

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

**ADAPTACIÓN DEL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD DE LA RED A LA
REALIDAD COSTARRICENSE**

Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho

Daniel Arias Bustamante

Carné Número A60511

San Pedro, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio

Junio, 2014



08 de julio del 2014
FD-AI-447-2014

Dr. Alfredo Chirino Sánchez
Decano
Facultad de Derecho

Estimado señor:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que el Trabajo Final de Graduación (categoría Tesis), del estudiante: Daniel Arias Bustamante, carné A60511, denominado: "Adaptación del principio de neutralidad de la red a la realidad costarricense" fue aprobado por el Comité Asesor, para que sea sometido a su defensa final. Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.


Igualmente, le presento a los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador de la presente Tesis, quienes firmaron acuso de la tesis (firma y fecha) de conformidad con el Art. 36 de RTFG que indica: "EL O LA ESTUDIANTE DEBERA ENTREGAR A CADA UNO DE LOS (AS) MIEMBROS (AS) DEL TRIBUNAL UN BORRADOR FINAL DE SU TESIS, CON NO MENOS DE 8 DIAS HABLES DE ANTICIPACION A LA FECHA DE PRESENTACION PUBLICA".

Tribunal Examinador

Informante	LL.M. Federico Chacón Loaiza
Presidente	Licda. Ana Lucía Espinoza Blanco
Secretaria (o)	MSc. Francisco Salas Rutz
Miembro	Lic. Roberto Lemaltre Picado
Miembro	LL.M. Diego Soto Solera

Por último, le informo que la defensa de la tesis es el 09 de julio del 2014, a las 6:30 p.m. en la Sala de Replicas, 5to. Piso, Facultad de Derecho, Sede Rodrigo Facio.

Atentamente,


 MSc. Olga María Mena Pacheco
 Directora a.i.

Ava
Cc: Expediente

San José, 27 de marzo de 2014

Doctor
Ricardo Salas Porras
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho, UCR

Estimado señor Director:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, le informo que me ha correspondido dirigir el trabajo de investigación "Adaptación del principio de neutralidad de la red a la realidad costarricense", elaborado por el estudiante Daniel Arias Bustamante, carné número A60511.

El trabajo de investigación desarrolla con profundidad y dominio el alcance regulatorio del principio de la neutralidad de la red y su aplicación en nuestro ordenamiento. La investigación incorpora la jurisprudencia y el derecho comparado más reciente aplicable a dicho principio.

El presente trabajo final de graduación cumple con los requisitos de fondo y forma exigidos por la Facultad de Derecho, para optar por el título de Licenciado en Derecho, por lo que me complace comunicar mi aprobación para que sea sometido a su defensa final ante el Tribunal Examinador que para estos efectos sea designado.

Atentamente,



Federico Chacón Loaiza, LL.M
Director

San José, 26 de mayo de 2014

Señor
Dr. Ricardo Salas Porras
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

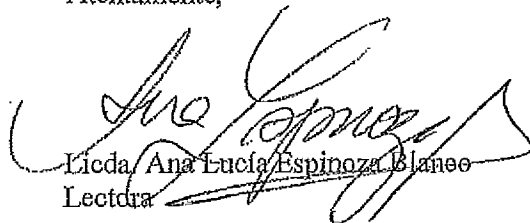
Estimado señor:

Por medio de la presente le comunico que, en mi condición de Lectora del Trabajo Final de Graduación denominado **“Adaptación del principio de neutralidad de la red a la realidad costarricense”**, elaborado por el estudiante Daniel Arias Bustamante, carné número A60511, he leído y revisado el Trabajo Final de Graduación anteriormente mencionado.

Este trabajo estudia el principio de la neutralidad de la red, de reciente concepción y desarrollo en la doctrina del derecho de las telecomunicaciones. En el trabajo se desarrolla sobre su concepto, orígenes, alcances y posturas; analizando las principales situaciones y controversias que han acontecido en el plano internacional, para luego centrarse en la situación particular costarricense, con un enfoque particular en el estudio del marco normativo y regulatorio vigente.

En razón de lo anteriormente estipulado, y dado que este Trabajo cumple con todos los requisitos de forma y fondo exigidos por el Área de Investigación de la Facultad de Derecho, apruebo el Trabajo Final de Graduación mencionado, para su discusión oral ante el Tribunal Examinador que a estos efectos sea designado.

Atentamente,


Licda. Ana Lucía Espinoza Blanes
Lectora

San José, 23 de mayo de 2014

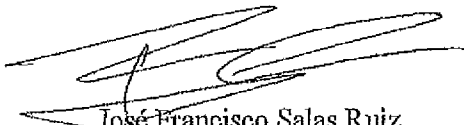
Señor
Dr. Ricardo Salas Porras
Director
Área de Investigación
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

Por medio de la presente le comunico que, en mi condición de Lector del Trabajo Final de Graduación denominado **“Adaptación del principio de neutralidad de la red a la realidad costarricense”**, elaborado por el estudiante Daniel Arias Bustamante, carné número A60511, he leído y revisado el Trabajo Final de Graduación anteriormente mencionado.

En razón de lo anteriormente estipulado, y dado que este Trabajo cumple con todos los requisitos de forma y fondo exigidos por el Área de Investigación de la Facultad de Derecho, apruebo el Trabajo Final de Graduación mencionado, para su discusión oral ante el Tribunal Examinador que a estos efectos sea designado.

Atentamente,



José Francisco Salas Ruiz
Lector

LICDA. ELVIA FERNÁNDEZ MORALES
FILÓLOGA UCR
SAN RAMÓN, ALAJUELA TEL. 2-447 1581-8-825- 3794
elviafdz@gmail.com
C.2312338 COL. LIC. Y PROF.

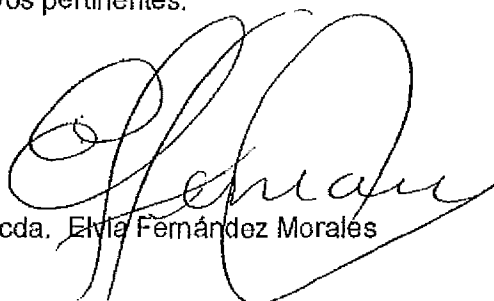
CONSTANCIA DE REVISIÓN FILOLÓGICA

La suscrita, Licenciada en Filología Española, ELVIA FERNÁNDEZ MORALES, hace constar que efectuó la revisión filológica del documento denominado **“ADAPTACIÓN DEL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD DE LA RED A LA REALIDAD COSTARRICENSE”**. Este consiste en una tesis para optar por el grado de LICENCIATURA EN DERECHO, de la UNIVERSIDAD DE COSTA RICA, FACULTAD DE DERECHO. El postulante es DANIEL ARIAS BUSTAMANTE, CARNÉ NÚMERO A60511.

Al respecto, indica que luego de efectuadas las correcciones necesarias, dicho documento se encuentra listo para su presentación y publicación, pues se ajusta a las normas gramaticales y ortográficas establecidas y a la modalidad de discurso, correspondiente a su especialidad.

Dado en San José, Costa Rica, el seis de junio de dos mil catorce, a solicitud del interesado y para los efectos administrativos pertinentes.




Licda. Elvia Fernández Morales

DEDICATORIA

*A mis papás, por su invaluable apoyo en mi desarrollo personal,
académico y profesional.*

A mis amigos, por estar siempre ahí...

AGRADECIMIENTO

Agradezco a los licenciados Federico Chacón Loaiza, Francisco Salas Ruiz y a la licenciada Ana Lucía Espinoza Blanco, miembros del Comité Asesor del presente Trabajo Final de Graduación, así como al licenciado Jorge Brealey Zamora; quienes me dieron su apoyo para la elaboración del presente trabajo de investigación.

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTO	ii
ABREVIATURAS	vi
RESUMEN	vii
FICHA BIBLIOGRÁFICA	x
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I EL PRINCIPIO DE LA NEUTRALIDAD DE LA RED	4
1.1 CONCEPTO	4
1.1.1 ALCANCE Y LÍMITES DEL CONCEPTO.....	13
1.2 HISTORIA Y ORIGEN	15
1.3 LA CONTROVERSIA ENTORNO A LA NEUTRALIDAD DE LA RED	20
1.3.1 ARGUMENTOS EN FAVOR DE LA NEUTRALIDAD DE LA RED.....	23
1.3.1.1 CONSERVACIÓN DE LA ESTRUCTURA ORIGINAL DE LA RED.....	24
1.3.1.2 LIBERTAD DE EXPRESIÓN, LIBERTAD DE COMUNICACIÓN Y ACCESO A LA INFORMACIÓN.....	27
1.3.1.3 LIBERTAD DE COMPETENCIA.....	30
1.3.1.4 INNOVACIÓN Y DIVERSIDAD.....	31
1.3.1.5 AFECTACIÓN REMUNERATORIA.....	34
1.3.1.6 ABUSOS EN LA ADMINISTRACIÓN DEL TRÁFICO.....	41
1.3.2 ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA NEUTRALIDAD DE LA RED.....	44
1.3.2.1 USO INTELIGENTE Y EFICIENTE DE LA RED: ADMINISTRACIÓN Y GESTIÓN DEL TRÁFICO.....	45
1.3.2.2 DERECHOS DE AUTOR / PROPIEDAD INTELECTUAL.....	49
1.3.2.3 DESINCENTIVO A LA INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURA....	52
1.3.2.4 NECESIDADES DIFERENCIADAS DE LOS USUARIOS.....	53
1.3.2.5 COMPETENCIA IMPIDE ABUSOS.....	55

1.3.3 POSICIONES INTERMEDIAS.....	56
1.3.3.1 FAIR USE (USO JUSTO).....	57
1.4 TEMAS RELACIONADOS CON LA NEUTRALIDAD DE LA RED.....	58
1.4.1 TRANSPARENCIA.....	58
1.4.2 MODELO DE COBRO DEL SERVICIO.....	64
1.4.2.1 MODELO DE TARIFA PLANA.....	64
1.4.2.2 MODELO DE COBRO POR VOLUMEN DE DATOS.....	65
1.4.2.2.1 LA TARIFA POR VOLUMEN DE DATOS EN COSTA RICA.....	67
1.4.3 LA BANDA ANCHA.....	73
CAPÍTULO 2: EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD DE LA RED EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL.....	78
2.1 EL CASO DE ESTADOS UNIDOS.....	78
2.2 EL CASO DE CHILE.....	90
2.3 EL CASO DE PERÚ.....	108
2.4 EL CASO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	111
2.4.1 EL CASO DE HOLANDA.....	128
2.4.2 OTRAS SITUACIONES EN LA UNIÓN EUROPEA.....	129
CAPÍTULO 3: EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD DE LA RED EN COSTA RICA.....	133
3.1 MARCO REGULATORIO ACTUAL.....	133
3.1.1 REGULACIÓN GENERAL.....	134
3.1.1.1 LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES.....	134
3.1.1.2 REGLAMENTO A LA LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES.....	139
3.1.2 RÉGIMEN DE DERECHO DE LA COMPETENCIA EN TELECOMUNICACIONES.....	140
3.1.2.1 LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES (LGT).....	141
3.1.2.2 LEY DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA	

Y DEFENSA EFECTIVA DEL CONSUMIDOR.....	143
3.1.2.3 REGLAMENTO A LA LEY DE PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA Y DEFENSA EFECTIVA DEL CONSUMIDOR...	145
3.1.2.4 CONCLUSIONES SOBRE EL TEMA DEL RÉGIMEN DE COMPETENCIA EN TELECOMUNICACIONES.....	145
3.1.2.5 POTESTAD SANCIONATORIA DEL REGULADOR.....	146
3.1.3 RÉGIMEN DE PROTECCIÓN A LOS USUARIOS FINALES.....	148
3.1.3.1 NIVELES DE CALIDAD DE LOS SERVICIOS.....	148
3.1.3.2 PRIVACIDAD DE LAS COMUNICACIONES.....	149
3.1.3.3 DERECHO DE INFORMACIÓN Y TRANSPARENCIA.....	149
3.1.3.4 CONTRATOS DE ADHESIÓN.....	150
3.1.3.5 OTRAS DISPOSICIONES DE INTERÉS.....	153
3.2 POSIBILIDADES DE CARA A LA REGULACIÓN DE LA NEUTRALIDAD DE LA RED EN COSTA RICA.....	159
3.2.1 REGULACIÓN EX ANTE.....	159
3.2.1.1 REGULACIÓN A NIVEL LEGISLATIVO.....	161
3.2.1.2 REGULACIÓN REGLAMENTARIA.....	162
3.2.1.3 REGULACIÓN A NIVEL DE LA SUTEL.....	163
3.2.2 REGULACIÓN O INTERVENCIÓN EX POST.....	164
CONCLUSIONES.....	166
BIBLIOGRAFÍA.....	171

ABREVIATURAS

LGT: Ley General de Telecomunicaciones

Ley 7472: Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor

RPUF: Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final de los Servicios de Telecomunicaciones

SUTEL: Superintendencia de Telecomunicaciones

ISP: Proveedor de servicios de Internet

QoS: Quality of service (Calidad del servicio)

RESUMEN

Desde un principio, el estudio del tema de la Neutralidad de la Red permite advertir que se trata de una materia que supone numerosos desafíos. Partiendo desde su propio concepto, encontramos diversidad de criterios; dicho aspecto se complica aún más, si pretendemos definir los alcances de lo que representa una red neutral y propiamente la protección del principio de la neutralidad de la red; todo lo cual obedece en parte al tan reciente origen y desarrollo histórico del tema en particular.

En términos generales, el principio de la neutralidad de la red dispone que se debe dar un tratamiento igualitario y no discriminatorio en el acceso a las redes y sobre el tráfico que en ellas transita. Ello implica que los operadores y proveedores no pueden bloquear, entorpecer o restringir arbitrariamente el derecho de los usuarios finales para acceder cualquier contenido en la red, o utilizarla de cualquier forma que no resulte contraria al ordenamiento jurídico.

La problemática y discusión central que gira en torno a la neutralidad de la red se puede resumir en las siguientes preguntas: ¿Se debe proteger el principio de la neutralidad de la red? Y especialmente: ¿Hasta qué punto debemos protegerla? ¿Cuáles son sus límites?

