

Buscando las raíces constitucionales de las normas sobre la neutralidad de la red

Miguel MORACHIMO RODRÍGUEZ*

A propósito de la propuesta del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel) para regular la neutralidad de la red, el autor analiza la importancia de la regulación de los servicios de Internet y el ejercicio de los derechos fundamentales, como las libertades de expresión y de acceso a la información. Anota, además, que aun cuando formalmente se invoque la defensa de derechos fundamentales, lo cierto es que la regulación del Internet está íntimamente relacionada con el proceso competitivo en el mercado y las empresas que concurren a él.

RESUMEN

La tarea de hacer leyes para entornos digitales representa un reto particular para cualquier Estado, con independencia de su capacidad institucional, tradición jurídica o tendencia. No obstante, pocos mercados tan jóvenes como los sustentados en tecnología y, en especial, Internet están sujetos a una regulación tan intensa en tantos países. Aunque no está sujeta propiamente a regulación tarifaria en ninguna economía moderna, sí se aplican sobre Internet una serie de reglas sobre derechos de autor, delitos informáticos, nombres de dominio, publicidad, difamación, entre otras. Si tomamos en cuenta que solo han pasado un poco más de veinte años desde que se pudo acceder a la primera página web, el conjunto de reglas que se aplican al mercado de

Internet actual es tan grande como el de cualquier mercado clásicamente regulado. Mercados como el de la comunicación postal, el transporte aeronáutico o ferroviario, o la distribución eléctrica sufrieron un proceso de regulación gradual desde su desarrollo hasta su masificación. Podría decirse que ninguno de estos mercados se encontraba tan intensamente regulado como hoy se encuentra la Internet luego de apenas veinte años de inventada la tecnología que lo hace posible.

Esta observación tiene una gran implicancia si partimos de la idea de que la mala o innecesaria regulación puede tener terribles consecuencias para el desarrollo del mercado y, en correspondencia, el bienestar de los

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de Hiperderecho, organización sin fines de lucro dedicada a promover el respeto de los derechos humanos en entornos digitales.

consumidores. Peor aún, cuando la mala regulación tiene como consecuencia el desincentivo a la inversión en innovación y desarrollo, sus consecuencias son muy difíciles de apreciar y cuantificar. En otras palabras, resulta complicado medir la pérdida de aquello que nunca hemos llegado a conocer. Así, por ejemplo, una ley que prohíba o restrinja el uso de cualquier banda del espectro radioeléctrico puede desincentivar a muchas empresas e individuos de desarrollar soluciones inalámbricas que permitan la interoperabilidad de dispositivos y faciliten la vida de millones de personas. Dado que serían inventos que nunca se llegarían a conocer, sería muy difícil determinar lo que perdió la sociedad por no haber tenido acceso a ese tipo de conocimientos. Así, por ejemplo, con una regulación que prohíba el uso de espectro radioeléctrico sin autorización no se hubiese podido desarrollar la tecnología de Internet inalámbrico (wifi).

Otra implicancia de lo apuntado en el primer párrafo es que muchos de los mercados regulados, como el sistema eléctrico o el de transporte ferroviario, fueron regulados cuando ya habían alcanzado cierta madurez. ¿Se podría decir lo mismo de la Internet? Si la regulación, como dice Breyer, es el último recurso para asegurar la salud de un mercado, ¿estamos en ese momento en el que podemos introducir regulación con la seguridad de que no estamos haciendo más daño del que buscamos prevenir?

Es mucho lo que se ha escrito en los años recientes sobre neutralidad de red. La posibilidad de que los proveedores de acceso a Internet como Telefónica o Claro empiecen a ofrecer un trato tecnológicamente diferenciado a los distintos tipos de contenidos y servicios en línea ha sido objeto de amplísimo debate en todo el mundo. Aunque en el marco

La vinculación entre el Derecho Constitucional y las regulaciones de neutralidad de red es un espacio pendiente de estudio y debate.

de este debate a menudo se utiliza como argumento la libertad de los usuarios, casi siempre las razones que terminan protegiendo su regulación son económicas o de libre competencia. En este contexto, este artículo busca encontrar los vínculos entre el modelo regulatorio de neu-

tralidad de red y las garantías constitucionales a los derechos fundamentales. La pregunta que intentaré responder es si puede usarse el marco de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución para sustentar alguna forma de regulación que proteja la neutralidad de red.

