

La regulación de la Neutralidad de la Red en Latinoamérica¹

Investigación del CELE desarrollada por Paula Vargas

Introducción: La Neutralidad de la Red en el marco de la convergencia de la industria de los contenidos y la industria de las telecomunicaciones

En una suerte de efecto contagio, luego del puntapié inicial dado por Chile en el año 2010, varios países de la región Latinoamericana comenzaron a adoptar legislativamente la regla de la Neutralidad de la Red.

La regla o principio de la Neutralidad de la Red deriva de las propias características de la Internet, y que fue conceptualizado en la academia (como tantos otros relevantes para la Internet, que genera fenómenos novedosos de describir) por Tim Wu, Profesor de la Facultad de Derecho de Columbia, en su famosa investigación **“Network Neutrality-Broadband Discrimination”** (2002). Dijo Wu que:

“La mejor forma de definir la neutralidad de la red es como un principio de diseño. La idea es que una red de la información que maximice la utilidad para el público aspira a tratar todos los contenidos, sitios y plataformas igualmente. Esto permite a la red transportar todas las formas de información y soportar todos los tipos de aplicaciones. El principio sugiere que las redes de la información son, en su mayoría, más valiosas cuando son menos especializadas -cuando son plataformas para múltiples usos, presentes y futuros”².

La Neutralidad de la Red responde al principio de “Innovation without permission” y en la práctica, busca prevenir que los proveedores de servicios de transporte y enrutamiento de datos en la Internet (ISP, por sus siglas en Inglés) puedan bloquear o discriminar contenidos de forma irrazonable, sea por precio o calidad. Es por esto que Neutralidad de la Red es muchas veces un sinónimo de Internet Abierta o Internet Libre.

El fin último de esta regla es mantener la arquitectura de Internet tal como fue concebida, esto es, una autopista en la cual la información circula libremente y en condiciones de igualdad, sin otra gestión más que la necesaria para asegurar el tráfico. Por supuesto éste no es un fin en sí mismo, sino que responde a la extraordinaria utilidad de Internet como herramienta de libertad de expresión, de intercambio de conocimiento, etc. Permitir el bloqueo o la discriminación de contenidos por parte de los ISP, desde el punto de vista de la democracia, les otorgaría una poderosísima arma de censura puesta al servicio de intereses privados y desde el punto de vista económico, les garantizaría situaciones cuasi monopólicas que llevarían a una rápida concentración del mercado de las comunicaciones y de los contenidos.

Entre el Derecho Humano a la libre expresión, por un lado, y el derecho de las empresas a desarrollar sus negocios y a innovar, por el otro, la Neutralidad de la Red como principio luego convertido en ley, ha venido a poner un marco a estos intereses.

¹ This work is licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0 Unported Licence. You are free to copy, distribute and display this work and to make derivative works, provided you give credit to the Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información, do not use this work for commercial purposes and distribute any works derived from this publication under a licence identical to this one. To view a copy of this licence, visit: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/>.

² http://www.timwu.org/network_neutrality.html

A este respecto, es interesante observar como la regulación de la Neutralidad de la Red impacta de una manera singular en el negocio de las comunicaciones. Es decir, la Neutralidad es un concepto que responde a una cierta filosofía sobre la Internet y que se entrelaza con las realidades comerciales de los negocios de las comunicaciones.

Ahora bien, este concepto no surge de la teoría sino de la práctica, de haber comprendido como evolucionarían ciertos negocios y del impacto que ello tendría en los Derechos Humanos de los usuarios de la Internet. Son los resabios de una Internet que nació para comunicar, no para lucrar, pero que potenció infinitamente distintos modelos de negocios y donde nadie quiere salir perdedor.

La experiencia de los Estados Unidos en cierta forma está mostrando crudamente el problema. La Federal Communications Commission (FCC) llevaba muchos años queriendo declarar regulatoriamente la Neutralidad de la Red. Este intento fue litigado sistemáticamente por la empresas de Telecomunicaciones quienes argumentaban que la FCC carecía de las competencias necesarias para regular Internet. Finalmente la FCC, luego de un fallo adverso, debió reformar su regulación incluyendo a los servicios de "broadband" dentro de los llamados "common carriers" sobre los que sí tenía competencia.

Este proceso contó con una participación sin precedentes de la "comunidad de Internet" en defensa de sus derechos civiles digitales. Podría decirse que el "Interés Público" lo hizo, no fue Obama, ni la justicia, ni el Chairman de la FCC. Fueron los **4.000.000 de ciudadanos –quebrando todos los records de participación- que enviaron comentarios al proyecto de regulación, las ONG, las Universidades, los artistas, las Pequeñas y Medianas empresas (Pymes), los usuarios, que utilizaron cada medio de campaña disponible, los que consagraron la Neutralidad de la Red el 26 de Febrero de 2015, en Los Estados Unidos³. Concretamente, la Orden de la FCC declara las reglas de "Non Blocking", "Non Degrading" y "Non Paid Priorization". La altísima participación de pequeñas empresas y ciudadanos fue vista como una evolución en comparación con los primeros años del debate en que la participación de las grandes empresas de Internet fue más relevante.⁴**

