2013-07-08/apos-denuncias-de-espionagem-governo-pedira-agilidade-na-votacao-do-marco-civil-da-internet>>. [Consulta 29 Noviembre 2014].
- Aras, V. 2014. Breves comentários ao Marco Civil da Internet. [En línea]. 5 de Mayo, 2014. <<https://blogdovladimir.wordpress.com/2014/05/05/breves-comentarios-ao-marco-civil-da-internet/>>. [Consulta: 7 de Enero 2015].
- ASTELLET A. et al. 2014. De las libertades de Internet al tráfico: evolución del debate en torno a la neutralidad de la red. Icono 14, volumen (12), pp. 431-461. [En línea]. <<http://www.icono14.net/ojs/index.php/icono14/article/viewFile/613/467>>. [Consulta: 27 de Enero de 2015].

- ATIENZA M. y RUIZ J., 1991. Sobre principios y reglas. Doxa 10. [En línea] <http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10763/1/doxa10_04.pdf> [Consulta: 6 de Noviembre de 2014].

- ATIENZA M. y RUIZ J., 1996. 100 Preguntas sobre conceptos básicos del Derecho. Editorial Club Universitario. [En línea] <<http://www.editorial-club-universitario.es/pdf/33.pdf>> [Consulta: 6 de Noviembre de 2014].

- BARATA J. 2012. El concepto de Net Neutrality y la tensión entre regulación pública y auto- regulación privada de las redes. En: VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet. IDP Revista de Internet, Derecho y Política. N. 13, pág. 84-90. [En línea] <<http://journals.uoc.edu/index.php/idp/article/viewFile/n13-peguera/n13-dossier-esp>> [Consulta: 12 de Julio de 2014].

- BARLOW J. 1996 A Declaration of the Independence of Cyberspace. [En línea] <<https://homes.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>> [Consulta: 13 de Agosto de 2014].

- BARRETO, L. 2010. Barreto defende criação de 'Constituição' da Internet. [En línea] <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2010/05/barreto-defende-criacao-de-constituicao-da-internet.html>>. [Consulta: 22 Noviembre 2014].

- BAUMOL et al. 2007, Economists' Statement on Network Neutrality Policy. All AEI-Brookings Joint Center [En línea] <<http://ssrn.com/abstract=976889>> [Consulta: 13 de Agosto de 2014].

- BIZERRA, F. 2014. Brasil aprueba una ley que protege la neutralidad en la red. [En línea]. 24 de Abril, 2014. <<http://www.elmundo.es/tecnologia/2014/04/23/5357561de2704ecf4c8b456b.html>>. [Consulta: 5 de Enero de 2015].

- Boletín N° 4915-15. [En línea]. <http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=5300&prmBL=4915-19>. [Consulta: 27 Enero de 2015].

- BOTERO C. 2009. Informe anual de la Comisión Interamericana de derechos humanos 2009. [En línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/Informe%20Anual%202009%201%20ESP.pdf>> [Consulta: 12 de Septiembre de 2014].

- CANNON, R. 2001. Where Internet Service Providers and Telephone Companies Compete: A Guide to the Computer Inquiries, Enhanced Service Providers and Information Service Providers. CommLaw Conspectus, Vol. 9, No. 1. [En línea] <<http://ssrn.com/abstract=274660>> [Consulta: 20 de Agosto de 2014].

- CASTELLET, A. “et al”. De las libertades de Internet al tráfico: evolución del debate en torno a la neutralidad de la red. 2014. [En línea]. <<http://www.icono14.net/ojs/index.php/icono14/article/viewFile/613/467>>. [Consulta: 03 de Febrero de 2015].

- CENTRODEARTIGOS.COM. Neutralidad de la Red, Definiciones, Desarrollo del concepto, Los defensores, Argumentos a favor de neutralidad de la red, Opositores, Los argumentos en contra neutralidad de la red, Mixtos y otros puntos de vista sobre neutralidad de la red, Situación legal, Cuestiones relacionadas. [En línea] <http://centrodeartigos.com/articulos-enciclopedicos/article_92472.html> [Consulta: 5 de Agosto de 2014].