Esta es una pregunta particularmente relevante y contemporánea en nuestro país. Aunque contamos con reglas sobre neutralidad de red desde el año 2005, la reciente propuesta de reglamento publicada por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel) en septiembre de 2015 abre un nuevo espacio de debate sobre la idoneidad de este modelo.

La primera sección de este artículo describe el contexto tecnológico dentro del cual se desarrolla el debate sobre la regulación de la neutralidad de red. La segunda sección describe las principales propuestas del proyecto de reglamento publicado por Osiptel. A continuación, la sección tercera analiza en detalle el soporte constitucional del denominado derecho a la libertad de uso de aplicaciones y servicios. Finalmente, la última sección presenta las conclusiones de este trabajo.

I. CONTEXTO

1. Elementos del debate

Aunque existe un debate aparte sobre los límites exactos de su significado, basta con empezar diciendo que la discusión sobre la regulación de la neutralidad de red gira en

torno a la posibilidad de que quienes controlan la infraestructura de comunicaciones que posibilita el acceso a Internet (empresas de telecomunicaciones) puedan alterar el *principio de extremo a extremo* de la red. Este principio es una recomendación técnica que señala que las redes de comunicaciones deben de ser construidas de tal manera que cualquier *inteligencia* o capacidad especial de una red se implemente en los extremos de las redes y no en sus enlaces intermedios. Aunque fue planteado para asegurar reducir el costo y el riesgo de la expansión de una red, es actualmente reconocido como el sustento del principio de neutralidad de red. En virtud de este principio, aplicaciones y servicios nuevos como Facebook o Skype han podido desarrollarse sin necesidad de que las conexiones físicas o los protocolos que hacen posible que accedamos a Internet desde nuestras casas cambien. En otras palabras, se trata de la descentralización de la inteligencia de red hacia los nodos conectados a ella. Una forma alternativa de desarrollar servicios en contra del principio de extremo a extremo sería hacer ajustes en la red del proveedor de conexión antes de desplegar cualquier servicio nuevo. Por ejemplo, modificando la red de Internet para que funcione Skype en lugar de dejar que cada usuario lo instale y lo configure a su gusto.

Durante la primera etapa de desarrollo de Internet, sus usos eran relativamente simples y exigían poco de la red. Actividades como enviar o recibir correos electrónicos, acceder a diarios y publicaciones web o descargar documentos demandaban muy poca velocidad de conexión y capacidad de transferencia. Sin embargo, los usos modernos de Internet hoy se han hecho más complejos que antes. Mirar una película en Netflix, escuchar música a través de Spotify o seguir un evento en vivo mediante YouTube o Periscope son tareas mucho más sensibles a las congestiones y latencias. Mientras que una demora de unos cuantos segundos era imperceptible para quien recibía un correo electrónico, puede ser

imposible de tolerar para quien realiza una videoconferencia. La evolución de los usos preferidos de Internet, con el consecuente incremento del volumen tráfico, está generando nuevos niveles de congestión con los que la infraestructura existente de comunicaciones no puede lidiar en muchos casos. Es en este contexto que muchos fabricantes de dispositivos de red y operadores de telecomunicaciones han empezado a experimentar con prácticas de gestión de red que asignen un trato diferenciado a distintos tipos de tráfico o contenidos con la finalidad de optimizar los recursos de red.

En los primeros años del debate *teórico* sobre neutralidad de red, los bandos estaban claramente definidos. Quienes defendían la neutralidad de red abogaban por exigirles legalmente a los proveedores de servicios a tratar a todas las comunicaciones que envíen y reciban sus usuarios de igual manera sin preferencias de ningún tipo. Había quienes creían indispensable asegurar esta garantía para el desarrollo del mercado y, del otro lado, existían también quienes consideran que el desarrollo del mercado se vería entorpecido por la imposición de una regla estricta de neutralidad de red. En los últimos años, el debate ha pasado de la teoría a la evidencia empírica y ha modulado las posiciones. Actualmente, no queda casi nadie abogando por la protección absoluta del principio de extremo a extremo. Antes que un debate entre quienes no quieren ningún tipo de discriminación y quienes sí la permiten, existe un debate sobre el tipo de discriminación admisible. Es en este espacio en el que se han desarrollado las principales regulaciones sobre neutralidad de red en el mundo: el de determinar qué tipo de prácticas de gestión de red serán consideradas legales respecto de otras.