Google Inc. se unió en los comienzos del debate a Verizon para impedir que la neutralidad de la red fuera aplicada a los servicios móviles. Luego permaneció en silencio y en el último tramo expresó su apoyo a una Internet libre y abierta, a través de su campaña "Take Action"⁵. Facebook, Amazon, Microsoft, Netflix (una de las más afectadas si la regla propuesta por la FCC permitía la provisión de servicios con distintas velocidades de acceso), Ebay, Skype, manifestaron su apoyo a la Neutralidad de la Red y su rechazo al modelo de "fast-lane, slow-lane" que en un momento intentó implementar la FCC.⁶

La Neutralidad de la Red fue finalmente adoptada por la FCC, lo cual es, por supuesto, un dato importantísimo a nivel regulatorio, que marca en cierta forma, el futuro del mercado de las telecomunicaciones y de la innovación en Internet. La regulación llegó justo a tiempo ante un mercado que se concentra cada vez más, con la fusión de Cablevisión por parte de Time Warner, o la fusión de Direct TV con AT&T, o la fusión de AOL con Verizon, o la más local compra de Nextel por parte del Grupo Clarín, el mayor multimédios de la Argentina⁷; todas estas operaciones ocurrieron en los últimos dos años y demuestran la fuerte tendencia a la convergencia entre los contenidos y las comunicaciones.

El trasfondo de los negocios no puede ser dejado de lado en la discusión sobre Neutralidad de la red. La concentración entre dueños de redes de telecomunicaciones, dueños de empresas proveedoras de servicios de Internet y dueños de empresas de contenidos dio un alerta sobre el potencial efecto

³ Federal Communications Commission, FCC adopts strong and sustainable rules to protect open Internet, <http://www.fcc.gov/document/fcc-adopts-strong-sustainable-protect-open-internet>

⁴ McMillian Robert, for Wired, How Google silence helped win Net Neutrality, February 26, 2015. Available at <http://www.wired.com/2015/02/google-net-neutrality/>

⁵Google Take Action

https://www.google.com/takeaction/action/freeandopen/index.html?utm_medium=social&utm_source=facebook&utm_campaign=netneutrality

⁶Engine.is

http://engine.is/wp-content/uploads/Company_Sign_On_Letter_051414.pdf

⁷ Crettaz, José para La Nación, Grupo Clarín pagó u\$s178 millones por Nextel Argentina, 31 de Septiembre de 2015, Available at <http://www.lanacion.com.ar/1827933-grupo-clarin-pago-us-178-millones-por-nextel-argentina>

restrictivo de la libertad de expresión⁸ y nace entonces la Neutralidad de la Red como un criterio jurídico para mantener estas áreas separadas. El negocio y la tecnología convergen hasta el límite que les impone la obligación de respetar la Neutralidad de la Red. La saga por la aprobación de la Neutralidad de la Red que experimentó la Federal Communication Commission de los Estados Unidos demuestra que en el núcleo del problema se encuentra la regulación de conductas anti-competitivas. Comcast, uno de los mayores proveedores de acceso a Internet del país (que diferenciaba paquetes de datos) fue el primer proveedor en litigar las facultades de la FCC para imponer reglas de Neutralidad de la Red y logró frenar la regulación por un tiempo. Años después –con las reglas de Neutralidad de la red otra vez vigentes- debió desistir de la compra de Time Warner Cable por la sospecha de monopolio que despertaba la fusión del mayor proveedor de Internet (mas de la mitad de los suscriptores del país, y que ya había comprado Universal años atrás) con el mayor proveedor de cable (más de un tercio de los suscriptores del país).⁹ Mejor suerte corrió la fusión de AT&T con DirectTV, no obstante lo cual FCC impuso como condición para su aprobación que AT&T extienda substancialmente la red de acceso a Internet y que "refrain from imposing discriminatory usage-based allowances or other discriminatory retail terms and conditions on its broadband internet service,"¹⁰, lo cual demuestra que Neutralidad de la Red y regulación de la competencia son dos caras de la misma moneda, al menos en la mente de los Comisionados de la FCC.

Algunos estudios académicos han no obstante puesto en duda que la Neutralidad de la Red solucione realmente deficiencias del mercado, o que exista en realidad algún problema real a ser resuelto. La integración vertical no necesariamente sería mala para el consumidor y la Neutralidad de la Red no necesariamente sería buena, de acuerdo a éstos.¹¹

La regla de la Neutralidad de la Red es el remedio regulatorio para mantener separadas a estas dos industrias y evitar así la casi segura restricción a la libertad de expresión que ocurriría cuando las

⁸ Waterman, David; Choi Sujin, Non Discrimination rules for ISP and vertical integration, lessons from Cable Television, Telecommunications Policy: "A prominent aspect of this question is how vertical ownership ties between ISPs and content suppliers might affect Internet users' access to information (FCC, 2009b). The potential threat of joint ISP/content ownership on content supply was discussed in the FCC's October, 2009 NPRM proposing the Open Internet rules and in the 2010 Report and Order; and it clearly motivated extensive FCC and U.S. Dept. of Justice reviews of the Comcast/NBC-Universal merger, which as approved in January, 2011 combines a major ISP and cable TV operator (Comcast) with substantial television programming assets (NBC-Universal) (FCC, 2011; DOJ, 2011). The broad premise of this paper is that the experience of the cable television industry, which has a well-studied history of both vertical and horizontal ownership ties, offers useful parallels to the current network neutrality issues.", Indiana University, August 2011. Available at http://www.indiana.edu/~telecom/people/faculty/waterman/Network_neutrality_TelecomPolicy.pdf