- CERDA A. 2013. Neutralidad de la red y libertad de expresión. Revista electrónica Cuestión de Derechos Nº 4 [En línea] <<http://www.cuestiondederechos.org.ar/pdf/numero4/Articulo-5.pdf>> [Consulta: 7 de Septiembre de 2014].

- CULLELL, C. 2010. El principio de la neutralidad tecnológica y de servicios en la UE: la liberación del espectro radioeléctrico. Revista de internet, derecho y política. 2010 Nº 11. Disponible en: <<http://idp.uoc.edu/index.php/idp/article/viewFile/n11-cullell/n11-cullell-esp>>. [Consulta: 5 de Febrero 2015].

- CULLEL-MARCH, C. 2012. El futuro de la Web ante la neutralidad de la Red: estado de la cuestión en la Unión Europea. El profesional de la información, v. 21 n. 1, pp. 77-82.[En línea] <<http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/70240/52701.pdf?sequence=1>>. [Consulta: 30 de Septiembre de 2014].

- DANS, E. 2010. El caso Comcast vs. FCC y la neutralidad de la red. [En línea] <<http://www.enriquedans.com/2010/04/el-caso-comcast-vs-fcc-y-la-neutralidad-de-la->

ed.html?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+EIBlogDeEnriqueDans+%28EI+Blog+de+Enrique+Dans%29>
[Consulta: 12 de Septiembre de 2014].

- DANS, E. 2015. La neutralidad en la red como escenario futuro. [En Línea]. <<http://www.enriquedans.com/2015/02/la-neutralidad-de-la-red-como-escenario-de-futuro.html>>. [Consulta: 23 de Marzo 2015].
- DE LA CUEVA, J. 2012. Relato del VII Congreso Internacional sobre Internet, Derecho y Política: Neutralidad de la red y derecho al olvido. En: VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet. IDP Revista de Internet, Derecho y Política. N. 13, pág. 84-90. [En línea] <<http://journals.uoc.edu/index.php/idp/article/viewFile/n13-peguera/n13-dossier-esp>>. [Consulta: 7 de Septiembre de 2014].
- DE MONEO, I. 2011. Egipto desaparece del mapa de internet. [En línea] El País. 28 de enero de 2011 <http://www.elpais.com/articulo/internacional/Egipto/desaparece/mapa/Internet/elpepuint/20110128elpepuint_7/Tes>. [Consulta: 11 de Junio de 2014].
- DIARIO DEL NAVEGANTE. 1997. El Tribunal Supremo de EEUU rechaza la "Communications Decency Act" (ley de decencia en las comunicaciones) en Internet [En línea] El Mundo. 26 de junio de 1997 <<http://www.elmundo.es/navegante/97/junio/26/opornografia.html>> [Consulta: 13 de Agosto de 2014].

- ESBIN B. 2008. A Point of View: Net Neutrality Regulation in the United States, Progress Snapshot. [En línea] <<http://ssrn.com/abstract=1412750>>. [Consulta: 3 de Junio de 2014].
- Eur.Lex. Directiva UE. [En línea]. <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52011DC0222>>. [Consulta: 05 de febrero 2015].
- EURONEWS.2015 EE.UU. propone considerar internet como un servicio público y reforzar su regulación. 4 de febrero de 2015. [En línea] <<http://es.euronews.com/teletipos/2920224-eeuu-propone-considerar-internet-como-un-servicio-publico-y-reforzar-su-regulacion/>>. [Consulta: 18 de Marzo de 2015].
- FCC Police Statement 2005. [En línea] <https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-05-151A1.pdf> [Consulta: 25 de Septiembre de 2014].
- Federal Communications Commission Washington, D.C. 20554. [En línea]. <https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-05-151A1.pdf>. [Consulta: 27 de Enero 2015].
- FIGUEROA F. 2010. Google y Verizon amenazarían el principio de la neutralidad. [En línea] <<http://www.fayerwayer.com/2010/08/google-y-verizon-amenazan-el-principio-de-la-neutralidad>> [Consulta: 11 de Junio de 2014].