2. Experiencia regulatoria comparada

En Estados Unidos, la jurisdicción donde empezó el debate, se ha intercambiado el término neutralidad de red por el de Internet

abierta (*Open Internet*). Desde febrero de 2015, en dicho país ningún operador de comunicaciones está autorizado a bloquear o ralentizar contenidos, aplicaciones o servicios legales, así como tampoco aceptar comisiones para tratar con preferencia a alguno de estos¹. Por su parte, el marco regulatorio europeo fue redefinido en octubre de 2015 para prohibir el bloqueo o degradación de cualquier contenido, aplicación o servicio en Internet². De la misma manera, ha quedado prohibida cualquier forma de priorización pagada en el tratamiento del tráfico. Aunque ya existían regulaciones nacionales en Europa, esta ha sido la primera vez en la que se han establecido reglas aplicables a toda la Unión Europea en el contexto de la consecución del mercado único digital. Algo común a ambas regulaciones es la presencia de excepciones. En el marco regulatorio estadounidense, será posible establecer “servicios especializados” que funcionen a través de Internet pero que permitan el trato diferenciado de ciertos contenidos o protocolos (ej. equipamiento médico conectado a Internet). De la misma manera, en Europa se ha permitido la gestión de red razonable solo si se trata diferencialmente a diversas “clases de servicios” y no se lleve a cabo

“Antes que un nuevo derecho a la neutralidad de red o un derecho al uso libre de Internet, estamos frente a un nuevo espacio de ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información.”

por consideraciones comerciales. De la misma manera, ambos cuerpos legislativos establecen excepciones que permiten desviarse de la neutralidad de red cuando: (i) se trate de contenido ilegal o sea determinado por un tribunal; (ii) para preservar la seguridad o la integridad de la red; (iii) para minimizar la congestión

en la red, siempre que sea una medida excepcional.

En nuestra región, el caso más documentado de regulación de neutralidad de red es el de Chile del año 2010³. Este modelo, que ha sido seguido por otros países incluyendo Perú en su ley del 2012, prohíbe cualquier tipo de discriminación o trato diferenciado a contenido legal siempre que se considere “arbitrario”⁴. Al igual que sus pares de otras regiones, la norma chilena también estableció como excepción la gestión de tráfico y/o administración de red razonable y cualquier acción que se lleve a cabo sobre contenido considerado ilegal.

3. ¿Qué protegen las normas sobre neutralidad de red?

Al repasar distintas exposiciones de motivos y artículos de opinión sobre neutralidad de

1 Una revisión más detallada del nuevo marco legal en Estados Unidos puede leerse en: MORACHIMO, Miguel. “El advenimiento de la anticipada neutralidad de red para Estados Unidos”. En: *Blawyer* (blog). 06/04/2015. En: <<http://www.blawyer.org/2015/04/06/el-advenimiento-de-la-anticipada-neutralidad-de-red-para-estados-unidos/>>.

2 COMISIÓN EUROPEA. “Bringing down barriers in the Digital Single Market: No roaming charges as of June 2017”. 30/06/2015. En: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5927_en.htm>.

3 Aunque fue presentado como “el primer país en regularla”, esta es una afirmación contestable desde la propia experiencia peruana, que contaba con reglas desde el 2005. Así mismo, en muchos otros países el servicio de acceso a Internet ya estaba considerado como un servicio público de telecomunicaciones y, por ende, sujeto a obligaciones de no discriminación o bajo reglas específicas para la integración vertical.