Como suele suceder, corresponde acudir finalmente a “la ley” para brindar solución y definir grandes temas controvertidos como el presente; para lo cual en el presente trabajo, nos damos a la tarea de estudiar este principio desde distintos enfoques, dirigiéndonos finalmente hacia la situación de Costa Rica. Partimos, en principio, de la premisa de que el marco normativo actual no ofrece una solución directa y concreta a esta controversia, aunque ciertamente nos podrá dar pistas respecto al camino más viable y armónico conforme a las políticas y el modelo regulatorio adoptado por el país.

El mercado de las telecomunicaciones supone la participación de multiplicidad de agentes y consecuentemente la confluencia de muchos intereses de todo tipo. Lo anterior ha llevado a que se formen fuertes posturas tanto a favor como en contra de la implementación del principio, las cuales cuentan en ambos casos con bases y fundamentos sólidos que las sustentan.

Mientras que los defensores de los derechos de los usuarios finales y los proveedores de contenidos se postran como los grupos más importantes que apoyan la neutralidad de la red, los proveedores de servicios se oponen a este modelo. Unos buscan acceder a sus servicios plena e indiscriminadamente, al tiempo que los otros pretenden ejercer un mayor control sobre sus redes y maximizar sus ganancias.

La discusión sobre la neutralidad de la red se puede relacionar con multiplicidad de temas importantes tales como: la calidad de los servicios, los derechos de los usuarios finales, el régimen de competencia, los derechos de autor, el régimen tarifario, la libertad de expresión, el desarrollo económico, el modelo de cobro de los servicios, entre muchos otros.

La experiencia internacional, a la hora de tratar el tema, ha sido variada, aunque es claro que la tendencia es proteger el principio; el meollo está en definir qué tanto protegerlo, y de qué modo. Estados Unidos y la Unión Europea se han visto envueltos en interminables discusiones que han resultado en “soluciones a medias”, en la forma de disposiciones escuetas que carentes de verdadera coercitividad. Chile y Holanda fueron los pioneros que se lanzaron a regular la materia a nivel legislativo, demostrando así su total compromiso por instaurar y dar ejecutoriedad al principio de la neutralidad de la red.

En el plano costarricense, la aún reciente apertura del mercado de las telecomunicaciones hace difícil pretender contar a la fecha con regulación sobre una materia tan novedosa y particular. El objetivo del presente trabajo es analizar el tema de la neutralidad de la red desde una perspectiva tanto general como específica. Tomando en cuenta la experiencia internacional y la situación actual

del país, se pretende llegar -en términos generales- a una posible solución sobre este tema para el caso costarricense.

Como resultado de la investigación, se logró concluir que, aunque existen multiplicidad de opciones para abordar el tema de la neutralidad de la red en el plano costarricense, la regulación a nivel de una resolución administrativa, por parte del Regulador que brinde cierto nivel de protección al principio de neutralidad de la red, representa de momento la opción más viable a efectos de dar el primer paso hacia el ordenamiento y regulación de esta materia.

FICHA BIBLIOGRÁFICA

Arias Bustamante Daniel. Adaptación del principio de neutralidad de la red a la realidad costarricense. Tesis de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica. 2014. x y 176.

Director: LL.M Federico Chacón Loaiza

Palabras claves: neutralidad de la red, neutralidad de las redes, neutralidad de Internet, Internet abierto.

INTRODUCCIÓN

Para nadie es desconocido el protagonismo que ha tomado el Internet en la actualidad. En pocos años pasó de tener una utilización casi limitada a lo que era el correo electrónico, a convertirse en una herramienta de uso frecuente y permanente para casi todas las personas, quienes encuentran en éste un instrumento para satisfacer necesidades de todas las formas y colores, en cada uno de los ámbitos de su vida: laboral, social, cultural, familiar, educativo, entre otros.

Sería injusto catalogar de “simple” la primer etapa del servicio de Internet, puesto que su composición y naturaleza como “red de redes” reviste de un carácter inherentemente complejo. Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que este servicio se ha vuelto aún más complejo con el pasar de los años. De tratarse de un servicio poco regulado y al alcance de tan solo algunas personas, pasó en pocos años a volverse un fenómeno universal masivo, con una incidencia progresiva de alcances casi ilimitados en la realidad mundial.

El uso de Internet supone la participación de multiplicidad de sujetos y agentes, que van desde quienes crean los contenidos, pasando por los operadores de las redes y los proveedores de los servicios, hasta llegar finalmente a los usuarios (esto partiendo de un modelo muy simplificado de la topología del servicio).

Un modelo tan complejo naturalmente suscita el acaecimiento de choques de intereses, que requieren de una solución. Con el crecimiento de los usuarios, crecieron también los contenidos y usos de la red. Ante la iniciativa de proveedores de servicios para bloquear algunos tipos de contenidos cuyo acceso afectaba sus redes, los usuarios se consideraron víctimas de una violación de los que consideraban sus derechos como clientes del servicio.

Es en este punto que nace propiamente y cobra importancia el tema que nos ocupa, puesto que la situación anterior llevó a evaluar si el acceso a la red debía ser irrestricto o no, si la red debía ser neutral o no.

Ante dicha discusión, naturalmente se formaron bandos para ambos lados en razón de los intereses defendidos: uno encabezado por los usuarios y defensores de sus derechos, y otro comandado por los proveedores de servicios.

Ambas posiciones descansan en argumentos sólidos, y se encuentran respaldadas por importantes fuerzas económicas y políticas, lo cual hace sumamente difícil llegar a una solución que resulte satisfactoria para todas las partes.

El presente trabajo pretende investigar y analizar los aspectos que giran alrededor del tema de la neutralidad de la red, partiendo desde su concepto y desarrollo; se pasa al análisis de diversidad de temas y derechos que se relacionan y podrían verse afectados, dependiendo de la forma en que se aborde esta materia, hasta llegar a la definición de un posible modelo de aplicación para el caso costarricense; respecto al cual, se tiene como hipótesis, que carece actualmente de disposiciones normativas concretas para brindar una solución cierta e inequívoca sobre el tema, aunque pudiesen ciertamente favorecer una cierta protección del principio.

Para ello será necesario realizar, en primera instancia, un análisis general sobre el principio, para luego proceder con un estudio comprensivo de la normativa y casos internacionales, para llegar, finalmente, a las disposiciones a nivel local que pudiesen orientar una solución. Ello será desarrollado a través de tres capítulos:

El primer capítulo pretende brindar una noción general sobre lo que implica el concepto de la neutralidad de la red, y la controversia que gira en torno al mismo. Mediante el estudio de distintas definiciones y posturas de varios autores, buscamos llegar a un conocimiento general sobre el alcance y límites del concepto. Dicho estudio es complementado con ciertas nociones sobre el origen e historia del tema, y profundizado a través de un desarrollo sobre las posiciones a favor y en contra de la aplicación del principio, incluyendo un análisis sobre cada uno de los principales argumentos utilizados por unos y otros.

El segundo capítulo busca estudiar el tema desde un plano internacional, a través del análisis de los casos más importantes que se han dado fuera de Costa Rica. Con ello se pretende captar una idea sobre las posibilidades existentes a la hora de tratar el tema, partiendo del desarrollo y experiencia internacional en la materia.

El tercer capítulo se centra particularmente en el caso de Costa Rica. Busca en primer término estudiar todas las disposiciones normativas y regulatorias que pudiesen relacionarse con el tema de la neutralidad de la red, a efectos de captar una idea general sobre las tendencias que favorece el entorno actual. De dicho estudio se pretende construir un posible modelo para el tratamiento del tema que nos ocupa; que sea congruente con las políticas nacionales y el marco regulatorio actual, y cuya aplicación resulte jurídica y materialmente viable.

CAPÍTULO 1: EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD DE LA RED

1.1 CONCEPTO

El concepto básico de la neutralidad de la red consiste precisamente en mantener una red neutra, esto es, una red donde se otorgue un tratamiento igualitario y sin restricciones sobre el tráfico que circula por la misma. Se trata de un principio que resulta aplicable a las redes en general. Sin embargo, es claro que en la actualidad el tema reviste particular importancia de cara a la utilización del servicio de Internet. Es importante entender en este punto que las redes permiten - en general- la transmisión de comunicaciones, dentro de lo cual encontramos la especie particular del acceso a Internet. Es por ello que algunos autores separan el concepto de la neutralidad de la red de lo que constituye propiamente la neutralidad de la Internet.

Al respecto, González (2011) se refiere particularmente sobre esta distinción. En primer término, sobre el concepto de Neutralidad de Internet, indica que: “Este primer concepto contempla a Internet como agregado, como un concreto conjunto de servicios que han de ser neutros, servicios que han de prestarse a través de redes de comunicaciones que, no necesariamente, sirvan exclusivamente al transporte de esos servicios”(pp.747-748).

Por otro lado, sobre la Neutralidad de la Red, González (2011) señala:

Este otro concepto se basa en considerar una forma de confederación de redes físicas y el acceso a las mismas, formando una unidad conceptual que ha de ser neutra. Es decir, la Neutralidad de Internet se referiría, pues, a servicios (lógicos), mientras que la Neutralidad de la red, haría referencia a redes físicas. (pp.747-748)

Entendemos entonces que la neutralidad de la red se refiere casualmente a la red física como tal, mientras que la neutralidad de Internet se circunscribe a este servicio en particular, en la forma de los contenidos y programas que este permite acceder.

Inevitablemente en el desarrollo del presente trabajo ambos conceptos se confundirán y traslaparán en ocasiones, puesto que, si bien es cierto los autores usualmente se refieren sobre el principio de neutralidad de la red, en ocasiones lo hacen en realidad desde la perspectiva de una aplicación centrada fundamentalmente en el servicio de Internet. Y tiene sentido, puesto que dicho servicio es actualmente la utilización más importante de las redes a nivel global. En todo caso, es claro que si hablamos de “neutralidad de la red”, ello necesariamente contemplará y afectará el servicio particular de Internet, puesto que consiste en una forma de utilización de dichas redes físicas.

Consecuentemente, en este trabajo nos referiremos de manera general al concepto de la “neutralidad de la red”, aunque es claro que el enfoque e interés particular girará en torno al servicio de mayor importancia: el Internet.

Otro concepto que conviene precisar a efectos de diferenciarlo del tema objeto de este trabajo es el de la “Neutralidad Tecnológica”. Este implica brindar un carácter neutral en la utilización de los medios tecnológicos. Espinoza (2008), utilizando palabras comunes, define la neutralidad tecnológica como el “Uso de componentes tecnológicos que no obligan a los usuarios a utilizar tecnologías de un único fabricante.” (p.3) Continuando sobre esta idea indica Espinoza (2008) “Todo el desarrollo de servicios públicos digitales, debe basarse en estándares abiertos y no en la tecnología de un fabricante específico.” (p.3)

En Costa Rica, la Ley General de Telecomunicaciones establece la neutralidad tecnológica como un principio rector (artículo 3 inciso h). De esta forma, y siguiendo la definición establecida en dicha Ley, el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones (2009-2014) vigente actualmente por su

parte establece que la neutralidad tecnológica representa un objetivo y un principio a aplicar para el desarrollo de las telecomunicaciones en Costa Rica. Sobre la aplicación del principio en el país indica el Plan:

Para garantizar la neutralidad tecnológica, los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones tendrán la posibilidad para escoger las tecnologías por utilizar, siempre que estas dispongan estándares comunes y garantizados, cumplan con los requerimientos necesarios para satisfacer las metas y objetivos de política sectorial y se garanticen en forma adecuada las condiciones de calidad y precio a que refiere la ley. (p.59)

Se trata de un término relacionado con lo que representa la interconectividad y la interoperabilidad, puesto que lo que se busca es contar con una plataforma que permita una utilización global, sin caer en discriminaciones originadas por limitaciones tecnológicas.

En todo caso, tenemos claro que la neutralidad tecnológica tiene cierta relación, pero a fin de cuentas es un concepto distinto del objeto de estudio del presente trabajo.

Ahora bien, volviendo al tema que nos ocupa, la discusión sobre la neutralidad de la red se ha dado desde hace algunos años, pero no se ha alcanzado en realidad verdadero consenso en cuanto al concepto mismo. Y es que, si bien hay una serie de aspectos comunes sobre los cuales se basa la neutralidad de la red, la manera en que se ha desarrollado el concepto y el tema, en general, ha diferido de país en país. Este carácter un tanto difuso de la neutralidad, si bien de alguna forma propicia una mayor dificultad para abordar el tema, hace de él a su vez interesante; esto ya que implica un reto a cada país de alguna forma moldear el concepto de acuerdo a sus políticas y su realidad.

Quizás el aspecto más elemental del principio de neutralidad de la red radica en un uso libre de la red por parte del usuario, un aprovechamiento sin restricciones en cuanto a clases de equipamiento que pueden ser usadas, modos de comunicación permitidos, contenido, entre otros. Se busca proteger el derecho de elección del usuario respecto a los contenidos que quiera acceder, su libertad de expresión a través de medios telemáticos, su trato equitativo. En la mayoría de casos se busca que se dé un tratamiento igual a todos los contenidos, sin incurrir en discriminación alguna al respecto.

El alcance del concepto de neutralidad de la red puede variar, y de hecho ha tendido a variar en cierta forma en sus concepciones entre distintos países. En un sentido amplio, la neutralidad incluye no discriminar en razón de: el contenido, el usuario, la tecnología, la plataforma, la aplicación, el tipo de equipo conectado, entre otras cosas. El concepto en consecuencia está muy ligado con la “no discriminación”, se busca mantener una red “abierta”, donde no se discriminen contenidos en ninguna de las comunicaciones.

Sin embargo, en ocasiones –y dependiendo de las posturas- varían los elementos que se considera deben ser “neutros” para que se cumpla con el principio de neutralidad de la red. Asimismo, existen posturas menos absolutas, habiendo países que consideran que dar cierto tipo de prioridad a algunos contenidos sobre otros no es necesariamente contrario al principio de neutralidad de la red.

La neutralidad también es muchas veces asociada con una garantía de acceso a los servicios, así como un cierto grado de calidad al respecto.

El Congreso Nacional de Chile (2010) a modo de dar a comprender en palabras simples lo que significa la neutralidad de Internet, la define de la siguiente forma:

Significa que las empresas proveedoras de acceso a Internet no pueden bloquear, interferir, discriminar, entorpecer ni restringir arbitrariamente el derecho de cualquier usuario 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.(párr.1)

Se trata en este caso de una definición con alcances bastante amplios, lo cual tiene sentido en este caso puesto que Chile se dispuso regular el tema normativamente de manera igualmente amplia.