⁹ Fung, Brian, for The Washington Post, *The latest Time Warner Cable merger isn't Comcast all over again, execs argue*, May 26, 2015, Available at: <https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2015/05/26/the-latest-time-warner-cable-merger-isnt-comcast-all-over-again-exec-argue/>

¹⁰ Kastrenakes, Hacob, for The Verge, FCC aproves AT&T-DirectTV merger, July 24, 2014. Available at: <http://www.theverge.com/2015/7/24/8876267/att-directv-merger-approved>

¹¹ Juliane Fudickar, Freie Universität Berlin, BDPEMS, Working Paper Series 2015-2014, Net Neutrality, Vertical Integration, and Competition Between Content Providers, September 7, 2015
Manne, Geoffrey A. and Sperry, Ben, Vertical Integration, Paid Prioritization and the Marketplace Realities that Undermine the FCC's Open Internet Rules "the paper will propose that the FCC isn't really concerned with neutrality, but with competition. Content-provider initiated non-neutrality faces no such animus from the FCC. The questions that must be answered - and that to date remain steadfastly unanswered - are whether ISPs really are exceptional, whether they really deserve to be singled out, whether consumers will really benefit, and whether the benefits of doing so will really outweigh the costs. Unless and until these questions are answered sufficiently to justify special rules, existing antitrust and consumer protection laws (of general applicability) are sufficient to regulate any possible competition problems", (March 31, 2015). Available at SSRN:<http://ssrn.com/abstract=2588208>

empresas de telecomunicaciones prioricen el uso de las redes para sus propios contenidos por sobre los de sus competidores. Por supuesto, lo que sucede en los Estados Unidos es una saga que no ha acabado aún. Los ISP rechazan ser clasificados como “common carriers”, lo que los somete a una severa regulación que hasta el momento no tenían. Es decir, ya no combaten la regla de Neutralidad pero si la clasificación que le permite a la FCC regular dicha regla. Es importante advertir que las obligaciones derivadas de la Neutralidad de la Red están claramente dirigidas a los operadores de redes, no a la capa de aplicaciones de la Internet (“over the top”, llamados servicios OTT).

En esta pelea, las empresas OTT quieren permanecer ajenas, pero no lo han logrado del todo. Uno de los motivos ha sido el constante embate de las empresas de telecomunicaciones por reforzar la presión regulatoria sobre las OTT. Las empresas de Telecomunicaciones pretenden que Internet esté tan regulada como lo esta su industria ya que en la práctica, los servicios tradicionales de estas empresas están siendo reemplazados por los servicios de las OTT.

Por otro lado, algunos modelos de negocio alinean a las OTT con las empresas de Telecomunicaciones, ya que pese a las enormes diferencias que las separa, las une la infraestructura. Las empresas de Telecomunicaciones necesitan contenido para transmitir y las OTT necesitan la infraestructura para transmitir su contenido.

Es muy interesante el análisis sobre el futuro próximo de las comunicaciones en la Argentina, que hace Martín Becerra¹², Profesor Doctor en Ciencias de la Comunicación de la Universidad de San Martín, quien explica:

“Esta etapa será testigo de los cruces entre telecomunicaciones y medios audiovisuales autorizados ahora por ley (ya que de hecho esos cruces existen con la presencia de Telefónica en Telefe). En la lucha por la supervivencia, los viejos multimedios se sienten amenazados y perciben a las telefónicas como depredadores. Estas, a su vez, recelan de reglas de neutralidad de la red consagradas en “Argentina Digital” porque intentan bloquear el advenimiento de especies todavía más movedizas y globales, como Google o Facebook.”

Por otra parte, desde la perspectiva de la sociedad civil, la Neutralidad de la Red funciona como una garantía de acceso a la innovación. Es un obstáculo a los monopolios de “hecho” de los incumbentes. En los Estados Unidos, y tal vez a nivel global, una referente en este debate fue la profesora de la universidad de Stanford, Bárbara van Schewick, quien llevó adelante un profundísimo estudio¹³ sobre la relación entre la Neutralidad de la Red, la Arquitectura de Internet y la Innovación. En sus muchos artículos profundizó en modelos de redacción de los dos pilares de la Regla de Neutralidad de la Red, el contenido de “Non Blocking” pero en particular, de “Non Discrimination”.¹⁴ Argumenta van Schewick que:

“In addition to rules that forbid network providers from blocking applications, content, and services, rules that forbid discrimination are a key component of any network neutrality regime. Nondiscrimination rules apply to any form of differential treatment that falls short of blocking. Policymakers who consider adopting network neutrality rules need to decide which, if any, forms of differential treatment should be banned.”

En dicha investigación, explica la autora que existen al menos dos modelos posibles para regular la “Non Discrimination” rule. Uno sería el “Prohíbo todo”/“Permito todo”, y el otro modelo sería el análisis caso por caso, que resolvería el contenido concreto de “Non Discrimination” de acuerdo con algún otro marco legal, por ej. Defensa de la Competencia, o Defensa del Consumidor, o refiriéndose a estándares de razonabilidad.

Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información

¹² Becerra, Martín, Anticipo de libro De la Concentración a la Convergencia, 23 de mayo de 2015, <https://martinbecerra.wordpress.com/2015/05/26/anticipo-de-libro-de-la-concentracion-a-la-convergencia/>

¹³ van Schewick, Barbara, *Internet Architecture and Innovation*, MIT press, 2012

¹⁴ van Schewick Barbara, *Network Neutrality and Quality of Innovation: What a Non Discrimination Rule should look like*, Stanford Law Review, January 2015. Available at http://www.stanfordlawreview.org/sites/default/files/67_Stan_L_Rev_1_van_Schewick.pdf

En este marco es que surgen los debates sobre la regulación de la Neutralidad de la Red en América Latina y su (no comprobada) incompatibilidad con los servicios de tipo “Zero Rating”, que abordaremos en la parte final.

La Regulación de la Neutralidad de la Red en América Latina

Chile

La ley 20.453¹⁵ fue sancionada el 26 de Agosto de 2010, siendo Chile el primer país de Latinoamérica que “CONSAGRA EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD EN LA RED PARA LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS DE INTERNET”. Posteriormente, en el año 2011 fue dictada su Reglamentación¹⁶

El Artículo 1 de la ley dispone que:

“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. Con todo, los concesionarios de servicio público de telecomunicaciones y los proveedores de acceso a Internet podrán tomar las medidas o acciones necesarias para la gestión de tráfico y administración de red, en el exclusivo ámbito de la actividad que les ha sido autorizada, siempre que ello no tenga por objeto realizar acciones que afecten o puedan afectar la libre competencia. Los concesionarios y los proveedores procurarán preservar la privacidad de los usuarios, la protección contra virus y la seguridad de la red. Asimismo, podrán bloquear el acceso a determinados contenidos, aplicaciones o servicios, sólo 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.”

La norma impone las restricciones clásicas de la regla de la Neutralidad de la Red que son el “No bloqueo”, “No Discriminación” y utiliza otros verbos (interferir, entorpecer, restringir), que van en la misma dirección de favorecer el flujo de tráfico. El destinatario de la norma es el prestador del servicio público de telecomunicaciones o quien ofrezca servicios de conectividad.

Una cuestión para destacar es que la norma garantiza este derecho a los usuarios en relación con “cualquier contenido, aplicación o servicio **legal**”. Es decir, potencialmente la regla de la Neutralidad no protegería contenido “ilegal”. La norma no aclara, no obstante, quien está llamado a determinar la legalidad o ilegalidad de un contenido.

Por último, autoriza a los prestadores del servicio a realizar tareas de gestión de tráfico y administración de la red. También ordena al proveedor del servicio a resguardar la privacidad de los usuarios.

Brasil

La ley 12.965 que consagra el “Marco Civil de Internet”¹⁷, fue sancionada en la víspera de la Conferencia Netmundial¹⁸, y adoptó la Regla de la Neutralidad de la Red.

“Art. 9^o19 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.

¹⁵ Ley 20. 453 Consagra el Principio de Neutralidad en la Red para los Consumidores y Usuarios de Internet, Available at <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1016570>

¹⁶Decreto Reglamentario 368

<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1023845&idParte=0&idVersion=2011-03-18>

¹⁷ http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm

¹⁸ Conferencia Net Mundial <http://netmundial.br/es/>

§ 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 [2] el Comité Gestor de Internet y la Agencia Nacional de Telecomunicaciones y sólomente 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

§ 2° En el caso de discriminación o degradación del tráfico prevista en el § 1°, 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 [3];

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.

§ 3° 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”.

“

La norma impone la obligación de tratar de forma igualitaria todos los paquetes de datos. Expresamente refiere a “No Discriminación” y “No Degradación del Tráfico” pero no menciona el “No Bloqueo”.

El contenido concreto de “No Discriminación” lo deja sujeto a las autoridades regulatorias. Por un lado la agencia regulatoria de la Internet, el “Comité Gestor da Internet” y por otro lado, a la agencia regulatoria de las telecomunicaciones, la Agencia Nacional de Telecomunicaciones (ANATEL), quienes aún no se han expedido respecto de la Reglamentación, que fue sometida a un proceso de consulta pública²⁰ ante el Ministerio de Justicia. La consulta pública no parte de un texto pre-determinado sino que somete a consulta la excepciones de la Neutralidad de la Red contenidas ya en el Marco Civil para dotarlas de contenido.

Argentina²¹

En Argentina, la regulación de la Neutralidad de la Red fue tratada durante casi un año en la Comisión de Sistemas y Medios de Comunicación del Honorable Senado de la Nación. Si bien no existió una consulta popular, sí se citaron expertos a declarar²². Finalmente, se había llegado a un Dictamen de Proyecto de Ley listo para ser aprobado.

Sin embargo, a finales del año 2014 ingresó en el Congreso un Proyecto proveniente del Poder Ejecutivo Nacional que reformaba de forma integral la Ley de Telecomunicaciones vigente, convirtiéndola en ley de Servicios de Tecnología de la Información y de la Comunicación. Se sancionó así la Ley 27.078 que incorporó la Neutralidad de la Red, pero sin el nivel de detalle del texto que se había debatido previamente en el Senado.