4 Ley N° 20.453, que consagra el Principio de Neutralidad en la Red para los consumidores y usuarios de Internet. Publicada el 26 de agosto de 2010. En: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1016570&buscar=NEUTRALIDAD+DE+RED>>.

red, se diferencian cuatro principales justificaciones para su regulación. Los motivos que sirven para sostener la necesidad de regulaciones de este tipo son (i) el libre derecho al acceso a la información de las personas; (ii) la necesidad de evitar que los proveedores de conexión perjudiquen a sus competidores en la capa de servicios, aplicaciones y contenidos; (iii) la necesidad de contar con un campo de juego equilibrado para todos los competidores, grandes o pequeños; y (iii) el derecho de los usuarios del servicio de conexión a Internet a recibir aquello que contrata sin modificaciones o interferencias.

En otras palabras, no solo hay justificación técnicas o económicas y de libre competencia que sirven para justificar la neutralidad de red. Como se aprecia, solo la primera está sustentada en un argumento constitucional mientras que las tres siguientes, aunque tienen un soporte de derechos, invocan principios de libre competencia o de protección al consumidor que escapan del enfoque temático de este artículo.

El bloqueo o la degradación de un contenido, aplicación o servicio implica que un usuario de esa conexión no podrá acceder de forma irrestricta al contenido de Internet. Para quienes sostienen este argumento, esto constituye una afectación al derecho a la libertad de expresión entendido no solo como la libertad de informar, sino también como la de

informarse⁵. De la misma manera, se sostiene que ciertas prácticas de gestión de red, como el análisis de los paquetes de datos para su trato diferencial, pueden afectar también el derecho a la privacidad de las personas, dado que el íntegro de sus comunicaciones es procesado para poder ser diferenciado.

Sobre estas justificaciones, las regulaciones sobre neutralidad de red en diversas jurisdicciones han creado el derecho a la “libertad de uso de aplicaciones, protocolos y servicios de Internet”. La configuración exacta de este derecho será analizada en la tercera sección.

II. LA PROPUESTA DE OSIPTEL

Perú contaba con normas sobre neutralidad de red desde el año 2005, cuando el hoy derogado Reglamento de Calidad prohibía a las empresas que brindaban servicio de acceso Internet bloquear o limitar el uso de alguna aplicación, salvo a solicitud expresa del abonado⁶. Esta norma se introdujo casi de incógnito y se aplicó en muy pocos casos, pese a que señalaba a Osiptel como el responsable de aprobar cualquier supuesto excepcional de desviación del principio.

En el 2012, el Congreso peruano llegó a la conclusión de que era necesario volver a referirse al tema, y se incluyó sin debate previo en la Ley de Promoción de Banda Ancha un artículo sobre la “libertad de uso de aplicaciones o protocolos de Banda Ancha”⁷. Dicho

5 BELLI, Luca. “End-to-End, Net Neutrality and Human Rights.” En: *Net Neutrality Compendium. Human Rights, Free Competition and the Future of the Internet*. Zürich: Springer, 2016, p. 19 y ss.

6 Resolución de Consejo Directivo N° 040-2005-CD/Osiptel

Artículo 7.- “Los operadores locales que brinden servicio de Internet y/o ISP’s no podrán bloquear o limitar el uso de alguna aplicación, en ningún tramo (Usuario-ISP-ISP-Usuario) que recorra determinada aplicación. Esta prohibición alcanza al tráfico saliente y entrante internacional, salvo aquellas a solicitud expresa del abonado o usuario y/o algunos casos excepcionales por motivos de seguridad, los cuales deben ser comunicados y estarán sujetos a aprobación de Osiptel”.

7 Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica

Artículo 6.- Libertad de uso de aplicaciones o protocolos de Banda Ancha “Los proveedores de acceso a Internet respetarán la neutralidad de red por la cual no pueden de manera arbitraria bloquear, interferir, discriminar ni restringir el derecho de cualquier usuario a utilizar una aplicación o protocolo, independientemente de su origen, destino, naturaleza o propiedad. El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - Osiptel determina las conductas que no serán consideradas arbitrarias, relativas a la neutralidad de red”.

artículo obligaba textualmente a los operadores a respetar la neutralidad de red, según la cual no podrían de manera arbitraria bloquear, interferir, discriminar ni restringir el derecho de cualquier usuario a utilizar una aplicación o protocolo, independientemente de su origen, destino, naturaleza o propiedad. Al año siguiente, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones precisó y amplió el alcance de esta obligación cuando aprobó el Reglamento de la Ley de Promoción de Banda Ancha⁸. En el artículo 10 de este Reglamento se señaló expresamente que si algún proveedor de acceso a Internet quería llevar a cabo prácticas de gestión de red debía de contar con la autorización previa de Osiptel, quien quedaba obligado a evaluar la arbitrariedad de la medida.