Desde una perspectiva algo distinta a esta extensiva definición, Alcántara (2010) se refiere al concepto de “red neutra”, señalando para este propósito “Que Internet sea una red neutra equivale a afirmar que en ella nadie puede privilegiar ni bloquear una conexión entre dos nodos cualesquiera de la Red.”(párr.7)

A mayor abundancia, Alcántara (2010) amplía sobre este tema:

Existe un factor más que vela para que nadie ni nada en Internet tenga el poder de ejercer un bloqueo que restrinja la libre interconexión, información y comunicación de los usuarios. Este factor no es sino el carácter neutro de la Red y emana de algo tan sencillo, y breve de explicar, como que un bit –la unidad básica de información en la era digital– es siempre, y únicamente, un bit. Sin importar el todo, sin importar para nada la pieza mayor de información –mensaje, noticia, obra cultural o de ocio– de la cual el bit forma parte, un bit es siempre un bit. Tomado de forma independiente, resulta indistinguible de cualquier otro. Sin atender contra nuestra lógica ni contra todo lo que atendemos como razonable, es imposible pretender tratar de forma diferente el tráfico de datos en Internet en función del tipo

de mensaje que se transporta o de cuál es el servidor que ofrece esos datos. Esta noción tan básica es la que nos ayuda a entender por qué la neutralidad es algo consustancial a la Red y por qué, más allá de toda excusa, su eliminación obedece únicamente al deseo de crear escasez artificial.(párr.8)

Como puede verse, este autor toma una posición bastante específica y tajante sobre la neutralidad, optando por considerar contrario a una red neutra cualquier limitación que físicamente se presente, y que restrinja la posibilidad de conectarse con otra red. Se trata de una definición que omite referirse a tan distintos presupuestos como para el caso del Congreso Nacional de Chile, pero refiriendo a un principio base que puede ampliarse para proteger la forma de utilización de la red de manera bastante extensiva.

Por otro lado, Wu (trad. s.f), profesor universitario quien para muchos fue quien concibió propiamente el término de neutralidad de la red, indica:

La neutralidad de la red se define mejor como un principio de diseño red. La idea es que una red de información pública de utilidad maximizada aspira a tratar todo el contenido, sitios y plataformas por igual. Esto permite a la red transportar todo tipo de información y soportar todo tipo de aplicación. El principio sugiere que las redes de información son a menudo más valiosas cuando están menos especializadas, cuando son una plataforma para múltiples usos, presentes y futuros.(párr.1)

Consiguientemente, tenemos que Tim Wu también percibe la neutralidad como un modelo de diseño de la red, con la libertad de acceso y uso que ello conlleva para el usuario.

Ahora bien, según se dijo anteriormente, el concepto puede variar según el autor. González (2011) se refiere concretamente a cuatro conceptos de neutralidad:

1) No discriminación absoluta. Esta se basa en un concepto que entiende la neutralidad de la red como un principio de diseño de redes. Ofreciendo a quienes se conectan a través de ellas una forma de acceso que maximice el mismo, extendiéndose igualmente a todo tipo de contenidos de forma igualitaria, incluyendo a las diversas plataformas que se conectan en tales redes.

2) Discriminación limitada sin niveles de calidad de servicio QoS. La idea de este concepto es que se permite discriminación por razones estrictamente técnicas, sin que se cobren tarifas por niveles de calidad de servicio.

3) Discriminación limitada con niveles de calidad de servicio QoS. La discriminación en este supuesto contemplaría tanto las discriminaciones técnicas “razonables”, como las discriminaciones basadas en acceder a servicios con niveles de calidad contractualmente establecidos.

4) Primero en llegar, primero en salir. Por último, esta idea sostenida por Susan P. Crawford, defiende la posición de que las redes deben funcionar como “Pilas” FIFO “First in First Out”, sin consideraciones, por tanto, de calidad de servicio. Es decir, se basa en una idea de justicia basada en la prioridad temporal de la transmisión de las informaciones en las redes.(pp.747-748)

Si bien la categorización que hace Luis González no necesariamente incluye todas las posibles concepciones sobre el principio –podría haber infinidad de variaciones- permite en todo caso visualizar y entender la gradualidad que puede tener el concepto. La “no discriminación absoluta” que indica el autor es

precisamente la concepción pura y literal del concepto, en su forma más extremista. Se asemeja a la definición de José Alcántara, puesto que se refiere a un tema de estructura de diseño de las redes. Según se verá posteriormente mediante algunos casos particulares, este tipo de concepción no ha tenido demasiado apoyo dentro de la discusión de la neutralidad a nivel internacional, al menos no en el seno de las autoridades oficiales que podrían normar el tema. La segunda concepción del principio que menciona González consiste en una definición de posición más intermedia, puesto que se permita cierta discriminación del tráfico, siempre y cuando se motive en razones técnicas, y no así en razón del nivel de calidad contratado por el usuario.

A modo de ejemplo, una razón técnica para discriminar cierto tráfico, podría ser en caso de que este represente una amenaza para la seguridad de la red (un virus, por ejemplo). En todo caso, más adelante ahondaremos sobre las razones técnicas que –conforme esta concepción- podrían, eventualmente, justificar una intervención por parte del operador.

Lo que esta segunda concepción del principio no permitiría, es que el operador ofrezca distintos niveles de calidad al usuario, y proceda entonces a discriminar el tráfico dándole prioridad a este que -pagando un mayor precio- contrató un servicio de un mayor nivel de calidad. La tercera concepción del principio es aún más permisiva, puesto que sí admite una discriminación del tráfico en razón de la calidad del servicio contratado.

Además, la cuarta concepción puede verse como una independiente, que no necesariamente es incompatible o excluyente de lo que indican las anteriores. Se trata de buscar respetar un orden temporal en la gestión del tráfico, de modo que el primero que entre sea también el primero que salga, y así sucesivamente.

Al respecto, decimos que no es necesariamente excluyente de las concepciones anteriores puesto que es evidente que el tiempo siempre tendrá un papel importante dentro de la gestión del tráfico, ya que lo usual sería que el que cursa primero fuese el primero en salir; sin embargo, bajo la primera concepción del principio, el hecho de que se abogue por dejar el tráfico cursar a la libre, haría

incompatible una eventual intervención para asegurar que el primero en entrar sea el primero en salir, aspecto en lo que se diferenciaría la primer concepción de la cuarta.

Asimismo, una aplicación estricta de la cuarta concepción no permitiría la discriminación del tráfico que admiten la segunda y tercera concepción del principio, si ello implica romper con el orden temporal de tramitación del tráfico.

Algunos autores han optado por descomponer el principio de neutralidad de la red, interpretando que aquel se forma de ciertos elementos o subprincipios. A estos efectos, se ha hablado de que la neutralidad de la red debe operarse bajo 3 principios: no discriminación, interconexión y acceso.

El principio de no discriminación refiere al tratamiento por igual de todo el tráfico a lo largo de la red. El de interconexión alude en cambio al derecho y deber de cada operador de conectarse a cualquier otra red de Internet. Y, por último, el principio de acceso se enfoca desde la perspectiva de los usuarios finales, en cuanto a establecer comunicaciones con otros usuarios en igualdad de condiciones.

Teníamos claro de antemano que la no discriminación forma parte importante del principio. En cuanto al acceso e interconexión que se alude en este sentido, es claro que no se trata de la concepción típica, desde la perspectiva del operador y su derecho a acceder e interconectarse a las redes de otros operadores, sino desde la de un usuario que tendría derecho a un libre acceso a las redes, a través de una interconexión entre operadores, donde éstos no interfieran para discriminar su tráfico o sus posibilidades de acceso.

Del estudio de las diferentes concepciones del principio de neutralidad de la red, concluimos que su esencia radica en una no discriminación en el acceso a las redes y sobre el tráfico que en ellas transita; sin perjuicio de las excepciones del caso, dependiendo de la forma en que se aplique el principio.

1.1.1 Alcance y límites del concepto

Según se mencionó anteriormente, en un sentido muy estricto, una red neutral sería aquella que permite el paso de absolutamente todo el tráfico, sin excepción. Sin embargo, de la experiencia práctica surgieron posturas que tienden a relativizar el concepto de la neutralidad de la red y los alcances que tiene el término. De esta forma, se han adoptado posiciones que favorecen una aplicación no integral de la neutralidad de la red, y las cuales suponen en consecuencia para algunos autores lo que se podría llamar una ruptura de este principio; aspecto que para algunos podría derivar en consecuencias negativas para el mercado de las telecomunicaciones.

Esta ruptura se estima lleva a que se permita a los proveedores de servicios de telecomunicaciones restringir el acceso a ciertos tipos de tráfico, de acuerdo con sus intereses personales, o bien intereses políticos que pudiesen confluir.

Ahora bien, lo que algunos ven como un ruptura del principio, también puede percibirse simplemente como la noción de que el mismo no tiene un carácter irrestricto y que deben observarse ciertos límites en su aplicación, y no deberían estimarse como contrarios a la esencia de este.

Antes de seguir, vale la pena preguntarse, ¿en beneficio de quién se procura aplicar la neutralidad de la red? Si bien puede haber sujetos como los proveedores de contenidos que finalmente saldrían beneficiados de su aplicación, parece bastante seguro decir que los intereses que se pretenden proteger son los del usuario del servicio, al punto de que se podría asimilar la neutralidad de la red como un derecho de los usuarios finales de servicios de telecomunicaciones. Desde esta perspectiva, nos encontramos con que este derecho, como cualquier otro, no puede darse por garantizado de manera absoluta. El derecho a utilizar libremente una conexión a Internet, evidentemente no podría suponer la posibilidad de cometer acciones contrarias a la ley, bajo el fundamento de que el usuario tiene derecho a hacer uso de la conexión de la manera que desee.

La neutralidad de la red debe encontrar un límite en las actividades que contravengan el ordenamiento jurídico. El bloqueo de contenidos manifiestamente ilegales -si bien es discutible si se podría considerar una práctica contraria a la neutralidad, ya que, sí lo es- resulta en todo caso una práctica totalmente legítima por parte de los Proveedores de servicios; esto por cuanto, como se expuso anteriormente, no se podría justificar contravenir el ordenamiento jurídico con base en una libertad de la utilización de la red. Puede mencionarse, a modo de ejemplo, prácticas de este tipo: la distribución de pornografía infantil, la distribución de contenidos sin respetar los derechos de autor, las prácticas de spamming, entre otras.

Sin embargo, este límite a la neutralidad no necesariamente estará trazado siempre en el mismo punto, ya que dependerá de los alcances que finalmente se pretenda dar a la neutralidad de la red en cada país. El ámbito de excepción dentro del cual se permiten prácticas de gestión de tráfico puede extenderse, y de hecho es común encontrar criterios en cuanto a que prácticas de este tipo son válidas, siempre y cuando aquellas se fundamenten en una necesidad real de actuar para salvaguardar un bien de mayor importancia.

Aquí nos encontramos con otros casos que, si bien parecieran no ostentar la gravedad de los vistos en los párrafos anteriores, se ha estimado que justifican la intervención del ISP para administrar el tráfico. Algunos ejemplos serían: situaciones de especial sobrecarga de la red, donde sea necesario intervenir para descongestionar la misma; bloqueo de actividades que puedan dañar la red; órdenes judiciales que decreten la intervención en el tráfico de alguna forma; o incluso la priorización del tráfico proveniente por el uso de ciertas aplicaciones que demandan un trato preferencial por su naturaleza, como lo sería la telefonía o la transmisión en vivo de video.

Otra situación en la cual se ha justificado la gestión de tráfico, es cuando el propio usuario lo solicita al ISP, en razón de una congestión por exceso de tráfico en relación con la capacidad de la que dispone el usuario. En estos casos, si bien el este debe tener, en principio, la posibilidad de recibir un trato indiferenciado a su

tráfico, no resulta contrario a la neutralidad que aquel solicite a su proveedor su intervención para “echarle una mano”, y este realice una gestión de tráfico en su beneficio.

Puede observarse que no es tan fácil dibujar la línea entre lo que representa un trato discriminatorio al tráfico y lo que es, por el contrario, una priorización justificada del mismo. Evidentemente la medida nunca debe significar una priorización sustentada, de forma tal que implique un trato favorable para un sujeto determinado únicamente por su carácter y relación preferencial con el ISP; ya sea dando preferencia al contenido de un proveedor de aplicaciones específico, o al tráfico de un cliente en específico. Sin embargo, fuera de esa situación tan claramente marcada, los límites a la neutralidad pueden no ser tan claros, y variar dependiendo de cada caso y cada país.

1.2 HISTORIA Y ORIGEN

En la actualidad resulta innegable la relevancia que ha cobrado el Internet como herramienta de uso diario para billones de personas en el mundo, quienes dependen directamente de él para realizar gran parte de sus actividades cotidianas. Sin pretender ahondar mayormente en la importancia del Internet – aspecto innecesario al ser algo tan manifiesto para todos– resulta oportuno hacer una breve reseña sobre el origen del Internet, y su estructura original; tema trascendente que vale la pena tocar, al menos de manera resumida, de previo al estudio de fondo sobre el principio de la neutralidad de la red. Como suele suceder, un vistazo hacia la historia permite una mejor comprensión del presente.

Para efectos de brindar una idea inicial sobre el motivo y origen de Internet y su estructura original, nos apoyamos en la sección de “Introducción a Internet” del documento de la Organización de Naciones Unidas (ONU) denominado “Internet como Herramienta Básica de la Actividad Diplomática”.

En este sentido, se entiende que la Internet se originó a partir de la necesidad de contar con una red de comunicación distribuida, que permitiese asegurar la transferencia de información aun ante el fallo de alguna de las vías de comunicación. Antes del desarrollo de Internet, las comunicaciones utilizaban por defecto la tecnología denominada “conmutación de circuitos”, la cual implica crear una ruta específica para la transmisión de datos entre dos puntos mediante una conexión. Si tenemos entonces una conexión entre un Punto A y Punto B, se tiene entonces que para hacer llegar una transmisión al punto B, tendrá que canalizarse ésta a través de la conexión creada entre el punto A y el punto B. En consecuencia, de encontrarnos con un fallo en la conexión entre el Punto A y el Punto B, la transmisión no tendrá otra forma de llegar a su destino, ya que el camino de esta se encuentra preestablecido, y no hay posibilidad de que el mismo busque otras rutas para llegar a su destino.