Centro de Estudios en Libertad de
Expresión y Acceso a la Información

¹⁹ Blog Congreso Interactivo: <http://blog.congresointeractivo.org/traducccion-al-castellano-del-marco-civil-de-internet-de-brasil/>

²⁰ Consulta Pública 8/2015. Finalizada en el mes de mayo de 2015.. Disponible en: <http://www.anatel.gov.br/dialogo/groups/profile/120/consulta-publica-no-82015-tomada-de-subsidios-sobre-a-regulamentacao-da-neutralidade-de-rede-prevista-no-marco-civil-da-internet>

²¹ Ley 27.078, Tecnologías de la Información y las Comunicaciones <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/239771/norma.htm>

²² Exposición de Eduardo Bertoni ante la Comisión de Sistemas y Medios de Comunicación del Honorable Senado de la Nación, disponible en: <http://ebertoni.blogspot.com.ar/2013/06/apuntes-sobre-neutralidad-de-la-red.html>

En este sentido, la Ley 27.078 ha consagrado un piso mínimo, pero no ha brindado los detalles necesarios para otorgar certeza jurídica a los operadores del mercado en relación con el real impacto de la Neutralidad de la Red, así como fue consagrada. El texto sancionado es el siguiente:

“ARTÍCULO 1° — Objeto. Declárase de interés público el desarrollo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, las Telecomunicaciones, y sus recursos asociados, estableciendo y garantizando la completa neutralidad de las redes.

ARTÍCULO 56. — Neutralidad de red. Se garantiza a cada usuario el derecho a acceder, utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación, servicio o protocolo a través de Internet sin ningún tipo de restricción, discriminación, distinción, bloqueo, interferencia, entorpecimiento o degradación.

ARTÍCULO 57. — Neutralidad de red. Prohibiciones. Los prestadores de Servicios de TIC no podrán:
a) Bloquear, interferir, discriminar, entorpecer, degradar o restringir la utilización, envío, recepción, ofrecimiento o acceso a cualquier contenido, aplicación, servicio o protocolo salvo orden judicial o expresa solicitud del usuario.

b) Fijar el precio de acceso a Internet en virtud de los contenidos, servicios, protocolos o aplicaciones que vayan a ser utilizados u ofrecidos a través de los respectivos contratos.

c) Limitar arbitrariamente el derecho de un usuario a utilizar cualquier hardware o software para acceder a Internet, siempre que los mismos no dañen o perjudiquen la red.”

La norma recepta entonces los Principios de No Bloqueo, No Degradación y No Discriminación (agrega también las acciones de no interferir, no entorpecer, ni distinguir, no restringir).

Por otra parte, el texto tiene la particularidad de haber incluido expresamente el supuesto de prohibición de discriminación por precio prohibiendo fijar el precio de acceso a Internet según los servicios, protocolos o aplicaciones. Esta cláusula podría tener un alto impacto en los planes de tipo “zero rating” que comentaremos más adelante. No obstante, igual restaría determinar si esta norma se aplicará de forma automática, como una prohibición a priori o “caso por caso”, de una forma flexible que admita este tipo de modelo de negocios.

La ley 27.078 no ha sido reglamentada aún y ha generado tantas controversias respecto de cuestiones como Interconexión, Licencias, etc. que la Neutralidad de la Red no ha llegado aún a la opinión pública. No obstante, el presidente del Directorio de la Agencia Federal de Tecnologías de la Comunicación y la Información (AFTIC), la nueva autoridad regulatoria creada por esta ley ha dicho públicamente²³ (cuando aún era Secretario de Comunicación, que luego se transformó en AFTIC) que la Neutralidad de la Red y la Calidad serían ejes de su gestión.

Perú²⁴

En Septiembre de 2015, el organismo regulador de las Comunicaciones, la OSIPTEL, lanzó a consulta pública hasta el 9 de Octubre de 2015, el Proyecto de Reglamento de Neutralidad de la Red. Es una norma que si bien consagra los mismos principios de toda regla de Neutralidad de la Red agrupandolas en “Prohibiciones” (Non Blocking, Non Discriminating, Non Degrading) pareciera ser el resultado de una atenta lectura de la evolución del mercado y de otros debates previos en la región.

Así el regulador se reserva ciertas facultades discrecionales para otorgar “Permisos” para aprobar medidas que se pruebe “en la práctica” que no vulneran la neutralidad de la red:

“Asimismo, las operadoras podrán solicitar al OSIPTEL que se declaren como no arbitrarias ciertas medidas como son la diferenciación comercial de sus productos, la gestión de direcciones IP, y el establecimiento de un tiempo determinado para que las sesiones de los usuarios que no están siendo usadas, se reinicien.”.

Es decir, en lugar de adoptar el estándar de la prohibición absoluta elige el camino del análisis caso por caso, claramente más costoso en términos regulatorios, pero tal vez más provechoso en términos de acceso a Internet y de fomento de la inversión en comunicaciones.

México

²³ Conferencia brindada por el Lic. Berner en la Asociación Argentina de Derecho de las Telecomunicaciones, Abril de 2015, <http://www.aadtel.org.ar/>

²⁴ OSIPTEL, *OSIPTEL propone reglas para asegurar la neutralidad del Internet*, 8 de Septiembre de 2015, <https://www.osiptel.gob.pe/noticia/osiptel-reglas-asegurar-neutralidad-internet>

México modificó en el 2014 su Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión²⁵, y el Artículo 145 expresamente menciona la Neutralidad de las redes. No obstante, la norma no regula la cuestión sino que le indica al regulador que lo haga. Es decir, la regla de la neutralidad de la red estaría “semi” consagrada.