Así, desde noviembre de 2013, Osiptel había quedado encargado de dotar de contenido a esta obligación señalando lo que se consideraría arbitrario y el procedimiento para obtener autorizaciones especiales. Tras una

ronda de consultas formales y reuniones privadas con los operadores a lo largo de todo el 2015, finalmente, en septiembre presentó su propuesta⁹.

El aspecto más polémico de la propuesta de Osiptel realmente no es original de ella. La obligación de que todas las ofertas de acceso a Internet que de alguna manera lleven a cabo prácticas de gestión o administración de red pasen por un procedimiento de autorización previa está de alguna manera insinuada en la Ley y explícito en el Reglamento de Banda Ancha vigentes. Sin embargo, parece no tener antecedentes en el mundo. En otras legislaciones, las operadoras son libres de ofertar los servicios que deseen y solo posteriormente pueden ser analizados o sancionados por el regulador. En cambio, en nuestro país, desde el Reglamento de la Ley de Banda Ancha, se determinó que sería Osiptel quien implemente un sistema de aprobación previa y conductas previamente verificadas como no arbitrarias.

8 Decreto Supremo N° 014-2013-MTC, Reglamento de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal de Fibra Óptica

Artículo 10.- Libertad de uso de aplicaciones o protocolos de Banda Ancha - neutralidad de red “10.1. Los Proveedores de Acceso a Internet y los Operadores de Telecomunicaciones, no podrán limitar el derecho de un usuario a incorporar o utilizar cualquier clase de dispositivo o equipo terminal en la red, siempre que los mismos se encuentren debidamente homologados, no dañen o perjudiquen la red, y sean técnicamente compatibles con la red. Asimismo, los Operadores de Telecomunicaciones no deberán restringir, bloquear o inhabilitar arbitrariamente funciones o características originales de los dispositivos o equipos terminales que comercialicen en el territorio nacional, que impidan el libre uso de protocolos, aplicativos o servicios de Banda Ancha. 10.2. En caso algún Proveedor de Acceso a Internet u Operador de Telecomunicaciones pretenda implementar medidas de gestión de tráfico, administración de red, configuraciones de dispositivos o equipos terminales, u otras que sustentadas en cualquier motivo pudieran bloquear, interferir, discriminar, restringir o degradar cualquier tipo de tráfico, protocolo, servicio o aplicación, independientemente de su origen, destino, naturaleza o propiedad; deberá contar previamente con la autorización del Osiptel, quien deberá pronunciarse sobre la arbitrariedad de la medida. 10.3. Se exceptúan de la obligación dispuesta en el numeral precedente, aquellos casos previamente calificados por el Osiptel como no arbitrarios, los que obedezcan a medidas de emergencia para la gestión de sus redes o los casos en que el Proveedor de Acceso a Internet o el Operador de Telecomunicaciones actúe en cumplimiento de un mandato judicial. 10.4. El Osiptel publicará en su portal de Internet el resultado de las decisiones que su Consejo Directivo emita en virtud de lo dispuesto en el numeral 10.2, indicando al menos el nombre del Proveedor de Acceso a Internet u Operador de Telecomunicaciones que ha realizado la solicitud, así como el detalle de las restricciones solicitadas. Asimismo, publicará un listado de los procedimientos concluidos relacionados al incumplimiento de las decisiones que adopte el Osiptel en materia de neutralidad de red. 10.5. El Osiptel podrá dotar a sus pronunciamientos en mención, de la calidad de precedente administrativo de observancia obligatoria, en conformidad con lo dispuesto por la Ley N° 27444.