- FRANCO, SIMONE Y BAUTISTA. 2014. “Para senadores, marco civil da internet pode ser aprimorado”. [En línea]. <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/04/10/para-senadores-marco-civil-da-internet-pode-ser-aprimorado>>. [Consulta: 2 de Enero de 2015].
- FUNG B. 2014. The FCC has now received 3 million net neutrality comments. The Washington Post. 15 de Septiembre de 2014. [En línea] <<http://www.washingtonpost.com/blogs/the-switch/wp/2014/09/15/the-fcc-has-now-received-3-million-net-neutrality-comments/>>.[Consulta: 5 de Febrero 2015].
- GALLEGOS, Javier. 2013. Angela Merkel a Barack Obama: 'Espiar entre amigos es inaceptable'. [En línea]. El Mundo. 24 de Octubre, 2013. <<http://www.elmundo.es/mundo/2013/10/24/5269083f61fd3d5e768b457c.html>>. [Consulta: 18 de Diciembre 2014].
- GUTIERREZ P. 2014. Las bodas de plata de la Web: 25 años de una idea que cambió el mundo. [En línea] La Nación. 13 de marzo de 2014 <<http://www.lanacion.com.ar/1671539-las-bodas-de-plata-de-la-web-25-anos-de-una-idea-que-cambio-el-mundo>>. [Consulta: 11 de Junio de 2014].
- IGF, Forum. [En línea]. <<http://www.intgovforum.org/cms/aboutigf>>. [Consulta: 31 de Octubre 2014].
- ILYA, L. Marco Civil: La nueva constitución de internet en Brasil. 2014. [en línea]. Welivesecurity en internet. 26 de Junio, 2014. <

<http://www.welivesecurity.com/la-es/2014/06/26/marco-civil-nueva-constitucion-internet-brasil/>>. [Consulta 21 de Noviembre 2014]

- INTERNET SOCIETY, 2014. Informe Global de Internet 2014 [En línea] <http://www.internetsociety.org/sites/default/files/GIR_2014_Resumen_Ejecutivo.pdf >. [Consulta: 16 de Septiembre de 2014].
- JINKINGS, D. 2011. Governo apresenta proposta do Marco Civil da Internet ao Congresso Nacional. [En línea]. <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2011-08-24/governo-apresenta-proposta-do-marco-civil-da-internet-ao-congresso-nacional>>. [Consulta 24 Noviembre 2014].
- JORGE M. 2015. Ganó la neutralidad en la red en Estados Unidos., reacciones tras una votación histórica. 27 de febrero de 2015. [En línea]. <http://www.elotrolado.net/noticia_gano-la-neutralidad-de-la-red-en-ee-uu-reacciones-tras-una-votacion-historica_25995>. [Consulta: 22 de Marzo de 2015].
- Lemos Ronaldo. Artigo: Internet brasileira precisa de marco regulatório civil. 2007. [En línea]. Uol Noticias. <<http://tecnologia.uol.com.br/ultnot/2007/05/22/ult4213u98.jhtm>>. [Consulta: 21 de Noviembre 2014].
- Ley Chile. [En Línea]. <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1016570>>. Acápite “Historia de la ley”. [Consulta: 25 de Enero de 2015].

- Ley Chile. [En línea]. <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1023845&idVersion=2011-03-18>>. [Consulta: 30 Enero 2015].

- LUCA, B. PRIMAVERA, D. Informe. 2014. Net Neutrality: an overview of enacted laws in Latin America. pp. 25 y ss. [En línea] <<https://docs.google.com/file/d/0B4CMvT0NORh9RHhKa2lybThhR0U/edit>>. [Consulta: 07 Noviembre 2014].

- MARTÍNEZ, J. s.a. Neutralidad de la red. P 9. [En línea]. <http://jeuazarru.com/wp-content/uploads/2014/10/Neutralidad_de_red.pdf>. [Consulta: 28 de Febrero de 2015].

- MARTÍNEZ, P. 2013. Fallas de mercado de internet banda ancha: lecciones para el diseño de política pública. Revista Contexto, n.º 40, pp. 95-113. [En línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2391968>. [Consulta 25 de Septiembre de 2014].

- MERINO, S. 2012. Los reguladores europeos de las telecomunicaciones lanzan un grito de alarma sobre la neutralidad de la red. 7 de Junio 2012. [En línea]. <<http://www.rebellion.org/noticia.php?id=150933>>. [Consulta: 05 de Febrero 2015].