Esta forma es la que se utilizaba tradicionalmente para el sistema telefónico. La solución a esta debilidad es el modelo tecnológico de la “conmutación de paquetes”, en el cual las transmisiones tienen la forma de “paquetes” de información, que incluyen datos referentes al destino y origen de la comunicación. Se crean entonces una serie de redes interconectadas entre sí, donde cada paquete que se envía tiene instrucciones para llegar a su destino sin tener una ruta específica predeterminada para hacerlo, lo que permite que la transmisión busque otra de las muchas otras posibles rutas para llegar, en caso de que alguna falle. A partir de esta estructura, se fueron conectando miles de computadoras entre sí, y luego miles de redes, hasta formar la llamada “red de redes”.

Lo anterior resume de manera bastante concisa los orígenes del Internet, el cual constituirá punto focal dentro del presente trabajo de investigación, al ser este el servicio cuyo acceso y términos de utilización se ve afectado en razón de una implementación –o no- del principio de neutralidad de la red, y la forma en que este se idee particularmente en el ámbito costarricense.

Esta red de redes se concibió originalmente con una cierta estructura, y bajo ciertos principios. Uno de los principios básicos es el “end-to-end principle” o principio de extremo a extremo. La Asociación de Internautas en España (2010) brinda una explicación relativamente simple sobre la estructura y funcionamiento del Internet, así como lo que representaría el principio end-to-end. Según explica el documento:

Los datos que circulan por Internet se codifican a través de una pila de protocolos para convertir la información de un usuario en señales eléctricas que puedan transmitirse a través de un cable (la conexión física a la red). Una vez alcanzado el usuario al otro extremo de la comunicación, se produce la conversión inversa a través de la pila de protocolos para convertir la señal eléctrica que le llega en información que pueda ser procesada por el ordenador, o cualquier otro dispositivo electrónico de comunicaciones que se considere, en ese extremo de la red. (Párr.1-2)

Esta sería la descripción técnica sobre la forma en que se da la transmisión de los datos, ahora bien, ya en relación con el principio mencionado, continúa la Asociación de Internautas en España (2010):

La misión de los diferentes ISPs entre el origen y el destino de la comunicación es poner en contacto ambos extremos, mediante el enrutado apropiado de los datos entre ellos. Por tanto, la inteligencia no está en la red (que sólo se ocupa de transmitir las señales eléctricas desde su origen a su destino sin discriminar lo que representan) sino en los extremos que se conectan a la misma.(Párr.3-4)

La anterior es precisamente la esencia del principio end-to-end, principio de diseño clásico de la red informática, que establece que las funcionalidades deben

ser implementadas en los extremos de la comunicación, siendo que los enrutadores intermedios o los ISPs deben concentrarse únicamente en dar curso a los paquetes. Este era el modelo original, que permitió en un inicio el desarrollo del sistema de la “World Wide Web” (WWW), el cual se desplegó mediante la instalación de servidores web y clientes que podían acceder los contenidos, sin restricciones impuestas por sujetos intermediarios. Una red concebida de esta forma representa lo que llaman “dumb pipes” o tuberías tontas, al tratarse de una estructura de transporte que se limita a dar curso al tráfico, sin entrar a evaluar y realizar una administración del mismo.

El tema tiene particular relevancia para los efectos de este trabajo, puesto que un modelo basado en el principio end-to-end se estima favorece la neutralidad de la red, ante lo cual el aspecto sobre la estructura de Internet pesará como un factor más a considerar dentro de la discusión.

Ahora bien, siendo que en este momento no interesa ahondar mayormente en historia sobre el origen de Internet propiamente, procederemos a reseñar de manera breve el origen de la discusión sobre el principio de la neutralidad de la red.

En estas instancias del trabajo, nos interesa abordar de manera muy general el origen de dicha discusión, esencialmente a efectos de poder comprender por qué se generó ésta, y cuál es su importancia. Es claro que la historia y casos particulares de Estados Unidos y la Unión Europea –entre otros– en esta materia, forman parte importante del origen e historia general sobre la discusión del principio de neutralidad de la red. Sin embargo, no nos extenderemos en este momento particularmente sobre ellos, ya que posteriormente se desarrollarán con más detalle estos casos particulares.

En la búsqueda de los orígenes del tema, encontramos que ello no está tan claramente definido o identificado en un evento o espacio temporal particular.

Dependiendo de la forma que queramos abordar o interpretar los alcances del tema, podemos remontarnos a épocas distantes, lo anterior puesto que el tema del control o no sobre los distintos medios de comunicación y la forma en que estos se emplean y desarrollan –por ejemplo el telegrama- ha existido desde hace bastante tiempo; y si bien nos referimos a servicios distintos, nos encontramos a final de cuentas ante, en esencia, el mismo problema, diferenciado únicamente en cuanto al medio particular de comunicación empleado. Sin embargo, siendo que este trabajo se centra en la neutralidad de la red desde la perspectiva del uso de Internet, interesa más centrarse en esta faceta en particular, cuyo origen de cualquier forma tampoco es tan claro como gustaría.

Antes de la concepción propiamente del concepto del principio de neutralidad de la red, tenemos que en los años 1990s se empezó a desarrollar de manera muy intensiva el uso de Internet, con la incursión de nuevas utilidades y servicios. Esto llevó a que algunos operadores comenzaran a imponer ciertas restricciones a los servicios de los usuarios, lo cual llevó a su vez a la preocupación de algunos políticos en Estados Unidos por la protección del acceso a Internet; consecuentemente sacando a relucir algunos vestigios sobre nuestro tema de fondo.

Ahora bien, sin perjuicio de todos los antecedentes que se dieron en este sentido, muchas personas consideran que fue el profesor universitario Tim Wu el responsable de acuñar propiamente el principio de neutralidad de la red, particularmente mediante el artículo denominado “Network Neutrality, Broadband Discrimination” (Neutralidad de la Red, Discriminación de la Banda Ancha). En dicho artículo, Wu (2003) plantea el conflicto de intereses entre los proveedores de servicios banda ancha y el interés del público usuario en un entorno de innovación competitiva centrada en el Internet, y el problema que esto implica y significará a futuro para las autoridades reguladoras del sector. En línea con lo que mencionamos anteriormente, Tim Wu incluye como parte de sus conclusiones una mención sobre la novedad del concepto de neutralidad de la red y la vaguedad de

su significado en ese momento, especialmente al momento de trazar una línea divisoria entre lo que implicaría una discriminación legítima del tráfico y una ilegítima, concepto que razona debe lograr precisarse de mejor manera. Sin pretender definir el tema, el trabajo de Tim Wu deja ver el problema central en torno a la neutralidad de la red, y los peligros de permitir de manera libre e ilimitada la ejecución de prácticas discriminatorias sobre el tráfico por parte de los operadores de banda ancha.

Actualmente la discusión y el problema siguen siendo, en esencia, los mismos. A medida que siguieron suscitando más situaciones de discriminación de tráfico -como el de la empresa Comcast en Estados Unidos en el año 2007- el tema sigue retomando importancia y su discusión se acentúa globalmente. La diferencia a nivel global es que ciertos sectores o países han abordado el tema de la neutralidad de la red de manera más concreta y definitiva, mientras otros, si bien se han dado a la tarea de tratar el tema, no han llegado a adoptar medidas de suficiente peso para asegurar su protección; al tiempo que algunos otros con costos se han preocupado siquiera por tratar de definir el tema; llevando a un largo debate donde en muchos casos no termina de inclinarse la balanza y definirse la solución definitiva al “problema de la neutralidad”, especialmente en lo que respecta al caso de Estados Unidos y la Unión Europea.

1.3. LA CONTROVERSIA EN TORNO A LA NEUTRALIDAD DE LA RED

Luego de haber estudiado el concepto del principio de la neutralidad de la red, y teniendo una cierta noción sobre el asunto relativo a sus alcances y posibles límites, llega el momento de referirse particularmente sobre cuál es el centro de controversia que gira en torno a dicho tema, sobre el cual se ha basado la discusión que se ha dado mundialmente al respecto; lo anterior puesto que se trata de elementos que ciertamente servirán de importante insumo para considerar de cara a buscar una solución viable para el caso particular costarricense.

Como suele suceder, el conflicto existe en razón de la confluencia de multiplicidad de sujetos e intereses en juego, dentro de los distintos mercados de telecomunicaciones, los cuales muchas veces son incompatibles y requieren eventualmente de una definición, bien por parte del legislador, bien por parte del rector o del regulador del mercado.

En el caso particular costarricense, ante la relativamente reciente apertura del mercado de las telecomunicaciones, se trata de un tema cuya agenda probablemente se ha visto postergada por el rector y el regulador, a la espera de resolver antes algunos otros temas claves, como los que fueron señalados por la Contraloría General de la República en su informe de junio del 2012, relativos al ordenamiento del espectro radioeléctrico.

Volviendo al tema, lo cierto es que el problema en términos sencillos radica en que algunas personas están a favor de la aplicación del principio de neutralidad de la red, al tiempo que otros quieren que el mismo no se aplique, o al menos no se haga de manera irrestricta. A final de cuentas, podemos dividir la discusión principal en dos preguntas:

1. ¿Conviene adoptar un modelo regulatorio que disponga la protección del principio de neutralidad de la red?
2. ¿En caso de adoptarlo, cuáles deben ser los alcances y los límites para la aplicación del principio?

Según se indicó, es claro que las distintas nociones y posiciones que encontramos respecto a la conveniencia o no de un modelo de red neutral responden en muchas ocasiones a los intereses del sujeto particular del que se trate, entendiendo que los operadores tenderán fundamentalmente a posicionarse en contra de un modelo neutral, al tiempo que los usuarios en su mayoría

preferirán la implementación de dicho modelo, a efectos de garantizar su libertad en el acceso a las redes.

Cuando se trata de autoridades como el regulador del mercado, se esperaría una posición mucho más abierta y neutral, lo anterior sin dejar de lado las funciones y competencias particulares que se le atribuyen regulatoriamente al mismo en esta condición, así como el marco regulatorio y los demás objetivos y metas que se establezcan en este sentido; lo anterior partiendo de que no exista además algún tipo de presión política sobre el tema.

En todo caso, como bien lo señala González (2011), encontramos que esta discusión consiste fundamentalmente una “tensión básica entre eficiencia, por una parte, y justicia en los mercados de telecomunicaciones, por la otra” (p.748). Si bien los argumentos en una u otra dirección pueden variar y ramificarse bastante, existe en defensa de este principio una fuerte asociación de la neutralidad de la red con la llamada “justicia de los mercados” -término al parecer un tanto discutible por su carácter subjetivo e indeterminado- pero que bien puede entenderse se refiere a la justicia que deviene al otorgar un trato igualitario y no discriminatorio a los distintos contenidos; así como un argumento central en oposición a este principio, el cual se fundamenta en la eficiencia o, si se quiere ver desde otra perspectiva, la ineficiencia que aparece contar una red absolutamente neutral, sin posibilidad de manejarla a conveniencia.

Debe advertirse que, si bien el término de neutralidad de la red es bastante reciente, lo cierto es que esta ideología era la que se había venido poniendo en práctica predominantemente hasta tiempos recientes. El término de neutralidad parece surgir como una defensa contra prácticas que se empezaron a dar, las cuales comenzaron a contravenir ese *status quo* anterior; motivadas en ocasiones en criterios de maximización de la eficiencia de la red, así como en fines lucrativos, ante la posibilidad de incrementar ganancias cambiando las políticas en la prestación de servicios de telecomunicaciones, así como en el cobro de los

mismos. De ahí que se discuta si la neutralidad de la red consiste en un derecho adquirido, el cual no podría venir luego a sustraerse mediante prácticas que desnaturalicen este carácter neutral de esta.

Desde la perspectiva contraria, se podría argumentar que el hecho de que inicialmente se diera de esta forma no necesariamente tendría que significar que así deba ser, y se podría ver la intervención del tráfico más bien como un avance.

A continuación ahondaremos sobre los principales argumentos que se utilizan tanto en favor como en contra de la neutralidad de la red, los cuales tienen sustentos de distintas naturalezas: jurídicos, económicos, técnicos, entre otros, y cuyo análisis por tanto no resulta del todo sencillo en muchos de los casos, especialmente de cara a su aplicación en un mercado en etapa de desarrollo como el costarricense.

1.3.1 Argumentos en favor de la Neutralidad de la Red

Existe un importante número de motivos sobre los cuales basan su defensa quienes apoyan la aplicación de la neutralidad de la red. Los sujetos que más tienden a soportarla son los proveedores de contenidos o aplicaciones a través de la red (Youtube, Google, Facebook, entre otros) y los usuarios de la red, muchas veces mediante asociaciones que buscan la protección de los derechos de estos.

Según veremos más adelante, el régimen normativo costarricense apunta a un modelo de protección centrado en el usuario, en la protección de sus derechos y garantías como cliente de un servicio de telecomunicaciones. Lo anterior ciertamente lleva a predisponer que la balanza se inclina hacia la adopción de un modelo que garantice hasta cierto punto la neutralidad de la red; aunque difícilmente de una forma irrestricta y absoluta.

A continuación estudiaremos algunos de los argumentos más importantes que suelen utilizarse para defender este principio.

1.3.1.1 Conservación de la estructura original de la red

Uno de los argumentos recurrentemente encontrados entre quienes se encuentran a favor de la aplicación de este principio es el de la conservación de la estructura y modelo original del Internet. Lo cierto es que, en un inicio, y de conformidad con el principio *end-to-end*, no existía una discriminación o diferenciación de precios por el uso de servicios de Internet en razón del sujeto que enviaba o recibía paquetes de información, o bien del contenido o naturaleza de estos paquetes, los precios variaban únicamente debido al ancho de banda que se contratase.

Se alude entonces a los logros y el progreso que ha significado el desarrollo de Internet hasta la actualidad, bajo la premisa de que esto obedece, en gran medida, al modelo con el cual se concibió su utilización.