9 El proyecto de “Reglamento sobre neutralidad de red” fue publicado por Osiptel mediante Resolución de Consejo Directivo N° 104-2015-CD/Osiptel el 8 de setiembre de 2015. También está disponible en: <<http://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/par/104-2015-cd-osiptel/Res104-2015-CD.pdf>>.

Siguiendo este modelo, Osiptel ha establecido en su propuesta de reglamento tres grandes categorías aplicables a las prácticas de administración o gestión de red: (i) las que estarán siempre prohibidas (medidas arbitrarias); (ii) las que estarán siempre permitidas; y (iii) las que podrían ser previamente autorizadas por Osiptel. Según su exposición de motivos, el principal criterio utilizado para diferenciar entre estas prácticas es el grado en el que afectan la libertad de los usuarios de utilizar o cursar cualquier tráfico, protocolo, servicio o aplicación que elijan a través de Internet. Además del “principio de libre elección”, la ley expresamente señala que la actuación de Osiptel debe regirse por los principios de no discriminación, necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

Bajo la perspectiva constitucional, muchas regulaciones sobre neutralidad de red pueden ser consideradas en sí mismas afectaciones a la libertad de expresión e información.

- Conforme a estos criterios, medidas como el filtrado o bloqueo de servicios o aplicaciones y las de gestión de ancho de banda serán consideradas como medidas arbitrarias. Por ende, siempre estarán prohibidas, salvo que excepcionalmente la empresa operadora solicite al regulador un permiso para imponer temporalmente estas restricciones.
- Otro grupo de medidas de administración o gestión de red siempre estarán permitidas como: (i) las que obedezcan a una orden judicial; (ii) las que se tomen en situaciones de emergencia; (iii) el almacenamiento temporal de contenidos por parte del operador; (iv) el filtrado o bloqueo a solicitud del abogado; y (v) el filtrado o bloqueo en cumplimiento de contratos especiales con el Estado. En la mayoría de estos casos, aunque no es necesaria una autorización previa por parte del regulador, las empresas operadoras sí están

obligadas a comunicar de la implementación de la medida a Osiptel.

- Además de estos dos grupos, el reglamento ha reconocido un conjunto de medidas que podrán implementarse previa autorización de Osiptel que incluye: (i) las de diferenciación por diseño comercial del producto (entre otras, las de *zero rating*); (ii) la gestión de direcciones IP; (iii) la duración de la sesión dinámica en la red; y (iv) cualquier otra de este tipo que ya haya sido previamente aprobada respecto de otra empresa por el regulador.

De la lista de de medidas clasificadas por Osiptel, tres aspectos llaman particularmente la atención. El primero es el tratamiento de las medidas de gestión de ancho de banda. Conforme están descritas en el proyecto y en su justificación, cualquier medida de priorización de tráfico o racionalización de recursos podría entrar en esta categoría. No se trata de aquellas que filtren o bloqueen servicios (que están prohibidas en el artículo siguiente), sino de las que, permitiendo el flujo de toda clase de aplicación o servicio, brindan un tratamiento especial a cierta categoría o establecen diferenciaciones en su prioridad de entrega. La Exposición de Motivos no distingue el filtrado de la priorización y es enfática al señalar que la aplicación de estas medidas posee “una fuerte potencialidad de discriminar, restringir y hasta degradar el flujo de datos”. Por esto, se encuentran de plano prohibidas y solo podrían ser autorizadas en casos excepcionales por Osiptel, cuando se acredite que son necesarias para “garantizar el adecuado funcionamiento de la red”.