- MKDIRECTO. 2013. La gran evolución de internet desde su creación en 1969. [En línea] <<http://www.marketingdirecto.com/actualidad/infografias/la-gran->

evolucion-de-internet-desde-su-creacion-en-1969/>. [Consulta: 13 de Agosto de 2014].

- MOIS, M. 2014. Neutralidad en la red en Estados Unidos: De vuelta al pizarrón. Revista Chilena de Derecho y Tecnología, Vol. 3 N 1 [En línea] <<http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/viewFile/32223/34153>>. [Consulta: 7 de Octubre de 2014].
- Molon, A. 2014. Entenda a Lei do Marco Civil da Internet. [En línea]. 28 de Abril de 2014. <<http://www.molon1313.com.br/entenda-o-marco-civil-da-internet/>>. [Consulta: 12 Enero 2015].
- NACIONES UNIDAS. 1948. Declaración Universal de los Derechos Humanos. [En línea] <<http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml>>. [Consulta: 25 de Agosto de 2014].
- NetMundial. 2014. Documento. [En línea]. <<http://netmundial.br/es/netmundial-multistakeholder-statement/>>. [Consulta: 1 de Abril de 2015].
- Network Neutrality, Dinamic Coalition. [En línea]. <<http://www.networkneutrality.info/about.html>>. [Consulta 16 de Noviembre de 2014].
- ONG Cívico. [En línea]. :<<https://ongcivico.org/neutralidad-en-la-red/ong-civico-denuncia-abandono-de-deberes-de-subtel-en-fiscalizacion-de-calidad-en-acceso-a-internet/>>. [Consulta: 5 de Abril de 2015].

- ONSO, F. 2015. Estados Unidos dice sí a la neutralidad de la red. [En línea]. <<http://www.efefuturo.com/noticia/eeuu-neutralidad-internet/>> . [Consulta: 23 de Marzo de 2015].

- Parlamento Europeo. [En línea]. <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+B7-2011-0572+0+DOC+XML+V0//ES>>. [Consulta: 05 de febrero 2015].

- PERALTA, A. 2010. Ley de neutralidad en Chile: Cómo diablos se logró. [En línea]. <<https://www.fayerwayer.com/2010/08/ley-de-neutralidad-de-red-en-chile-como-diablos-se-logro/>> . [Consulta: 20 Enero 2015].

- PEREDA C. 2015. EE.UU. blinda la neutralidad en la red. 26 de febrero 2015. [En línea]. <http://tecnologia.elpais.com/tecnologia/2015/02/26/actualidad/1424974386_348813.html>. [Consulta: 20 de Marzo 2015].

- PEREIRA, P/ JUNGBLUT, C. Câmara aprova Marco Civil da Internet e projeto segue para o Senado. 2014. [En línea]. O Globo. 25 Marzo 2014. <<http://oglobo.globo.com/brasil/camara-aprova-marco-civil-da-internet-projeto-segue-para-senado-11984559>>. [Consulta 30 Noviembre 2014].

- PÉREZ M. It Ruminations. Neutralidad de la red VI. Argumentos a favor [En línea] <<http://itruminations.wordpress.com/2010/09/03/neutralidad-de-red-vi-argumentos-a-favor>>. [Consulta: 25 de Septiembre de 2014].

- PÉREZ M. It Ruminations, Neutralidad de la red VII. Argumentos en contra. [En línea] <<http://itruminations.wordpress.com/2010/09/09/neutralidad-de-red-vii-argumentos-en-contra>> [Consulta: 25 de Septiembre de 2014].

- PLATT, S. 2013. Brazil's Rousseff to UN: US surveillance an 'affront'. [En línea]. RT. 26 de Septiembre, 2014. <<http://rt.com/news/brazil-rousseff-nsa-usa-278/>>. [Consulta: 19 de Diciembre 2014].

- PORRAS, M. 2013. Informe neutralidad de Red. [En línea]. <<http://www.coit.es/descargar.php?idfichero=9154>>. [Consulta: 03 Febrero 2015].