Aunque algunos autores parecieran verlo de esta forma, el mantenimiento de una estructura determinada no debe ser un fin en sí mismo, debería interesar en la medida en que ello conlleve ciertas ventajas. Sobre la conveniencia de contar con un modelo de red abierta, el documento emitido por la Comisión Europea (2011) indica:

Internet debe buena parte de su éxito al hecho de ser abierta y de fácil acceso, con tal de que el usuario disponga de una conexión. Salvados algunos requisitos técnicos básicos, una persona o una empresa no debe hoy en día, para suministrar contenidos o servicios, afrontar unos costes de entrada elevados u otras barreras que son características de muchas otras industrias de red afianzadas. En realidad, es la ausencia de estas barreras la que ha hecho posible el despegue de muchas de las aplicaciones más populares en la actualidad (p.3).

Siguiendo sobre el tema de la estructura de la red, Pérez (2013) explica a mayor detalle:

Los defensores de la neutralidad de la red creen que el principio *end-to-end* es el responsable del impresionante ritmo de innovación en las últimas décadas en la capa de aplicación, y afirman que la mejor manera de mantenerlo es hacer que la red siga siendo “estúpida” (*dumb pipes*) y que la inteligencia resida en sus extremos (*smart applications*), en las aplicaciones desarrolladas sobre las capas superiores de la red (párr.18).

Encontramos que en las dos citas anteriores se toca otro tema importante a efectos de defender la neutralidad de la red: la innovación. Se profundizará un poco más sobre este tema en breve. Bajo esta perspectiva, se entiende que la clave del progreso está en que se permita un libre acceso a las aplicaciones que se van desarrollando, sin que esto dependa de la voluntad de otros actores (ISP). No es de extrañar que se presente este modelo, en principio, como el más atractivo para el típico usuario, al encontrar en este mayor libertad en su acceso y posibilidades de utilización del servicio.

Dar un carácter abierto a la red conlleva muchas consecuencias de diferente índole. La red es una herramienta que otorga infinidad de posibilidades a los usuarios, dentro de las cuales se incluyen usos ilícitos o contrarios a lo que nuestra normativa gusta llamar como “la moral y las buenas costumbres”. Esta situación ciertamente lleva a cuestionar hasta qué punto resulta sostenible mantener un modelo totalmente abierto y neutral.

Alcántara (2010), fiel defensor de la neutralidad de la red, se refiere a este tema e indica:

El diseño de la web permite el intercambio de pornografía infantil y, también, que las fuerzas de seguridad atrapen a los pederastas. La libertad de la Red asusta a algunos, que insisten en criminalizarla. Sin embargo, la Red no es ni buena ni mala. Es lo que hagamos con ella. En otras palabras, los cuchillos no matan a las personas: las personas matan a las personas (párr.1 de Sección Rediseños, Internet y control).

Los argumentos de Alcántara nos pueden llevar a una discusión muy densa y posiblemente interminable. Evidentemente “la red” no es quien cometerá delitos, pero ciertamente puede facilitar que se cometan. No es casualidad que haya tenido que tratarse a nivel de legislación el tema de los delitos informáticos. En todo caso, la defensa de Alcántara va hacia el mantenimiento de una red neutral, no en el sentido de proteger o favorecer la impunidad de las personas que cometan delitos, utilizándola. Mantener una red abierta no significa legitimar todos los usos que se le pueda dar a ésta, se trata únicamente de no restringirlos de antemano. En todo caso, el argumento de no crear limitaciones sería mucho más difícil de sostener si hubiera la posibilidad de simplemente restringir los usos ilícitos en esta; pero sabemos que eso es imposible, y con la imposición de limitaciones se afectan tanto los usos legítimos como los usos ilegítimos, afectando a usuarios “inocentes” y a delincuentes por igual.

Alcántara (2010) señala que quienes se dispongan delinquir siempre buscarán alguna alternativa para hacerlo, con Internet o sin ella, por lo que poco beneficia tomar medidas que afectan a todos los individuos.

Es en razón de lo anterior, tanto Alcántara como muchos otros autores consideran que no conviene realizar un rediseño de la red; debe mantenerse el modelo original y neutral.

1.3.1.2 Libertad de expresión, libertad de comunicación y acceso a la información

En Costa Rica siempre ha gustado presumir de la libertad de prensa y la libertad de expresión; ¿no estaría está en peligro si empezamos a limitar las vías mediante las cuales las personas pueden emitir su opinión?

Uno de los ámbitos que más se ha visto revolucionado e impulsado por la utilización de Internet ha sido el de la libre expresión de ideas y pensamientos de las personas. Antes del Internet, parecía poco probable pensar en una forma en que podría cualquier individuo particular compartir sus pensamientos con otras personas que ni siquiera conoce. Resultaba sumamente difícil para una persona expresar sus ideas más allá del grupo con el que se relaciona en el día a día. Con el Internet se permitió a cualquier sujeto conectado poder exponer sus ideas en infinidad de lugares, a través de las diversas vías que permite la red, dando la posibilidad de dar publicidad a sus ideas y pensamientos en distintos ámbitos según sus intereses. Con esta herramienta, en unos pocos minutos, una persona puede convertirse en autor de un "artículo" de opinión que, dependiendo de dónde se publique podría ser visto por muchas personas; o convertirse en el director de su propio video y publicar en una página como Youtube sus producciones, para que estén al alcance de millones de personas.

Evidentemente no todas las ideas que se publican en la red llegan a tener una amplia difusión, pero lo cierto es que las posibilidades de diseminar una idea se potencian enormemente, mediante el uso de Internet. Personas que en su defecto podrían preferir mantener sus ideas para sí, muchas veces encuentran en el Internet un incentivo o una ventana para dejar a un lado sus complejos y su timidez, y de esta forma aportar a la red global de conocimiento. No es de extrañar

que páginas como Youtube hayan servido para revelar talentos escondidos, y para catapultar a un número considerable de personas al éxito y a la fama, como consecuencia de la exposición que estos medios conceden.

El punto a final de cuentas es que un modelo de red neutral permite potenciar las cualidades de Internet como herramienta propulsora de la libertad de expresión de las personas; situación que difícilmente se dará en un modelo donde los ISP tienen un amplio control sobre los contenidos que se pueden acceder y cursar en sus redes.

El establecimiento de medidas de control sobre el tráfico puede afectar de manera importante la libertad de expresión de los individuos, así como su autodeterminación informativa y posibilidades de comunicación. A medida que se aumenten las facultades concedidas a los ISP para manipular el tráfico, encontrará el usuario más restringidas sus posibilidades de expresarse libremente. Permitir un ejercicio arbitrario en la gestión del tráfico podría llevar a limitar o imposibilitar la expresión de ideas que tengan un trasfondo no deseado por el ISP, o vayan en una dirección contraria a las ideologías que pretenden se difundan.

En este sentido, los ISP bajo un modelo de libertad en la manipulación de tráfico darán prioridad a los contenidos en favor de sus intereses, y poco les importará cursar otros contenidos que no les representan un beneficio, o que en el peor de los casos desfavorecen sus intereses. Y es que los intereses de los ISP pueden ser muy amplios y abarcar diversos ámbitos. No se trata únicamente de intereses económicos y comerciales, sino que puede haber también intereses políticos en juego.

A manera de ejemplos, encontramos casos extremos como el de Cuba, donde las posibilidades de expresión en el plano político –así como en muchos otros- son seriamente reducidas; países como China o Corea del Norte, donde

prácticamente se prohíbe la interacción con el resto del mundo, y el acceso a información se encuentra sumamente controlado y limitado. Estas sin duda son situaciones particularmente excesivas, pero debe reconocerse que este tipo de bloqueos al final de cuentas constituyen prácticas contrarias a la neutralidad de la red, y sirven para ilustrar los alcances que puede llegar a tener el permitir su aplicación.

En Costa Rica, causó un gran revuelo cuando se habló de la llamada “Ley Mordaza”, por el supuesto peligro que significaría para la libertad de prensa y la libertad de expresión. Cada vez más, los ciudadanos forman parte de esta sociedad de la información, como medios “no oficiales” de información y opinión. Las redes sociales ya no se limitan a una comunicación casual entre conocidos, sino que constituyen actualmente una fuente importante de noticias y conocimiento para la sociedad. No es de esperar que el país llegue a adoptar o permitir políticas que dispongan sustraer totalmente a los ciudadanos de la posibilidad de expresarse a través de sus redes sociales o medio similares, pero no puede obviarse la afectación que devendría en este ámbito de libertades en caso de permitirse a los proveedores de servicios limitar el uso de este tipo de aplicaciones por parte de los usuarios.

Lo cierto es que, indudablemente, una red neutra siempre favorecerá la libertad de expresión y la autodeterminación informativa de los individuos, especialmente en una era en la cual la Internet constituye una herramienta tan fundamental para la comunicación.

Además, el libre acceso implica un beneficio para una comunidad o país como un todo, inclusive pudiendo concebirse como un beneficio para la humanidad. Se estima que gran parte de las ideas que propician finalmente cierto progreso derivan de otras ideas. Muchas ideas son “meta-ideas”, las cuales deben su origen a un preexistente intercambio de información. El acceso a la más diversa cantidad de contenidos y aplicaciones otorga a una persona una visión sumamente amplia sobre cualquier tema del cual se interese, propiciando un sinfín

de conocimiento que viene muchas veces a derivar en la producción de más material que será posteriormente aprehendido por otro sujeto, y así sucesivamente. Es así como, de la idea o la creación de una persona, pueden derivar muchas posibilidades para la innovación, bajo el entendido de que el intercambio de información pueda darse en primera instancia.

En suma, adicionalmente al derecho particular de la persona, no podemos dejar de considerar el efecto macro que puede producir la libre difusión del conocimiento.

1.3.1.3 Libertad de competencia

Se argumenta que una red neutral favorece la competencia, a nivel de los distintos sujetos que pueden participar dentro de la provisión de servicios al usuario, estos son: proveedores de red, de aplicaciones y servicios y de contenidos. Una red neutral propicia un ambiente de igualdad de condiciones para los participantes. Sí, por el contrario, se permite dar un tratamiento diferente a cierto tipo de tráfico, se puede originar una discriminación en contra de algunas participantes, que puede afectar la libre competencia.

A modo de ejemplo, un ISP podría bloquear una aplicación determinada, y por otro lado, sí permitir la utilización de otra aplicación de características similares, provocando así una afectación sobre el creador de la primera.

Las aplicaciones desarrolladas por estos agentes de mercado resultan en muchas ocasiones en instrumentos muy prácticos y de mucha utilidad para los usuarios de Internet. Sin embargo, en ciertas circunstancias las propias aplicaciones pueden atentar contra los intereses de los proveedores de Internet, esto puesto que en ocasiones se trata de herramientas que permiten a los usuarios realizar gratuitamente funciones por las que usualmente podrían devengar un lucro los proveedores de Internet. Aplicaciones como “Whatsapp”

permiten a los usuarios realizar funciones como: enviar mensajes instantáneos a otros usuarios, compartir fotos, videos, notas de audio. Los usuarios empiezan por lo tanto a hacer uso de estas herramientas en vez de enviar el mensaje de texto o mensaje multimedia que anteriormente utilizarían; ello, evidentemente, deviene en un margen menor de ganancia para los ISP. Este escenario puede llevar inclusive a integraciones verticales que desfavorecen la libre competencia.

Trayéndolo al plano costarricense, es cada vez más común encontrarse con aplicaciones de origen local, como lo son las creadas por algunos medios de comunicación o entidades bancarias. Pensemos entonces en el caso hipotético de que se diera una alianza entre un operador y alguna de estas entidades, que significase un bloqueo por parte del primero respecto al uso de otras aplicaciones de la competencia de su aliado.

Con el bloqueo se afecta entonces, primera y directamente, al proveedor de la aplicación, al tiempo que se perjudica al usuario que pretende acceder el contenido, perturbando finalmente el funcionamiento eficiente del mercado. Y es que las condiciones de competencia no solo afectan a los competidores propiamente, sino también, aunque en forma “refleja”, a los propios usuarios como “consumidores” de los servicios.

Analizaremos posteriormente más a fondo el tema desde la perspectiva del régimen de competencia en el mercado de las telecomunicaciones.

1.3.1.4 Innovación y diversidad

La innovación es un argumento de gran peso en favor de una red neutral. El tratamiento indiscriminado del tráfico otorga condiciones de mercado que incentivan la producción de contenidos y aplicaciones. El escenario se postra mucho más alentador, si quienes producen contenidos pueden tener certeza de que cualquier usuario estará en posibilidades de accederlos, si tiene interés en

hacerlo. Un mercado, en el cual exista un riesgo importante de que se limite el acceso y la comercialización de los contenidos producidos, desincentiva enormemente la innovación, y reduce la diversidad de opciones y las posibilidades de elección del usuario. Los desarrolladores de aplicaciones encuentran una gran barrera para crear e innovar, si el régimen en el que participan permite a los proveedores de Internet limitar la utilización de las aplicaciones, que los primeros producen. *A contrario sensu*, una red neutral permite a los desarrolladores de aplicaciones contar con la garantía de que sus productos podrán ser utilizados libremente por los usuarios, independientemente de quien sea el proveedor de servicio de Internet de cada uno de ellos, lo cual resulta en un factor de ponderación importante, a la hora de tomarse el tiempo para desarrollar una nueva aplicación.

La promulgación de medidas que promuevan el acceso a la red, así como el sano desarrollo y la libre competencia de los desarrolladores de aplicaciones pueden significar un gran avance para la sociedad. Las aplicaciones promueven el intercambio de información entre usuarios. La limitación al uso de Internet o de ciertas aplicaciones menoscaba la creación de nuevos contenidos y atenta contra el intercambio de información, el cual se estima fundamental para el desarrollo a diversos niveles, sociales, económicos, tecnológicos, culturales, entre otros.

Una red neutral no favorece únicamente a los desarrolladores de aplicaciones y a los usuarios finales, el efecto trasciende el propio mercado de las telecomunicaciones. Se estima que un modelo que no respete la neutralidad de red y que no abogue por la libre competencia, tenderá a llevar a un incremento en los precios, así como a una obstaculización a la innovación y un debilitamiento al potencial crecimiento económico.

Desde la perspectiva del usuario, el valor de la conexión a Internet que contrata un usuario dependerá mucho de los contenidos y las aplicaciones a las cuales pueda tener acceso. Internet es esencialmente una plataforma para

acceder a estos contenidos, y a medida que el acceso se vea restringido, el valor de la conexión inevitablemente disminuirá.

Es innegable la importancia de la inversión en el desarrollo de infraestructura de telecomunicaciones que permita la construcción de más y mejores redes, pero aquello debe ir aparejado de regulaciones que permitan la innovación, mediante la utilización que se pueda dar propiamente a estas redes.