Otro aspecto polémico es el tratamiento de las ofertas de *zero rating*. En el proyecto de reglamento, este tipo de prácticas están

comprendidas bajo la clasificación de medidas de diferenciación por diseño comercial del producto. Aunque su definición no es del todo clara, se entiende que alcanzan cualquier práctica que implique brindar ofertas diferenciadas en servicios de acceso a Internet sin llevar a cabo gestión de red. Así, en lugar de alterar la forma en la que viaja la información hasta el usuario, las empresas operadores simplemente tratan distinto la facturación de cierto tipo de tráfico. Es el caso de las ofertas que permiten al usuario acceder a un contenido o aplicación sin que ello se descuente de su cuota de navegación (ej. Facebook gratis con Entel) o a una tarifa plana promocional (ej. redes sociales a 1 sol). Con acierto, Osiptel reconoce que esta medida puede resultar beneficiosa en algunos casos y en otros puede generar serios daños a la competencia o a la libertad de elección de los usuarios. Por eso, plantea que cualquier oferta de este tipo debe de ser autorizada previamente por el regulador, quien calificará si la medida resulta positiva o negativa para el mercado y los usuarios.

Un tercer asunto controvertido en la norma son los casos en los que Osiptel se ha reservado el derecho genérico de incluir nuevas prácticas dentro de algunas de estas categorías. Así, según su propuesta, Osiptel queda libre de determinar en el futuro nuevas medidas arbitrarias o nuevas medidas que requerirán de autorización previa. Sin embargo, no se señala el procedimiento o las circunstancias bajo las cuales Osiptel puede tomar esta decisión ni se establece un marco específico de razones por las que puede llegar a hacerlo.

Complementariamente, el reglamento obliga a las empresas a notificar a sus usuarios sobre la implementación de cualquier medida relativa a la neutralidad de red a través de su página web y también mediante correo electrónico o mensaje de texto. En correspondencia, todas las decisiones que emita Osiptel autorizando o rechazando medidas deberán ser publicadas por el regulador en su página web.

Pese a la relevancia del tema, la propuesta de Osiptel no ha recibido toda la atención que merece entre la opinión pública. Sin embargo, es pertinente reconocer el esfuerzo que ha hecho Osiptel por difundir esta propuesta y organizar más de un espacio público de discusión y consulta. Aunque los eventos no tuvieron la difusión que merecían, este proceso debe reconocerse como un precedente positivo para la discusión de políticas públicas sobre tecnología en nuestro país. Durante los varios meses que duró el periodo de comentarios, la página web de Osiptel muestra más de veinte comunicaciones recibidas de diversas empresas, gremios y organizaciones de la sociedad civil. A la fecha de redacción de este artículo, sin embargo, todavía no se conoce el texto final del reglamento.

III. EL DERECHO A LA “LIBERTAD DE USO DE INTERNET”

Como se aprecia en las dos primeras secciones, mediante la regulación de la neutralidad de red se ha intentado crear un nuevo derecho denominado la libertad de uso de aplicaciones, contenidos y servicios en Internet. En esta sección, analizaré el emparentamiento de este derecho con nuestro marco actual de derechos constitucionales y la forma en que resulta más o menos protegido a través de la propuesta de Osiptel.

Resulta indudable que Internet es una herramienta para el ejercicio de derechos fundamentales. Gracias a las posibilidades que brinda esta tecnología, muchas personas pueden publicar contenidos, difundir opiniones, acceder a distintas noticias, sostener reuniones y asambleas, proteger su privacidad, entre otros. Sin necesidad de entrar en el debate sobre si existe o no un derecho a “acceder a Internet”, sí puede decirse que el ejercicio de derechos fundamentales a través de Internet debe estar igualmente reconocido en los casos en los que estos se ejercen a través de otros medios como la prensa escrita o los espacios públicos.

El derecho a la “libertad de uso de Internet”, entendido negativamente como la prohibición de que cualquier operador de telecomunicaciones filtre o bloquee el contenido, parece más bien una aplicación del derecho constitucional a la libertad de expresión e información.

Así, lo que realmente parece proteger es que un tercero no altere la manera en la que se accede a diversos contenidos o servicios en línea. Este es un efecto fácil de apreciar en los casos en los que existe un bloqueo o una degradación de contenidos. Por ejemplo, si un operador decide bloquear la página web de un diario que acaba de publicar una denuncia que compromete sus intereses o si se decide hacer lenta la distribución de un documental que denuncia la corrupción de la propia empresa o de sus vinculadas. Sin embargo, es mucho más difícil sostener una afectación al derecho a la libertad de información cuando la práctica de gestión de red consiste en asignar un trato preferente a cierto contenido (priorización) mientras que el resto de servicios y aplicaciones son despachadas de manera normal al usuario. Este es el caso de un operador que puede vender un paquete especial donde servicios como Netflix carguen más rápidamente. ¿Puede hablarse de una afectación a un derecho constitucional a la libre información?