- QUEES.INFO. Explicación y definición de una página web. [En línea] <<http://www.quees.info/que-es-una-pagina-web.html>>. [Consulta: 12 de Agosto de 2014].

- REICHER, A. 2011, *Redefining Net Neutrality after Comcast v. FCC*, Berkeley Technology Law Journal 26 [En línea] <<http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol26/iss1/25>>. [Consulta: 12 de Junio de 2014].

- RICHMAN, D. 2007. The Shot Heard 'Round the World Wide Web: Comcast Violates 'Net Neutrality' [En línea] Media Law Bulletin, December 2007 <http://www.sdma.com/files/Publication/e078fa3a-8b3c-4bf5-b384-734f26afc9b3/Presentation/PublicationAttachment/ab2b71fb-ec17-47cf-aef1-7eb8bbb7073f/media_law-12_dec_2007.pdf> [Consulta: 11 de Junio de 2014].

- RODRIGUEZ S. 2015 Republicanos se preparan para presentar un proyecto sobre neutralidad de la red en EE.UU. Jentel mx. 20 de enero de 2015 [En línea] < <http://www.jentel.mx/sct-noticias/item/6324-republicanos-se-preparan-para-presentar-un-proyecto-sobre-neutralidad-de-la-red-en-eeuu.html>>. [Consulta: 18 de Marzo de 2015].
- RUIZ, C. 2014. NetMundial: el futuro en internet no será televisado. [En línea]. ONG Derechos Digitales en línea. 14 de Mayo, 2014. <<https://www.derechosdigitales.org/7356/netmundial-el-futuro-de-internet-sera-televisado/>>. [Consulta: 19 de Diciembre 2014].
- RUIZ, C. 2011. El reglamento de la ley es mejor para la neutralidad. [En línea]. <<https://www.derechosdigitales.org/1995/el-reglamento-de-la-ley-es-mejor-para-la-neutralidad/>>. [Consulta: 30 Enero 2015].
- RUIZ, L. 2014. Un problema de competencia en la Unión Europea. Madrid. Vol. 14. 17 pp. Disponible en : <<http://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&ved=0CGAQFjAJ&url=http%3A%2F%2Fwww.uax.es%2Fpublicacion%2Fn-problema-de-competencia-en-la-union-europea.pdf&ei=hUXXVIqTKubfsATxzIgwDw&usg=AFQjCNG25mZbp2URFalcZsy29fRtvvXag&sig2=2wIxEQYckfmcLihwS9KjIw&bvm=bv.85464276,d.cWc>>. [Consulta: 4 de Febrero 2015].
- SÁNCHEZ, G. 2008. La reconstitución del mercado norteamericano de telecomunicaciones ante la globalización, el cambio tecnológico y las políticas públicas: Diferencias institucionales, capacidades de innovación

y dinámicas de mercado entre Canadá, Estados Unidos de América y México, [En línea] <<http://www.eumed.net/tesis-doctorales/2011/gsd/Telecomunicaciones%20politicas%20publicas%20tecnologia%20e%20innovacion%20a%20partir%20de%20la%20reestructuracion.htm>> [Consulta: 22 de Septiembre de 2014].

- SANCHEZ, J. 2011. La Neutralidad de la Red: Situación de algunos países y su tutela en la legislación Costarricense. En: Memorias XV Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, Tomo XVII. [En línea] <<http://www.hfernandezdelpech.com.ar/TOMO%20XVIII-MEMORIAS.doc>>. [Consulta: 3 de Septiembre de 2014].
- STURUM, C. 2013. NSA monitoreó los teléfonos de 35 líderes mundiales. [En línea]. Fayerwayer. 24 de Octubre, 2013. <<http://www.fayerwayer.com/2013/10/nsa-monitoreo-los-telefonos-de-35-lideres-mundiales/>>. [Consulta: 18 Diciembre 2014].
- SUBTEL 2014. Resumen estadístico. Septiembre 2014 [En línea] <http://www.subtel.gob.cl/attachments/article/5382/ppt_series_junio_2014.pdf>. [Consulta 28 de Septiembre de 2014].
- SWEETLAND, H. 2015. FCC Votes 'Yes' on Strongest Net-Neutrality Rules. 26 de febrero 2015. [En línea]. <<http://time.com/3723722/fcc-net-neutrality-2/>>. [Consulta: 20 de Marzo 2015].
- TVN. Esto no tiene nombre. Reportaje. [En línea]. <<http://www.24horas.cl/programas/estonotienenombre/esto-no-tiene->

nombre-que-tan-ancha-es-la-banda-302200>. [Consulta: 5 de Abril de 2015].