Una observación interesante es que en el documento final de Net Mundial, “NetMundial Multistakeholder Statement”,²⁶ del que participaron gran parte de los países del mundo y probablemente todos los latinoamericanos no hubo acuerdo respecto de la inclusión en el mismo de la Regla de la Neutralidad de la Red, por lo que se hizo la siguiente mención:

“Net neutrality: there were very productive and important discussions about the issue of net neutrality at NETmundial, with diverging views as to whether or not to include the specific term as a principle in the outcomes. The principles do include concepts of an Open Internet and individual rights to freedom of expression and information. It is important that we continue the discussion of the Open Internet including how to enable freedom of expression, competition, consumer choice, meaningful transparency and appropriate network management and recommend that this be addressed at forums such as the next IGF.”

Los debates en América Latina sobre “Zero Rating”

La práctica commercial conocida como “zero rating” consiste la oferta, por parte de las empresas de telefonía móvil, de planes que incluyen la utilización de ciertas aplicaciones sin que éstas “consuman” datos, es decir, sin que generen un costo para el usuario.

Países como o Canadá, Chile, Holanda, Eslovenia e Noruega, prohibieron esta práctica por considerarla contraria a la Neutralidad de la Red. Sin embargo, en los países de la América Latina que también adoptaron la Neutralidad de la Red, no existe aún un pronunciamiento del regulador y la sociedad civil tampoco se ha expresado con contundencia a favor o en contra.

El país que más ha avanzado con el debate es Brasil.

En el marco de la Consulta Pública para la reglamentación del Marco Civil de Internet que mencionamos anteriormente, el Centro de Internet y Sociedad de la Escuela de Derecho de la Fundación Getulio Vargas²⁷ dio una opinión desfavorable en relación con la compatibilidad del Artículo 9 con este tipo de planes.

²⁵ http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFTR_140714.pdf

²⁶ <http://netmundial.br/wp-content/uploads/2014/04/NETmundial-Multistakeholder-Document.pdf>

²⁷ FGV, *Contribución del Centro de Tecnología y Sociedad de la Escuela de Derecho de la Fundación Getulio Vargas*, “Ao contrário, como explicado anteriormente, serviços especializados são usualmente distintos do tráfego da Internet, disponíveis apenas sob demanda específica, e apenas dentro da rede específica do provedor que o oferece. Entretanto, devemos frisar que este é o caso se, e somente se, os serviços especializados forem, de fato, distintos do tráfego da Internet. O fato de que o Marco Civil apostou no desenvolvimento da Internet pública é uma indicação de que os serviços especializados, se permitidos, devem se desenvolver paralelamente a ela, e não em seu detrimento, mesmo que sob a perspectiva econômica o valor gerado pelos serviços especializados possa, em tese, superar aquele gerado pelos serviços da Internet.”; “A definição de priorização paga, de acordo com as características acima apresentadas, está em conflito com a linguagem do art. 9º, que expressamente exige o tratamento igual de todo o tráfego, independentemente da fonte, destino, conteúdo ou serviço. Portanto, se um acordo de priorização paga ocorrer em uma parte da rede que esteja no âmbito de aplicação do art. 9º (ver parágrafo seguinte), é forçoso concluir que o tratamento discriminatório decorrente deste acordo ensejará a violação das regras de neutralidade de rede consagradas no art. 9º. Acordos de priorização paga contradizem a redação e o espírito do Marco Civil, uma vez que o art. 9º inclui uma exigência ampla de que o tráfego da Internet seja tratado igualmente independentemente de origem, destinação, conteúdo ou equipamento.

A redação do art. 9º não deixa claro o escopo de sua aplicação, especialmente se incide apenas sobre as práticas internas de gestão das redes dos provedores de acesso à internet ou também sobre suas relações com outros atores, incluindo provedores de aplicação (mas também outros

La “Contribución del Centro de Tecnología y Sociedad de la Escuela de Derecho de la Fundación Getulio Vargas”²⁸, sugiere definir los “Servicios Especiales” como aquellos que funcionan por una red distinta a la Internet Pública, es decir, su tráfico circula por otra red por lo cual deberían quedar fuera de la regla de la Neutralidad de la Red. En relación con la “Priorización Paga”, la presentación es bastante categórica en cuanto a su conflicto con el Artículo 9 del Marco Civil considerando que cualquier acuerdo de priorización de contenido realizado en relación con una red alcanzada por el Art. 9 está vedado.

“A leitura do art. 9º indica que o zero rating e os acordos de taxas adicionais são proibidos. O art. 9º enuncia claramente que pacotes de dados devem ser tratados igualmente, independentemente do seu conteúdo, origem, destino, serviço, terminal ou aplicação. Como resultado, arranjos discriminatórios de preço contrariam o art. 9º. Embora a economia forneça uma boa visão quanto aos efeitos de tais arranjos e permita amplo espaço para argumentos em sentidos opostos, quando se leva em consideração as prioridades e o espírito do Marco Civil, a conclusão deve ser no sentido de proibi-los, reforçando o afirmado no art. 9º”

Por supuesto, en el extremo opuesto encontramos la postura de la TIM Brasil, una de las mayores operadoras de telefonía móvil, quien en su presentación en respuesta a la Consulta Pública dijo que:

“En este sentido, la oferta de infraestructuras de la comunicación paralelas, que permiten un tráfico de datos a una velocidad superior a los canales tradicionales, sin degradar el resto de los paquetes de datos, no representa una vulneración de la neutralidad de la red.