Ciertamente relacionado con el tema de la innovación, un modelo de red neutral evidentemente propicia una mayor diversidad. La implementación de prácticas arbitrarias de gestión de tráfico por parte de los ISP usualmente irá orientada a favorecer sus propios intereses, a priorizar contenidos a los cuales les beneficie hacerlo. Esto puede cobrar una factura elevada, especialmente a los proveedores de contenidos de pequeña envergadura, quienes se encontrarían en una posición vulnerable frente a otros proveedores de contenidos que cuenten con mayor presencia, o podría inclusive darse una integración vertical, donde los operadores de red se integren con proveedores de contenido y aplicaciones, de manera que se favorezcan sus contenidos por encima de los contenidos de los otros proveedores no asociados. Esta afectación se refleja luego hacia los usuarios, quienes ven limitado su acceso a diversidad de contenidos. Los usuarios dentro de una red en la cual los ISP controlan a placer los contenidos ven circunscrito su derecho de elección a lo que los ISP quieran permitir en sus redes.

Al respecto manifiesta Alcántara (2010):

La muerte de la neutralidad conlleva la desaparición de la diversidad: sin neutralidad sólo los más fuertes, capaces primero de centralizar la Red en su infraestructura y luego de mantenerla en pie con los beneficios obtenidos de ello, pueden ofrecer sus servicios... Internet está cada vez más centralizada. Se reduce

la competencia hasta dejarla, en muchos ámbitos, limitada a un oligopolio (Párr.3-5 de Sección El objetivo central de la recentralización).

El tema del oligopolio mencionado por Alcántara es interesante, pues ciertamente la práctica común es que las empresas más grandes se sigan expandiendo, mediante la compra de las empresas más pequeñas y florecientes. A como se va moviendo el mercado, se empiezan a condensar los participantes y concentrarse el poder en pocos actores.

Propiamente en el contexto de Costa Rica, cabe señalar que en el año 2012 se introdujeron reformas a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, dentro de lo cual se dispuso establecer condiciones más restrictivas para la aprobación de concentraciones; a efectos de evitar que producto de estas, se pudiesen dar limitaciones o daños a la competencia lo cual pudiesen producir resultados adversos para el mercado y para el consumidor.

A final de cuentas lo que se tiene es una reducción significativa en el flujo de ideas y conocimiento.

1.3.1.5 Afectación remuneratoria

La afectación remuneratoria constituye un tema que vale la pena analizar, a la hora de estudiar las implicaciones que conlleva seguir o no un modelo de red neutral.

En el modelo general que se utiliza actualmente, los ISP cobran al usuario final por brindarle su conexión, pero no cobran a los proveedores de contenidos. Se ha discutido sobre la, podemos decir “justicia” o no de seguir este modelo; esto puesto que algunos estiman que, mediante este, los proveedores de contenidos encuentran un beneficio excesivo, al lucrar a partir de una red ya establecida y pagada por los ISP.

Siguiendo esta línea, los ISP corren con todos los gastos de construcción de la red para proveer sus servicios. Los proveedores de contenidos evidentemente requieren de un medio para transmitirlos, pero pueden limitarse a gastar en lo que requieran para realizar estos contenidos, pues los medios de transporte ya se encuentran construidos y no tendrán que desembolsar de su dinero para estos efectos.

Un modelo que contemple un pago en este sentido por parte de los proveedores de contenidos ha sido propuesto en ocasiones anteriores, evidentemente impulsado en la mayoría de las ocasiones por los propios ISP. Un caso interesante se dio en el 2010, cuando el presidente de Telefónica César Alierta inició un movimiento para que se constituyera una tasa a pagar por parte de las grandes empresas de Internet a los ISP, con fundamento en los gastos en los que deben incurrir los segundos para la construcción de la infraestructura necesaria para la prestación de estos servicios.

Para estos efectos, Marín (2010) menciona que Alierta manifestó en una conferencia de prensa en febrero del 2010:

Los buscadores de Internet utilizan nuestra red sin pagarnos nada, lo cual es una suerte para ellos y una desgracia para nosotros. Pero eso no va a poder seguir, es evidente, las redes las ponemos nosotros, el peering lo hacemos nosotros, los sistemas los hacemos nosotros, el customer care lo hacemos nosotros, el servicio post-venta lo hacemos nosotros, el servicio de instalación lo hacemos nosotros, lo hacemos todo. ¿Cuál es la estrategia de telefónica? Eso va a cambiar (párr.1).

Estas declaraciones tuvieron bastante resonancia en el momento, y en cierta parte recibieron mayor soporte de lo usual, al punto de que él, en ese

entonces, Ministro de Industria de España, Miguel Sebastián manifestó su apoyo, instando a su vez a la Unión Europea a evaluar la propuesta.

Sin perjuicio de lo anterior, no menos detractores generaron en contraposición, las declaraciones y la propuesta de Alierta, los cuales, para muchos, no tienen lógica ni cabida.

Ismael Peña-López considera que la afirmación de Alierta en cuanto a que los buscadores de Internet utilizan la red de los ISP sin pagarles nada, no es cierto, esto por cuanto la utilización de Internet y, específicamente el acceso de un usuario a un buscador, supone un intercambio de información que requiere de un ancho de banda contratado para bajar los datos por parte del usuario final, pero también uno del proveedor de contenidos para enviarlos. Al respecto consideremos las palabras de Peña-López (2010):

Los proveedores de servicios de Internet (Google y YouTube, pero también El País o la Agencia Tributaria) contratan más ancho de banda que un hogar cualquiera. Y pagan por ello. Digámoslo otra vez: los proveedores de servicios de Internet sí pagan por usar las redes de telecomunicaciones. Lo que César Alierta pretende no es que paguen, que ya lo hacen, sino que compartan (a la fuerza) los beneficios de sus actividades en Internet. Cómo he leído o me han comentado (perdón por no recordar la referencia) es como si el peaje de la autopista fuese variable en función de si somos domingueros o si transportamos oro en lingotes. Lo que comúnmente se llama usura (Párr.4-5).

No deja de ser interesante la perspectiva de Peña-López sobre el tema, quien llega al punto de denominar como “usura” lo que pretende Alierta. Evidentemente no se trata de un tema sencillo, una y otra posición tienen cierta

razonabilidad dentro de sus planteamientos y su forma de ver la justicia o no que ostenta el modelo actual de Internet.

La propuesta de Alienta pareciera en principio orientada hacia cobrar esta tasa a las empresas más importantes de Internet. Si bien son estas empresas las que tienen mejores posibilidades de afrontar gastos de este tipo, no pareciera muy justo hacer una distinción y agravar discriminatoriamente la situación de algunas empresas con base en el éxito de las mismas. Por otro lado, si se busca aplicar medidas que incluyan a las empresas más pequeñas, estas podrían resultar encontrar en ello una barrera importante para su desarrollo. Por supuesto las especificaciones propias de una tasa de este tipo podrían moldearse para que resulten, de alguna forma, acordes con las condiciones de las diferentes empresas, pero lo cierto es que una tasa de este tipo siempre va a resultar en un desincentivo para el desarrollo de contenidos, para la innovación.

Adicionalmente, siendo que el Internet consiste de una serie de redes conectadas, esto podría dar paso a que se cobre más de una vez por una transmisión a través del recorrido entre estas; situación que desincentivaría las transmisiones y reduciría el tráfico en las mismas, con todas las consecuencias que ello deriva.

El llamado “doble pago” no se da únicamente por el hecho de efectuarse a dos sujetos distintos. Bajo el modelo que pretenden seguir los ISP, se busca cobrar más -o más veces- a los usuarios finales por los servicios que reciben.

El servicio mediante el cual, por una tarifa plana, se accede libremente a todo contenido de Internet, se desnaturaliza, dividiendo los contenidos y cobrando por separado el acceso a cada uno de ellos, lo que finalmente supondría una inflación del precio, al pagar más veces por lo que sería el mismo servicio que se recibía anteriormente.

El principal problema, con este tipo de modelos de doble pago por parte del usuario final, es que normalmente supone una división de los contenidos de la Red. Usualmente se operaría empaquetando de alguna forma los sitios WEB o las aplicaciones que tienen más demanda – o bien que conviene cobrar por aparte de conformidad con los intereses del ISP- y se procedería a requerir un pago adicional para el acceso a cada uno de ellos. De esta forma, se estaría agravando y restringiendo el acceso a determinados contenidos, lo cual resultaría contrario a la neutralidad de la red.

El riesgo entonces radica en que los ISP podrían buscar una asignación de precios que responda a sus intereses. Esto es especialmente peligroso, si se toma en cuenta que estos se encuentran en este sentido en una posición muy ventajosa, sobre el usuario, al tener en sus manos el manejo de sus comunicaciones. De esta forma, podría el ISP “jugar” con los intereses del usuario y manipularlo, cobrándole más caro, según el valor especial que pueda prever tenga para el usuario un tipo de contenido o comunicación específica.

En todo caso, el tema de si las situaciones vistas anteriormente implican un doble pago o no, o de si es justo o no que los proveedores de contenidos paguen al ISP por el lucro que obtienen del uso de las redes construidas por aquellos, evidentemente son asuntos muy debatibles y podremos encontrar criterios que parecieran bastante válidos en uno u otro sentido.

En adición al tema sobre el doble pago según el sujeto, en el plano remuneratorio, también reviste interés para la materia que nos ocupa el debate sobre el modelo de cobro que aplican los ISP al propio usuario por el acceso y uso de su conexión, discusión que ha trascendido inclusive en el ámbito costarricense.

Inicialmente, el acceso a Internet se daba a través de la misma línea del teléfono y el cobro dependía del tiempo que se mantuviera el usuario conectado a la red, independientemente del volumen de datos que bajara. Con la incursión de los módems y cable módems en el mercado, se dejó de depender de la línea

telefónica, y se pasó a un modelo de tarifa plana, mediante el cual el usuario paga un monto fijo determinado, de conformidad con el ancho de banda contratado y que no varía, en razón del tiempo de uso ni el volumen de datos que finalmente consume el usuario durante el plazo contratado.

El modelo de tarifa plana ha sido el utilizado primordialmente durante los últimos años, con el cual creció de manera exponencial la utilización del Internet. Sin embargo, los intereses de algunos grupos eventualmente llevaron a cuestionar la utilización de este modelo. De manera similar al caso del doble pago se cuestiona sobre la “justicia” o inclusive conveniencia de utilizar un modelo de cobro fijo que no contemple la utilización real o el volumen de datos que finalmente consume el usuario del servicio. Es ante ello que surge el modelo de cobro por volumen de datos, el cual ha tenido mayor discusión y auge particularmente en lo que refiere a Internet móvil.

Asimismo, el cierto factor de novedad aún prevaleciente en materia de Internet móvil ha resultado un terreno más propicio para introducir nuevos modelos de cobro, al no estar tan arraigada la idea de la forma en que debe operar dicho servicio. Además, los operadores móviles suelen tener un especial interés en cobrar de esta forma, pues, con el surgimiento de nuevas aplicaciones que permiten a los usuarios enviar mensajes o conversar con otros usuarios de manera gratuita, se sustituye la utilización de estos servicios por los que anteriormente pagaban; ante esta situación a los operadores les interesa obtener algún tipo de remuneración por este tipo de uso.

La utilización de esta modalidad de cobro se ha justificado en esencia en algo que pareciera de por sí lógico: cada usuario debería pagar conforme al uso real que hace de su conexión y de la red. Un presupuesto importante que sustenta lo anterior es que las redes no siempre están preparadas para soportar más allá de cierto volumen de tráfico, por lo que, en caso de darse un uso particularmente intensivo de la red, se podría deteriorar la calidad del servicio. En este sentido, en

Europa, el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE) ha indicado que la mayoría de las autoridades reguladoras nacionales recibieron quejas de los consumidores en relación con la discrepancia entre las velocidades anunciadas y reales de las conexiones a Internet; dicha situación podría obedecer a los presupuestos anteriormente indicados.

Aunque bien podría argumentarse que, en estos casos, el operador tendría que contar con redes con suficiente capacidad para soportar este tipo de usos, ya que se trata de un escenario posible y esperado, lo cierto es que en muchos casos se achaca esa ralentización o deterioro en el servicio a cierto grupo de usuarios que se estima abusan en la utilización de la red, a un punto que va más allá de las posibilidades de las redes de los operadores. Siguiendo esa premisa, resulta entonces insostenible mantener un modelo que trate igual a usuarios distintos, donde una porción mayoritaria de personas que utiliza de manera moderada la red, puede verse afectada por los comportamientos de un grupo particular de usuarios y que, finalmente, pagan un mismo monto por el servicio que los anteriores.

Actualmente existe este debate sobre la implementación de este tipo de modelo de cobro. La discusión tiene cierta relación con el tema de la neutralidad de la red, aunque es discutible si se trata de una relación directa. Lo cierto es que cuando se cobra por el volumen, el tráfico y el uso del servicio dejan de tener un tratamiento igual y uniforme. El envío de un mensaje a través de una aplicación o la llamada o video, llamada que anteriormente podía efectuar el usuario de manera gratuita tiene ahora un precio, el cual dependerá del volumen de datos consumidos, asumiendo que no exista alguna política adicional para este tipo de aplicaciones. En consecuencia, la libertad que tenía el usuario para utilizar la red podría mermarse, al punto que el acceso a ciertos contenidos se pueda volver inviable en razón del cobro que este implicaría.

En todo caso, más adelante estudiaremos a mayor profundidad este tema, cuando analicemos el caso particular de Costa Rica y la discusión y tratamiento que se le ha dado a esta materia sobre el modelo de cobro a nivel nacional.

1.3.1.6 Abusos en la administración del tráfico

Como se vio anteriormente, el asunto de si la red debe ser totalmente neutral para que se cumpla el principio es algo ciertamente discutible. Tomando una posición no extremista, la adopción de un modelo de red que permita la manipulación del tráfico puede presentarse como una herramienta útil para el manejo de sus redes por parte de los ISP. Sin embargo, si la misma tiene como objeto cambiar el curso normal de las comunicaciones, debe estar ésta sustentada en razones objetivas, y no puede ser arbitraria o discriminatoria.