- UNIÓN EUROPEA. Amendment 237. 2014. [En línea] <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+AMD+A7-2014-0190+237-244+DOC+PDF+V0//EN>>. [Consulta: 7 de Junio de 2014].
- UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA, 2012 Final Judgement [En línea] <<http://www.justice.gov/atr/cases/f200400/200457.htm>>. [Consulta: 22 de Agosto de 2014].
- WINDOWS [En línea] <http://windows.microsoft.com/es-cl/windows-vista/file-transfer-protocol-ftp-frequently-asked-questions>. [Consulta: 20 de Septiembre de 2014].
- WIKIPEDIA, La enciclopedia libre [En línea] <http://es.wikipedia.org/wiki/L%C3%ADnea_de_abonado_digital>. [Consulta: 15 de Enero de 2015].
- WIKIPEDIA, La enciclopedia libre [En línea] <http://es.wikipedia.org/wiki/Inspecci%C3%B3n_profunda_de_paquete>. [Consulta: 15 de Enero de 2015].
- WIKIPEDIA, La enciclopedia libre [En línea] <http://es.wikipedia.org/wiki/Comisi%C3%B3n_Federal_de_Comunicaciones>. [Consulta: 15 de Enero de 2015].

- WIKIPEDIA, La enciclopedia libre [En línea] <http://es.wikipedia.org/wiki/Internet_Protocol>. [Consulta: 15 de Enero de 2015].
- WIKIPEDIA, La enciclopedia libre [En línea] <http://es.wikipedia.org/wiki/Direcci%C3%B3n_IP>. [Consulta: 15 de Enero de 2015].
- WU, T. 2003. Network neutrality, broadband discrimination. Journal of telecommunications and high technology law, v. 2, pp. 141-177. [En línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=388863>. [Consulta: 02 de Junio de 2014].
- WYATT E. 2010. Google and Verizon Near Deal on Web Pay Tiers. [En línea] The New York Times. 4 de agosto de 2010 <<http://www.nytimes.com/2010/08/05/technology/05secret.html>> [Consulta: 11 de Junio de 2014].
- YOO C. 2013. Libertad de expresión y el mito de Internet como una experiencia no intermediada. Revista Chilena de Derecho y Tecnología, Vol. 2, N. 1 Pp. 11-111 [En línea] <<http://www.rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/viewFile/27128/28934>>. [Consulta: 26 de Junio de 2014].

3. Entrevista:

- Huerta, José. En entrevista personal. Calle Suecia N° 1428, Providencia. Entrevistador: Mario Pérez. 28 de Octubre, 2014.

4. Jurisprudencia

- Corte Suprema, Caso Rol 6236-2006: Voissnet S.A. y Fiscalía Nacional Económica contra Compañía de Teléfonos de Chile, sentencia definitiva, 4 de julio de 2007.
- Corte Suprema, Caso Rol 7781-2010: Fiscalía Nacional Económica contra Telefónica Móviles de Chile y otros, sentencia definitiva, 23 de Diciembre de 2011.

ANEXO

GLOSARIO

Dirección IP: es una etiqueta numérica que identifica, de manera lógica y jerárquica, a una interfaz (elemento de comunicación/conexión) de un dispositivo (habitualmente una computadora) dentro de una red que utilice el protocolo IP (*Internet Protocol*).³²⁶

DSL: (*Digital Subscriber Line*) es una familia de tecnologías que proporcionan el acceso a Internet mediante la transmisión de datos digitales a