Así como la oferta de franquicias de datos en planes de acceso a Internet para la utilización de determinadas aplicaciones y servicios online (conocidos como zero rating), limitada o bonificada o de un plan que permita el acceso a solo una aplicación tampoco estarían en conflicto con el Marco Civil. Esto porque no representan un “acceso priorizado”, las demás aplicaciones no son degradadas y se mantiene el libre albedrío del usuario. Y aunque ese fuese el caso, debe reconocerse que la práctica que comentamos, por mas común que se haya vuelto, representa, en verdad, un fenómeno bastante reciente en el mercado de la banda ancha móvil. Fue recién con la aparición de velocidades mas altas disponibles para los consumidores que los servicios prestados sobre la red (Over the Top-OTT) y la creaciones de paquetes zero rating comenzaron a tener sentido y racionalidad económica. De esta forma, es imprescindible considerar, con mucho cuidado, todas las particularidades de esas ofertas, evaluando con precisión sus potenciales efectos para que se adopte una decisión que pueda comprometer el desenvolvimiento del sector y el bien estar de los consumidores. En efecto, un error del tipo falso positivo -por ej. Entender que hay un problema e implementar una restricción regulatoria de tales conductas, cuando, en verdad, no es un problema menor, sino que es extremadamente dañoso para el mercado, toda vez que señala que prácticas beneficiosas no serán toleradas minando innovaciones tecnológicas que traerían mejoras para la vida del consumidor.”.²⁹

intermediários, como as CDNs, backbones e IXPs) e de equipamentos locais aos consumidores (modem DSL ou à cabo, equipamento para conexão via satélite etc). Isso é importante pois, se o art. 9º não incide sobre certa parte da cadeia de conexão, então não se exige desta parte que trate o tráfego e as relações comerciais de forma neutra.

Adicionalmente, no tocante às exceções, acordos de priorização paga certamente não são serviços de emergência e também não podem ser considerados como requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada do serviço.”.30 de Abril de 2015, Available at

<http://pensando.mj.gov.br/marcocivil/pauta/contribuicao-do-centro-de-tecnologia-e-sociedade-ao-debate-publico-para-regulamentacao-do-marco-civil-da-internet/>

²⁹ TIM Brasil, 31 de Marzo de 2015, *INesse sentido, a oferta de infraestruturas de comunicações paralelas, que permitem um tráfego de dados a uma velocidade superior às dos canais tradicionais, sem degradar os demais pacotes de dados, não representaria quebra da neutralidade de rede.*

Assim como, o oferecimento, especialmente em planos de acesso móvel à internet, de franquia de dados ilimitada ou bonificada para a utilização de determinadas aplicações e serviços online (conhecido como zero rating) ou de plano que permita o acesso a apenas uma aplicação também não estariam em conflito com o Marco Civil. Isto porque, elas não representam “acesso priorizado”, as demais aplicações não são “degradadas” para a sua garantia e o livre arbítrio do usuário é mantida. Ainda que esse fosse o caso, deve-se reconhecer que a prática em comento, por mais comum que venha se tornando, representa, na verdade, um fenômeno bastante recente no mercado de banda larga móvel. Foi somente com o advento de velocidades mais elevadas disponíveis aos consumidores que serviços prestados sobre a rede (over the top applications – OTT) e a

Destaca sobre todo que es una práctica comercial novedosa sobre la que no hay antecedentes concretos para descartarla, considerando que trae beneficios a los consumidores.

Por su parte, Claro Brasil anunció recientemente que volverá a ofrecer planes de Zero Rating, afirmando en declaraciones públicas que esta práctica comercial no vulnera la Neutralidad de la Red y es perfectamente legal.

“Asked if the offering could conflict with Internet neutrality rules, Zenteno argued that from Claro’s perspective, it’s legal and in compliance with the law. In Brazil, officials are currently conducting a public hearing to address the regulation of Internet law, especially in net neutrality, data storage and privacy. Some experts believe that zero-rating is against the rules, but nothing’s been decided yet.”³⁰

Como dijimos anteriormente, Chile ha prohibido la priorización paga y la discriminación por velocidad. Sin embargo, en un reciente análisis de la influyente ONG Derechos Digitales³¹, afirmaron que:

“En general, no es deseable que principios tan valiosos como éstos admitan excepciones. Sin embargo, pueden existir casos donde algunas prácticas podrían afectar el concepto de neutralidad de la red y aún sea recomendable permitirlos, ya sea porque existen causales de justificación a prácticas puntuales o porque sus beneficios superen los costos de dicha medida.”

En la Argentina el debate sobre la cuestión ha sido prácticamente inexistente. Sólo cabe mencionar el aporte que ha hecho Access.³²

En México, donde el regulador aún debe determinar los detalles de la adopción de la neutralidad de la red, la ONG R3D “Red en Defensa de los Derechos Digitales”³³ realizó un extenso informe en el que advierte sobre distintas prácticas del mercado que puede considerarse contrarias a la neutralidad de la red, entre ellas las llamadas de Zero Rating. No obstante, es una opinión aislada que aún debe debatirse con mayor profundidad.