En este sentido, un caso que típicamente se presenta es el bloqueo a servicios de voz sobre IP por parte de operadores que ofrecen Internet móvil. No es de extrañar que estos proveedores no tengan particular afinidad por el uso de este tipo de servicios por parte de sus clientes, quienes encuentran en estos un portillo para comunicarse gratuitamente con otros usuarios, sin tener que incurrir en los gastos que representa una llamada telefónica.

Y es que cada vez encontramos más opciones que puede utilizar el usuario para sustituir los servicios brindados por su proveedor, y por los cuales se le cobra por separado dependiendo del uso. Los operadores móviles iniciaron brindando únicamente el servicio de voz, pero fueron evolucionando y agregando a la lista servicios de mensajería, mensajería multimedia y hasta video llamadas. A medida que se amplía la oferta de servicios, se imponen diversos costos dependiendo del servicio. Pero los desarrolladores de contenidos van paralelamente avanzando y poniéndose "a la par", desplegando para el usuario soluciones gratuitas para cada uno de estos servicios.

Si bien es cierto que los operadores de telefonía obtienen ganancias provenientes de una tarifa base por el servicio, lo cierto es que la mayor parte de sus ganancias provienen del cobro singular de cada una de esas llamadas y mensajes enviados por el usuario por encima del pago fijo. La sustitución masiva del uso de llamadas por medio de las redes fijas o móviles del operador, por el uso de llamadas a través del protocolo IP por medio de programas como Skype, representa una gran pérdida de ganancias para el operador; de igual forma como lo es el envío de mensajes a través de aplicaciones como Whatsapp.

Caso contrario a lo visto, cuando se trata de contenidos de la misma naturaleza, no resulta justificable, en principio, dar un trato preferencial a un contenido sobre otro.

Un gran problema con la gestión de tráfico es que resulta muy difícil comprobar que las medidas tomadas por los ISP responden efectivamente a un objetivo de salvaguardar la eficiencia de la red. Bien podría tratarse de una priorización de tráfico en razón de favorecer los propios intereses de los ISP que aplican las medidas. Para estos efectos, estos podrían dar prioridad a paquetes por los cuales se ha recibido una remuneración a cambio, por encima de aquellos traficados de forma gratuita.

Alcántara (2010) se refiere al tema de los acuerdos bilaterales operador-prestador:

Hay otras situaciones en las que el prestador de servicio utiliza su capacidad financiera para subvencionar el acceso a los servicios propios. Este tipo de escenario agrada a los operadores: el prestador de un servicio por Internet decide pagar al operador para que privilegie sus servicios frente a los de la competencia, de forma que le resulte más sencillo atraer a los usuarios... Los proveedores de acceso a Internet, por medio de un acuerdo con el prestador de servicio, se garantizan un ingreso. El prestador generalmente intentará conseguir beneficios en

número de usuarios y, para ello, se asegurará de recibir un trato preferente: puede que los usuarios accedan con más fluidez a sus servicios o puede que vean subvencionado parte del coste de conexión al mismo. (Párr.1-3 Sección Acuerdos Bilaterales operador- prestador)

De permitirse realizar acuerdos de este tipo, peligra la diversidad en los contenidos, puesto que no todos los proveedores de contenidos estarán en condiciones de efectuarlos, y podrían colocarse, en consecuencia, en una posición desfavorable en comparación con aquellos otros proveedores con más músculo, que sí cuentan con acuerdos para estos efectos.

En este tema, se ha discutido el propio fundamento detrás de la gestión de tráfico, ya que se estima que en ocasiones los ISP restringen o priorizan ciertos contenidos con base en una congestión inexistente. Sobre el particular, se habla de la generación de una “escasez artificial”, en el sentido de postular la red como una vía congestionada, donde el tráfico de datos se encuentra limitado por la insuficiente capacidad de la red frente al volumen de datos que se intercambian. Por supuesto que la determinación de si la escasez es artificial o no va a depender de cada caso y de cada red, puesto que evidentemente encontraremos algunas redes verdaderamente congestionadas, pero lo cierto es que los ISP encuentran aquí una herramienta para justificar el llevar a cabo una administración del tráfico en sus redes, independientemente de si aquellas se encuentran verdaderamente congestionadas o no.

Sin perjuicio de la importancia que reviste determinar que el gestión de tráfico es justificado, lo cierto es que quienes se oponen a la neutralidad siempre encontrarán que este principio representa una camisa de fuerza para ellos, quienes en caso contrario estarían en posibilidad de dar un uso inteligente a la red y mejorar la eficiencia a través de estos mecanismos.

Lo cierto es que los abusos en la administración del tráfico, si bien corresponden a una práctica no poco común en la práctica, se trata en realidad a final de cuentas de un potencial riesgo, y no de una consecuencia cierta y necesaria de la adopción de un modelo que no prescriba la neutralidad de la red. Lo anterior aplica especialmente de cara al análisis de la situación costarricense, habida cuenta que en el ámbito local no ha sido común conocer de este tipo de prácticas abusivas; lo cual representaría sin embargo un riesgo a futuro.

1.3.2 Argumentos en contra de la neutralidad de la red

No es tan simple trazar la línea entre lo que serían argumentos en favor de la neutralidad de la red y lo correspondiente a argumentos contrarios a aquella; esto en razón a las diferentes facetas que podemos encontrar del principio, para lo cual habrá prácticas consideradas por algunos como contrarias al principio de neutralidad, al tiempo otros estimarán que no lo contradicen, en el entendido de que se encuentran dentro del rango de flexibilidad permitida.

Dicho lo anterior, al igual que para el caso de quienes defienden la neutralidad de la red, los opositores cuentan con toda una serie de fundamentos para manifestar su posición. De este lado, naturalmente, a quienes usualmente encontramos es a los operadores de redes y proveedores de servicios.

Aun cuando partimos de que el modelo normativo costarricense no se centra en los derechos de los operadores y proveedores; tampoco se puede dejar de reconocer un ámbito mínimo de garantías para estos agentes del mercado, así como la consideración de criterios de proporcionalidad y razonabilidad a la hora de adoptar medidas. Que el modelo tienda a proteger al usuario no releva de importancia el estudio sobre los argumentos que se utilizan para defender la posición opuesta, lo cual servirá cuanto menos para relativizar una posición favorable a la neutralidad de la red.

A continuación estudiaremos algunos de los argumentos más importantes que suelen utilizarse para oponerse a la aplicación de este principio.

1.3.2.1 Uso inteligente y eficiente de la red: administración y gestión del tráfico

Mientras que los defensores de la neutralidad consideran que el éxito de la red se fundamenta en una estructura permisiva del libre tránsito de los datos, los opositores estiman que el modelo de “tubería tonta” no es para nada práctico, pues hace uso de la red como mera utilidad, sin aprovechar las posibilidades de manipularla y controlarla de forma que administre el tráfico de manera más eficiente.

Sobra decir que son los propios ISP quienes, en principio, tienen mayor interés en que se desaplique el principio *end-to-end*, para así poder gestionar sus redes de conformidad con sus intereses. Ilustrativo de esta perspectiva, Pérez (2013) explica:

Por su parte, quienes se oponen a la neutralidad piensan que la evolución de la red conduce a abandonar el principio *end-to-end*. Creen que los operadores de la red son quienes están en mejor disposición de decidir el camino para esta evolución y que no se debe restringir su capacidad de buscar maneras innovadoras de gestionar su “red inteligente” (discriminación de tráfico, priorización de ciertos flujos de datos para conseguir así la diferenciación de productos), lo que incrementaría sus ingresos y les permitiría financiar las inversiones necesarias para mejorar las infraestructuras (párr.19).

Este constituye uno de los argumentos más utilizados por los detractores de la aplicación del principio de neutralidad de la red, quienes estiman la aplicación del principio trae aparejado un efecto muy adverso al restringir las posibilidades de manipular el tráfico, de manera que se mejore el tránsito en las redes. Para estos

efectos, se pretende incrementar la eficiencia, mediante el uso de técnicas o instrumentos como la administración o “gestión” del tráfico.

Se arguye que las redes se encuentran sujetas a un intercambio continuo de datos, el cual obliga a los ISP a gestionar el tráfico para garantizar que no se produzca una congestión, que finalmente pudiese perjudicar al usuario.

Esta situación la podemos llevar al plano costarricense, donde recientemente algunos operadores móviles han manifestado ciertos problemas en el manejo del tráfico de Internet móvil en sus redes, las cuales -en apariencia- no se encuentran presentemente en capacidad de manejar el flujo actual de datos, especialmente en los momentos de pico de tráfico en el día. Por consiguiente, debe advertirse que, ante una imposibilidad física de transmitir la totalidad de los datos en igualdad de condiciones por un tema de capacidad, la gestión del tráfico pasaría prácticamente de ser una alternativa, a constituir una necesidad.

Si bien es cierto que una red totalmente neutra no permitiría la intervención que estas prácticas implican, lo cierto es que, para algunos, dependiendo de la posición que se tome, la administración del tráfico no necesariamente constituye una práctica contraria a la neutralidad.

Gestionar el tráfico evidentemente implica una intervención sobre el flujo y la forma en que el intercambio de los datos se daría naturalmente, limitando o priorizando ciertos datos sobre otros, en aras de mantener una red eficiente. Desde una postura inclinada a la absoluta neutralidad de la red, cualquier injerencia en el tráfico de este tipo debe considerarse contraria al principio, y por lo tanto resultaría inaceptable acudir a tales instrumentos.

Sin embargo, algunos consideran que la administración del tráfico no resulta contraria a la neutralidad, siempre y cuando no se practique de manera irrestricta, esto es, considerando una serie de limitaciones importantes en su

ejercicio; o según estiman alguno, inclusive dentro de lo que sería un ámbito de excepcionalidad.

En primer término, siendo que la administración de tráfico en principio se justifica en razones de mejora a la eficiencia de la red, naturalmente corresponde comprobar que existen razones objetivas y justificables que sustentan la decisión de un ISP en cuanto a realizar una práctica de este tipo. Dejar el tema al alcance de la arbitrariedad puede devenir en una utilización excesiva o abuso en la utilización de estos mecanismos.

Acerca de este tema, indica la Comisión Europea (2011):

Se acepta generalmente que los operadores de redes tienen que adoptar ciertas prácticas de gestión del tráfico para garantizar un uso eficiente de sus redes y que ciertos servicios IP, como por ejemplo la IPTV en tiempo real y la videoconferencia, pueden exigir una gestión particular del tráfico a fin de garantizar una calidad del servicio elevada y predefinida. Sin embargo, el hecho de que algunos operadores, por razones que nada tienen que ver con la gestión del tráfico, puedan bloquear o degradar servicios legales (en particular los de voz sobre IP) que compiten con sus propios servicios puede considerarse contrario al carácter abierto de internet (pp.3-4).

Existen diversas formas o técnicas mediante las cuales se puede administrar el tráfico. Para estos efectos, tenemos:

- La priorización de tráfico o diferenciación de paquetes, la cual implica dar un trato distinto a diferentes clases de tráfico. Relacionada con esta técnica,

también se puede hablar de una "regulación" del tráfico. Al respecto, el documento emitido por la Comisión Europea (2011) indica:

La regulación es una técnica empleada para gestionar el tráfico y minimizar la congestión, pero puede también utilizarse para degradar cierto tipo de tráfico (por ejemplo, ralentizándolo), afectando así a la calidad de su contenido, como en el caso de un flujo continuo de vídeo suministrado a los usuarios por un competidor (p.6.)

Dentro de estas prácticas, encontramos también lo que se denomina como "*traffic shaping*", que consiste en dividir o catalogar el tráfico dependiendo del tipo de que se trate, y dependiendo de ello, dar un tratamiento distinto al mismo. Para estos efectos, podría separarse y priorizarse el curso de contenidos en los que el elemento temporal tenga mayor importancia; o bien podría catalogarse el tráfico en razón de otros aspectos como el sujeto que lo envía o el sujeto que lo recibe.

- El encaminamiento IP, el cual consiste en guiar los paquetes a través de distintas rutas, con vista en evitar la congestión de las vías.
- El bloqueo o el filtrado, que consiste en la acción de impedir el acceso a determinados contenidos o suprimir cierto tráfico que se estima como "no seguro".

La Comisión Europea (2011) indica sobre el bloqueo que "El bloqueo puede ejercerse dificultando el acceso o restringiendo directamente determinados servicios o páginas de internet" (p.6).

El bloqueo de datos o contenidos se justifica en el entendido de que estos puedan significar una amenaza para la seguridad de la red, o bien para la

seguridad de los usuarios y sus equipos. Al efecto, resulta conveniente realizar bloqueos de tráfico cuando se trata de prevenir la difusión de virus o de *spam*.

En todo caso, con el aumento en el uso de Internet de banda ancha, aumenta también la necesidad de tomar medidas para procurar la seguridad de la red, que permitan la privacidad, confidencialidad y seguridad.

Otro aspecto que se pretende salvaguardar mediante los bloqueos son los derechos de propiedad intelectual.

1.3.2.2 Derechos de autor / propiedad intelectual

Dentro de lo que serían los límites a la neutralidad de la red, un tema que reviste especial consideración a la hora de pretender demarcar los alcances de este principio, es la propiedad intelectual y los derechos que derivan de esta materia. La red permite a los usuarios una multiplicidad de usos, dentro de los cuales, naturalmente, se encuentra el poder comunicarse entre ellos y compartir información y contenidos. Dentro de este marco de posibilidades, desde varios años atrás, los usuarios de la red comenzaron a adoptar la práctica de compartir archivos, fundamentalmente mediante lo que se denominan redes *peer to peer* (P2P). “Napster” y “Kazaa” fueron algunos de los primeros programas utilizados masivamente para estos propósitos, y representan casos bastante populares donde se empezó a discutir el tema de la violación a derechos de propiedad intelectual provocados en ocasión de la práctica de compartir archivos en la red.

Cabe señalar que dicha discusión sobre los derechos de autor, en el contexto de los servicios de acceso a Internet, ha tenido desarrollo especialmente en el ámbito internacional; siendo que en el marco costarricense no se han desplegado particulares esfuerzos para regular la materia. En este sentido, debe advertirse que los proveedores en Costa Rica no tienen actualmente mayores obligaciones o responsabilidades en cuanto al monitoreo de los contenidos

descargados o compartidos por sus usuarios; con lo cual pierde hasta cierto punto peso dicho argumento de cara a la definición de la controversia en torno a la neutralidad de la red para el caso costarricense.