³²⁶ Wikipedia, La enciclopedia libre [En línea] <http://es.wikipedia.org/wiki/Direcci%C3%B3n_IP> [Última visita el 15-01-2015]

través de los cables de una red telefónica local. Es un término utilizado para referirse de forma global a todas las tecnologías que proveen una conexión digital sobre línea de abonado de la red telefónica básica o conmutada, a esta familia pertenecen las líneas de abonado ADSL, ADSL2, entre otras. En el ámbito de mercadeo de telecomunicaciones, el término DSL suele ser principalmente asociado con línea de abonado digital asimétrica (ADSL), que es la tecnología DSL instalada con mayor frecuencia. El servicio DSL es entregado simultáneamente con el servicio telefónico por cable en la misma línea telefónica. Esto es posible porque DSL utiliza bandas de frecuencia más altas para los datos.³²⁷

DPI: (*Deep packet inspection*), es el acto de inspección realizado por cualquier equipo de red de paquetes que no sea punto final de comunicación, utilizando con algún propósito el contenido (normalmente la parte útil) que no sea el encabezamiento del paquete. Esto se efectúa en el momento en que el paquete pasa un punto de inspección en la búsqueda de incumplimientos del protocolo, virus, *spam*, intrusiones o criterios predefinidos para decidir qué medidas tomar sobre el paquete, incluyendo la obtención de información estadística. Esto contrasta con la inspección superficial de paquetes (usualmente llamada *Stateful Packet Inspection*) que sólo inspecciona el encabezamiento de los paquetes.

Como muchas tecnologías de red, el DPI (y el filtrado) permiten funciones avanzadas de seguridad así como minería de datos, escuchas ocultas y censura. Pese a que la tecnología DPI ha sido utilizada para administrar Internet durante muchos años, algunos defensores de la neutralidad

³²⁷ Wikipedia, La enciclopedia libre [En línea] <http://es.wikipedia.org/wiki/L%C3%ADnea_de_abonado_digital> [Consulta: 15 de Enero de 2015]

de la red temen que la tecnología DPI pueda ser utilizada como competencia deshonesto o para restringir la apertura de Internet.³²⁸

End-to-end [E2E]: El principio del end to end, o extremo a extremo, es uno de los principios estructurales de la red, el cual establece que las funciones de las aplicaciones basadas en Internet deben residir en los extremos de la red y no dentro de ella. Permite a los nodos de la red enviar paquetes a todos los demás nodos sin necesidad de elementos de red intermedios para mantener información de estado acerca de la transmisión. Lo que esto significa es que Internet fue creado como una red "tonta", con dispositivos "inteligentes". La red de tonta no interfiere con el funcionamiento de una aplicación, ni es sensible a las necesidades de una aplicación, y de esta manera que trata a toda la información enviada a través de ella como iguales³²⁹.

FTP: (*File Transfer Protocol*) es un protocolo que sirve para transferir archivos a través de Internet. Por lo general, FTP se usa para poner archivos a disposición de otras personas para que puedan descargarlos, pero también se puede usar para cargar páginas web durante la creación de un sitio web o para poner fotografías digitales en un sitio de uso compartido de fotografías.³³⁰

FCC: (*Federal Communications Commission*) es una agencia estatal independiente de Estados Unidos, bajo responsabilidad directa del Congreso. La FCC fue creada en 1934 con la Ley de Comunicaciones y es la encargada de la regulación (incluyendo censura) de telecomunicaciones interestatales e

³²⁸ Wikipedia, La enciclopedia libre [En línea] <http://es.wikipedia.org/wiki/Inspecci%C3%B3n_profunda_de_paquete>[Consulta: 15 de Enero de 2015].

³²⁹ DALY, A. 2010 Regulatory approaches to net neutrality in Europe and beyond. En: 1st PhD seminar of the International Telecommunications Society, hosted by the Centre for Communication, Media and Information Technologies, Aalborg University in Copenhagen 11-12 September 2010. Pág. 2

³³⁰ Windows [En línea] <<http://windows.microsoft.com/es-cl/windows-vista/file-transfer-protocol-ftp-frequently-asked-questions>>. [Consulta: 15 de Enero de 2015].

internacionales por radio, televisión, redes inalámbricas, teléfonos, satélite y cable. La FCC otorga licencias a las estaciones transmisoras de radio y televisión, asigna frecuencias de radio y vela por el cumplimiento de las reglas creadas para garantizar que las tarifas de los servicios por cable sean razonables. La FCC regula los servicios de transmisión comunes, por ejemplo, las compañías de teléfonos y telégrafos, así como a los proveedores de servicios de telecomunicaciones inalámbricas.³³¹