Adicionalmente, existen diversos factores que pueden afectar el libre acceso a Internet de cualquier ciudadano. El primero es el costo del acceso, que en países con un déficit de infraestructura de comunicaciones como el nuestro tiende a ser prohibitivo para amplios sectores de la población. De la misma manera, otros elementos como malas configuraciones del equipo terminal, computadoras defectuosas, conexiones lentas

Las normas sobre neutralidad de red están orientadas a proteger el proceso competitivo en los mercados en Internet y a asegurar la libre competencia entre sus concurrentes.

o incluso la ausencia de energía eléctrica pueden afectar también este derecho. Por estas razones, este derecho debe de ser mejor entendido como un “derecho programático” similar al derecho al agua o al trabajo. De su aplicación no puede sostenerse la gratuidad del acceso a Internet ni tam-

poco demandarse las condiciones óptimas para hacerlo sin que medie una contraprestación por parte de quien solicita el acceso.

En este contexto, las regulaciones de neutralidad de red también imponen restricciones a la libertad de uso de aplicaciones, protocolos y servicios de Internet a través de sus diversas excepciones. En muchos casos, estas excepciones tienen una justificación técnica, pero también existen excepciones de naturaleza legal.

Una de las más populares y menos desarrolladas es la justificación del “contenido legal”. Esta excepción abre la puerta a que los Estados, a través de otras legislaciones o decisiones jurisprudenciales, puedan ordenar a los operadores el bloqueo o afectación de determinados contenidos en línea. En la práctica, esto significa que el Estado se reserva el derecho de limitar la libertad de información de los usuarios para los casos en los que considere que cierto contenido es ilegal (ej. difamatorio, infractor de los derechos de autor, entre otros).

Otra excepción igualmente indefinida es la que admite cualquier forma de discriminación de tráfico siempre que se considere “no arbitraria”. La forma en la que esto se determina varía según la jurisdicción, y en la reciente propuesta de Osiptel se apunta a un régimen de actividades permitidas sujetas a autorización previa. En buena cuenta, esto

significa dejar abierto un abanico de prácticas que, aunque materialmente afecten la forma en la que un usuario accede a Internet, al ser consideradas como “no arbitrarias” podrán ser implementadas por el operador.

Como se aprecia, aunque es fácil definir, resulta muy difícil encontrar el contenido constitucionalmente protegido de este derecho. La diversidad de situaciones que el estado actual de la tecnología de acceso a Internet puede generar solo logra hacer más complejo el análisis. Por esto, resulta importante reflexionar sobre la forma más adecuada en la que debe llevarse a cabo la evaluación sobre la afectación. Es decir, si es que estas deben estar previamente categorizadas o si debe realizarse un análisis caso por caso en forma previa o posterior a la implementación de la medida. La experiencia en la evaluación de afectaciones a la libertad de expresión nos hacen pensar que la mejor opción puede ser un análisis caso por caso posterior a la implementación de la medida.

CONCLUSIONES

La vinculación entre el Derecho Constitucional y las regulaciones de neutralidad de red es un espacio pendiente de estudio y debate. Como lo ha intentado demostrar este artículo, antes que un nuevo derecho a la neutralidad de red o un derecho al uso libre de Internet, estamos frente a un nuevo espacio de ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información.

Bajo la perspectiva constitucional, muchas regulaciones sobre neutralidad de red pueden ser consideradas en sí mismas afectaciones a la libertad de expresión e información. No son pocas las que contienen excepciones legales que pueden dar pase a escenarios de censura previa o de bloqueo de expresiones u opiniones que resulten contrarias a los intereses de agentes estatales. Aunque se usa como justificación el derecho a la libertad de expresión, la configuración y desarrollo de las normas sobre neutralidad de red están orientadas a proteger el proceso competitivo en los mercados en Internet y a asegurar la libre competencia entre sus concurrentes. ■