El caso paradigmático por su alcance global y por la enorme cobertura que obtuvo en la prensa es el de “Internet.org” de Facebook, ahora devenido en “Free Basic”. El programa tiene por objetivo una alianza con los ISP para poder brindar un conjunto de aplicaciones, entre ellas una versión de Facebook, a cero costo para usuarios que hoy no tienen acceso a Internet.

La opinión pública analizó la extensión del Programa, sobre si realmente implica “acceso a Internet”, hasta cuestiones más de principios, como por ej. vulnera o no la Neutralidad de la Red y si deben

criação de pacotes zero rating começaram a fazer sentido e ter racionalidade econômica. Dessa forma, é imprescindível considerar, com bastante cuidado, todas as particularidades dessas ofertas, avaliando precisamente seus potenciais efeitos para que não se tome uma decisão que possa comprometer o próprio desenvolvimento do setor e o bem-estar dos consumidores. Com efeito, um erro do tipo Falso Positivo – i.e., entender que há um problema e implementar uma restrição regulatória a tais condutas, quando, na verdade, não há qualquer problema – é extremamente danoso para o mercado, uma vez que sinaliza que práticas benéficas não serão toleradas, minando, consequentemente, inovações tecnológicas que trazem melhorias para a vida do consumidor, <http://pensando.mj.gov.br/marcocivil/pauta/regulamentacao-do-marco-civil-da-internet-2/>

³⁰ Prescott, Roberta, Claro Brazil resumes zero rating plans, 18 de Junio de 2015, <http://www.rcrwireless.com/20150618/americas/latam-claro-brazil-resumes-zero-rating-plans>

³¹ Vera Hott, Francisco, ¿Es deseable tener excepciones a la neutralidad de la red?, 1 de octubre de 2014, <https://www.derechosdigitales.org/7929/wikipedia-zero-en-chile-es-deseable-tener-excepciones-la-neutralidad-en-la-red/>

³² Pallero, Javier, Facebook en la OEA y Neutralidad en peligro en Latinoamérica, 22 de Abril de 2015 <https://www.accessnow.org/blog/2015/04/22/facebook-en-la-oea-y-zero-rating-neutralidad-en-peligro-en-latinoamerica>

³³ R3D, Neutralidad de la Red en México: del dicho al hecho, “La práctica de zero-rating se encuentra generalizada entre los operadores móviles que venden paquetes de datos con algún tipo de data cap. Esta oferta se ha presentado como una ventaja al consumidor, frente a los altos costos del servicio, a pesar de los efectos nocivos que esta tiene sobre el entorno de Internet.”, Junio de 2015, <http://f.cl.ly/items/3K2T3v0b452g0a1C0d2E/R3D%20-%20Neutralidad%20de%20la%20red%20en%20Mexico%202015.pdf>

permitirse este tipo de prácticas comerciales, más allá del caso de Facebook (prácticas que ya están siendo llevados adelante desde hace tiempo por las empresas de telefonía móvil).

Para algunos, no debe permitirse que el público “confunda” el acceso a una Internet libre y abierta con el acceso a ciertos productos o servicios en Internet; en este sentido se ha expresado Bárbara van Schewick, pionera en el tratamiento de la Neutralidad de la Red, a quien hemos citado supra. Ella ha dicho que: “I think zero-rating is the next big threat to innovation and free speech online,” says [Barbara van Schewick](#), a professor at Stanford Law School. “It distorts competition, interferes with user choice. And that’s exactly what network neutrality is designed to protect.”³⁴

Para otros el “walled garden” y la vulneración de la Neutralidad de la Red, son un mito más que una realidad, “*Though this looks like an argument about “net neutrality,” I think that the connection to the net neutrality debates is more semantic than real. Lots of apps give users access to a limited amount of information — my [iBird Pro](#) app, for instance, which has information on bird songs, identification and distribution. The developers have to “discriminate” about what information they provide — but it’s not a violation of “net neutrality” because it’s not an Internet app, and it has no effect whatsoever on my ability to jump out of the app and find any information on the Net that I wish to find. It seems to me that the same is true for the internet.org app — it’s offering users a chunk of (hopefully useful) information, and if they’re not satisfied with the information they’re getting, they can always “graduate” to the full Internet. Yes, it will cost them money to do that — but that’s because there’s a cost to providing that full Internet access. Unless someone subsidizes that cost, consumers will have to pay it — and depriving them of the app seems like an odd way to solve that problem.*”³⁵

Ahora son los reguladores Latinomamericanos, **y deberían serlo los consumidores también**, quienes tienen la última palabra.



CELE

Centro de Estudios en Libertad de
Expresión y Acceso a la Información

³⁴ Savetheinternet.in colalition, *Dear Mark Zuckerberg, Facebook is not and should not be, the Internet*, april 17, 2015-10-01<http://www.hindustantimes.com/tech/dear-mark-zuckerberg-facebook-is-not-and-should-not-be-the-internet/story-w9S3uhnEYVP8L85EtbTqCO.html>

³⁵ Post, David, *Facebook, Internet.org and the net neutrality bogaboo*, August 7 2015, <https://www.washingtonpost.com/news/volokh-conspiracy/wp/2015/08/17/facebook-internet-org-and-the-net-neutrality-bugaboo/>