HTML: Lenguaje de Marcas de Hipertexto. Es un código para la creación de documentos de hipertexto (documento que puede contener enlaces a otros documentos) con los que se definen los sitios web. En palabras simples, se trata de un conjunto de etiquetas que sirven para definir el texto y otros elementos que compondrán una web. Aunque ahora suena simple, la implementación de esta idea en los 90 significó una revolución en la manera de acceder a contenidos y allanó el camino para el crecimiento exponencial de Internet.³³²

ICANN: Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números Organización sin fines de lucro que se encarga de la coordinación general del sistema DNS. Actúa como regulador económico y legal del negocio de los nombres de dominio para los gTLDs (dominios genéricos de nivel superior como “.com”).³³³

ISP: (Internet Service Provider), en español Proveedor de Servicio de Internet, es la empresa que brinda conexión a internet a sus clientes.

³³¹ Wikipedia, La enciclopedia libre [En línea] <http://es.wikipedia.org/wiki/Comisi%C3%B3n_Federal_de_Comunicaciones> [Consulta: 15 de Enero de 2015].

³³² PEÑA, Paz. 2013. ¿Cómo funciona internet? Nodos críticos desde una perspectiva de los derechos. Guía para periodistas. Santiago, ONG Derechos Digitales. Págs. 23-24

³³³ Ídem.

IP: (*Internet Protocol*) en español Protocolo de Internet, es un protocolo de comunicación de datos digitales clasificado funcionalmente en la capa de red según el modelo internacional OSI.

Su función principal es el uso bidireccional en origen o destino de comunicación para transmitir datos mediante un protocolo no orientado a conexión que transfiere paquetes conmutados a través de distintas redes físicas previamente enlazadas según la norma OSI de enlace de datos³³⁴.

P2P: (*Peer to peer*) o redes entre iguales. En una red P2P, los computadores se conectan y comunican entre sí sin usar un servidor central, aprovechando, optimizando y administrando la capacidad de la red (ancho de banda) de modo que usa la mejor ruta entre todos los nodos o computadoras que la conforman, ya que los archivos no salen de un único servidor hacia los clientes sino que los clientes de descarga pueden ir compartiendo los archivos al mismo tiempo³³⁵.

Roaming: O la itinerancia, es un concepto utilizado en comunicaciones inalámbricas que está relacionado con la capacidad de un dispositivo para moverse de una zona de cobertura a otra.

El concepto de itinerancia utilizado en las redes Wi-Fi significa que el dispositivo Wi-Fi del cliente puede desplazarse e ir registrándose en diferentes bases o puntos de acceso.

En telefonía móvil, la itinerancia es la capacidad de enviar y recibir llamadas en redes móviles fuera del área de servicio local de la propia compañía, es decir, dentro de la zona de servicio de otra empresa del mismo

³³⁴ Wikipedia, La enciclopedia libre [En línea] < http://es.wikipedia.org/wiki/Internet_Protocol>. [Consulta: 15 de Enero de 2015]

³³⁵ PEÑA P. Op cit. Pág. 25

país, o bien durante una estancia en otro país diferente, con la red de una empresa extranjera.

Trust to trust: en estos mecanismos la recepción del mensaje por el agente de confianza de una de las partes sustituye la recepción por el receptor final. Este agente es casi siempre el proveedor de servicios de Internet (ISP) y es su regulación lo que está en juego en la neutralidad en la red³³⁶.

TCP: protocolo TCP/IP, que nació de los trabajos de la Agencia de Proyectos Avanzados de Investigación (ARPA, *Advanced Research Project Agency*) del Departamento de Defensa de los Estados Unidos en la década de los sesenta del siglo XX. No obstante, su adopción general no se dio sino hasta los años 80^s, y, para los años 90^s, todos lo tenían.

³³⁶ MARSDEN, C. 2012. Neutralidad de la Red: Historia, regulación y futuro. Revista de Internet, Derecho y Política. N. 13. Pg. 25