En todo caso, en el contexto del estudio general de este tema, el potencial choque entre los derechos de los usuarios de servicios de Internet y los derechos de autor necesariamente lleva a ponderar hasta qué punto resulta razonable pretender un uso libre e indiscriminado de la red. La protección de derechos de propiedad intelectual en consecuencia se presenta como otro argumento para contradecir la conveniencia de contar con una red totalmente neutral, ya que en dicho escenario, los ISP no podrían intervenir para bloquear o restringir el tránsito de contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual que se compartan.

Un problema en este punto es que, al igual que con otros aspectos, los ISP no siempre –o quizás rara vez inclusive- actúan con el objetivo de proteger derechos e intereses de terceros. De hecho, en un inicio, los ISP empezaron a optar por limitar la utilización de redes P2P principalmente en razón de que su uso demandaba un gran ancho de banda, que podía perjudicar la eficiencia de la red y la calidad de los servicios de otros usuarios. Alcántara (2010) considera inclusive que el Estado utiliza el tema de la propiedad intelectual como herramienta para monitorear los comportamientos de los usuarios. En este sentido indica:

Los ataques del estado a Internet pretenden aumentar significativamente el control social. El progresivo endurecimiento de la legislación sobre propiedad intelectual ha sido el paraguas bajo el cual se han introducido sistemas de monitorización intensiva de la actividad de los usuarios en Internet (párr.1 Sección Estado, agente público).

Ante el surgimiento y desarrollo de tendencias hacia la neutralidad de la red, y con el desarrollo de la banda ancha, se hace cada vez más difícil justificar el

bloqueo de aplicaciones P2P en razón del consumo que representa, y resulta más factible escudarse en un tema de propiedad intelectual.

Otra utilización de la red, que históricamente ha representado un problema de cara a la protección de derechos de autor, es la de los servicios de alojamiento de archivos, como lo fue el caso de la página “Megaupload, la cual fue finalmente cerrada por el FBI en el año 2012, precisamente por infracción a derechos de autor.

Lo cierto es que este tipo de bloqueo de páginas, programas o aplicaciones se ha dado siempre fuera de la jurisdicción costarricense. Estados Unidos ha emprendido grandes esfuerzos por controlar el tráfico de este tipo de material, y ha procedido en diversos casos a emprender cierres o bloqueos. En estos casos se trata de un bloqueo general que impide acceso a la totalidad de la población, por lo que no está en manos de los ISP locales o de las autoridades locales el poder permitir dicho acceso; se trata de un bloqueo forzado.

Igualmente ha sucedido y sucede en ocasiones con ciertas páginas cuando indican al usuario que no se puede acceder el contenido porque no está disponible para esa área geográfica. Se trata de una restricción impuesta en el origen, donde poco podría hacer el regulador local para cambiar la situación.

Hasta el momento, en Costa Rica se ha tendido a favorecer la libertad del usuario a acceder cualquier contenido de la red. Por un lado, la regulación de telecomunicaciones en el país tiene cierta tendencia a la protección del usuario. Por otro, debe reconocerse la complejidad y reto que supondría pretender controlar el acceso o tránsito de contenidos protegidos por derechos de autor, considerando la magnitud de la red y el volumen de usuarios. Adicionalmente, cualquier medida tendiente a restringir la libertad de expresión o libertad de información en Costa Rica suele encontrar gran resistencia y repudio entre la población, situación que tampoco favorece su aplicación.

Según se mencionó anteriormente, en el plano normativo, la regulación en materia de propiedad intelectual en Costa Rica no ha sido concebida con el propósito particular de regular este tipo de situaciones. La normativa se centra más en lo que refiere a la protección de derechos de autor en el ámbito nacional, de conformidad con la información que consta en el Registro de la Propiedad Industrial y el Registro Nacional de Derechos de Autor y Derechos Conexos. Para estos efectos, se pretende prevenir un uso o comercialización indebida, así como cualquier otra práctica que pueda interpretarse como un acto de competencia desleal; y así no pretender ejercer un control sobre el acceso a cualquier contenido en la red.

De lo anterior se desprende que, si bien resulta importante tomar en consideración ciertos derechos a la hora de pretender proteger también los derechos de los usuarios de telecomunicaciones, la realidad normativa y regulatoria actual costarricense no se ha preocupado mayormente por este tema en el contexto del intercambio de archivos en la red, lo cual representaría en todo caso un reto muy importante y potencialmente de imposible cumplimiento para los proveedores.

1.3.2.3 Desincentivo a la inversión en infraestructura

Un argumento que suele escucharse en contra de este principio refiere a la circunstancia de que, partiendo del hecho de que un modelo de red neutral puede atraer diversas restricciones o inconvenientes para los proveedores en la prestación de sus servicios, al no poder administrar sus redes y cobrar a sus clientes discrecionalmente, encontrarán estos un desincentivo para establecer sus negocios en dicho mercado, y particularmente para desarrollar costosa infraestructura de telecomunicaciones para brindar sus servicios.

Los proveedores tienen en su tarea evaluar toda una serie de aspectos a la hora de incursionar en un mercado, tales como las condiciones particulares que el entorno les ofrecerá para desarrollar su negocio, dentro de lo cual corresponde considerar las flexibilidades concedidas para administrar sus redes de manera eficiente y de modo que se obtengan remuneraciones que rentabilicen y justifiquen la inversión en infraestructura.

Un modelo excesivamente rígido puede llevar a un punto en el que no resulte realmente atractivo o rentable para el operador desplegar redes. Es claro que la construcción de infraestructura de telecomunicaciones y su mantenimiento y mejora requiere de una inversión muy importante de capital. Resulta necesario que las empresas del sector cuenten con los incentivos necesarios para propiciar una inversión en este sentido, dentro de lo cual se podría incluir el otorgamiento de posibilidades de administración de su red, así como la posibilidad de cobrar mediante un modelo que genere rentas suficientes para el operador.

Se argumenta asimismo que a fin de cuentas muchas veces los operadores son los dueños de las propias redes mediante las cuales se proveen los servicios, y como tales tendrían derecho de administrarlas, máxime considerando que históricamente ha sido práctica usual la administración de otro tipo de redes, como las redes eléctricas o ferroviarias.

1.3.2.4 Necesidades diferenciadas de los usuarios

Mientras quienes defienden la neutralidad apuntan al trato igualitario que debe existir para los distintos tipos de servicios, así como para los distintos usuarios; los opositores en cambio consideran que resulta inviable dar un tratamiento igual a servicios que tienen requerimientos y niveles de importancia distintos, al igual que los usuarios, quienes no siempre tienen las mismas necesidades. Algunos usuarios acostumbran utilizar la red de manera muy casual y para funciones realmente básicas que no ocupan mayor ancho de banda y cuyo

atraso en alguna medida –en el entendido de que no se trate de un atraso de tiempo excesivo–representaría realmente mayor perjuicio para el mismo. Otros usuarios en cambio utilizan la red de manera mucho más intensiva, y para operaciones mucho más complejas que demandan un mayor ancho de banda para que puedan ser ejecutadas conforme requiere el servicio particular.

A manera de ilustración, mediante un ejemplo un tanto extremo, podemos tener por un lado un sujeto ya pensionado que se limita a revisar su correo electrónico de vez en cuando para leer los chistes que suele enviarle su primo. Por otro lado tenemos una empresa médica empezando a aplicar la telemedicina para realizar una operación a la distancia a un paciente, utilizando la red. ¿Tendría sentido dar el mismo tratamiento al tráfico en caso de una congestión y dar paso primero al correo del sujeto pensionado si este entró antes, y que la operación médica pueda sufrir de un retraso? Pareciera difícil defender un trato igualitario en una situación como la anterior, donde poco efecto tendría un pequeño atraso en la descarga del correo para este individuo, al tiempo que un retraso en la operación podría poner en peligro la vida de una persona.

Es claro que lo anterior se trata de una comparación muy particular, y se estaría partiendo además del supuesto de que se conoce en detalle la utilización concreta que se está dando en cada uno de los casos. Sin embargo, existen situaciones menos extremas donde también puede determinarse fácilmente una afectación diferenciada en razón de la utilización particular, ejemplo de ello sería también el servicio de videoconferencia o una videollamada, donde podría perder considerable utilidad el servicio en caso de sufrir de retrasos en la transmisión o, en el caso de operaciones bancarias u operaciones de bolsa, donde es necesario contar con una garantía de que las operaciones se completarán.

Quienes se oponen a la neutralidad consideran que carece de sentido dar un tratamiento igual al tráfico que tiene características y requerimientos distintos. Así como varía la relevancia conforme el tipo de servicio, los opositores de la

neutralidad estiman que los propios usuarios tienen necesidades distintas, y por tanto tendría sentido dar un tratamiento diferenciado que atienda a este supuesto.

En este sentido, se consideraría normal tener distintos niveles y opciones de servicios para los usuarios conforme el precio que estuviesen aquellos dispuestos a pagar. Si por un lado quienes están a favor de la neutralidad desapruaban la idea de realizar dichas diferenciaciones, que implicarían la coexistencia de un “Internet para pobres” y un “Internet para ricos”; por otro, los opositores a la neutralidad estiman que no hay razón para determinar que un modelo de servicios diferenciado, en este sentido, no pueda aplicarse en este ámbito, puesto que es una práctica usual que encontramos en muchos otros entornos, como cuando un sujeto paga un boleto de avión en primera clase, precisamente a efectos de obtener un tratamiento privilegiado en la prestación del servicio que contrató.

Este tema ciertamente se relaciona con la discusión sobre el modelo de cobro. La identificación de importantes diferencias en la utilización de la red por parte de algunos grupos de usuarios de Internet móvil en Costa Rica fue precisamente lo que llevó a determinar la necesidad de instaurar un modelo de cobro por volumen de descargas; lo anterior a efectos de brindar una alternativa de cobro que resulte proporcional con los usos de cada usuario, previniendo así que un pequeño grupo de usuarios afecte las prestaciones recibidas por el resto, sin verse afectados de forma alguna por ello. El tema será revisado a mayor profundidad más adelante cuando estudiemos particularmente dicho modelo de cobro en el caso costarricense.

1.3.2.5 Competencia impide abusos

Según se ha indicado anteriormente, uno de los principales miedos de quienes defienden la neutralidad es que los operadores bloqueen a diestro y siniestro el acceso a ciertos contenidos y en perjuicio del usuario. Algunos

opositores argumentan que esto no sucedería de esta forma, puesto que la conexión por sí sola no tiene mayor valor para el usuario, y los usuarios finalmente se decantarían por la opción que les ofrezca mayores beneficios en términos de los contenidos que pueden acceder, con lo cual resultaría inviable para un operador optar por un modelo restrictivo en este sentido. Partiendo de que son los contenidos lo que dan finalmente valor a la red, se considera que, bajo un modelo no neutral, los operadores tendrían en todo caso que competir para adquirir clientes, lo que les obligaría a ofrecer y otorgar condiciones favorables a los usuarios en términos de acceso.

En el plano costarricense, a falta de regulación concreta, el permitir o restringir algunos de los servicios podría ser parte de la libertad de empresa y de la estrategia propia que pretenda desarrollar el proveedor. Las prácticas monopolísticas tienden hacia la ejecución de acciones que puedan otorgar una posición de ventaja frente a otros operadores. En este sentido, las prácticas que impliquen restricciones a los servicios difícilmente otorgarán una posición de ventaja frente al usuario.

A final de cuentas se estima que si se cuenta con un ambiente sano de competencia con la adecuada fiscalización del regulador, podría prevenirse la mayor parte de este tipo de abusos por parte de los operadores, que tanto temen, quienes apoyan la neutralidad de la red.

1.3.3 Posiciones intermedias

Como suele suceder, no todo es necesariamente blanco o negro. Es usual encontrar posiciones intermedias en torno a este debate, especialmente a la hora de adoptar propiamente un modelo por parte de un país. Actores de mercado con intereses importantes muy marcados como los ISP probablemente siempre querrán que se les otorgue la más amplia libertad para gestionar sus redes, al tiempo que los usuarios querrán tener la más amplia libertad para acceder las

redes y hacer uso de su conexión; pero lo cierto es que la realidad y resto de intereses difícilmente permitirán que se den situaciones tan extremas para uno u otro lado, con lo cual tienen que terminar cediendo y conformándose con un modelo intermedio (que en todo caso podría estar inclinado hacia un lado o hacia el otro). Esa posición intermedia se podría traducir en el establecimiento de excepciones a la aplicación del principio de neutralidad de la red, o bien en un modelo de “gestión razonable de la red”, desde una perspectiva menos proteccionista del principio de neutralidad.

El detalle en esta situación sin duda está en definir particularmente las excepciones al principio, o bien en definir lo que sería una gestión “razonable”, esto es, el detalle de lo que se permitiría hacer a los ISP en su labor de administración de la red, y los límites a la misma.

Según se ha visto, en cuanto a los límites a la aplicación del principio de neutralidad de la red, usualmente se hace referencia a excepciones en casos como violaciones al ordenamiento jurídico, u otras circunstancias que representen un peligro para la red o para los usuarios y sus servicios. Por otro lado, en materia de límites a la gestión de la red, usualmente se busca evitar los actos arbitrarios que afectan los intereses de los usuarios, sin que medie una justificación objetiva para su ejecución.

1.3.3.1 FAIR USE (USO JUSTO)

Este tipo de posiciones intermedias se pueden ver reflejadas también a través de la ejecución de ciertas medidas de control sobre el uso indiscriminado de la red.

Ejemplo de ello son las políticas y prácticas como el denominado “*fair use*” (uso justo) que han dispuesto implementar algunos proveedores de Internet móvil

en Costa Rica ante el vacío normativo respecto a un régimen de cobro por volumen de descarga para la modalidad pospago.

Estas políticas buscan que los usuarios den un uso moderado y de cierta forma estandarizada de la red, de manera que no haya usuarios que se excedan en demasía del uso promedio del resto. En este sentido, frente a la descarga excesiva por parte de algunos usuarios, se dispone como medida una reducción sobre la velocidad máxima del servicio de estos, luego de alcanzado un límite máximo de descarga. Los usuarios que alcancen dicho límite mantienen por tanto la posibilidad de acceder a la red, aunque en condiciones menos favorables.

Se trata a final de cuentas de una medida que permite ejercer un control y mejorar la administración del tráfico conforme a la capacidad de las redes; con efecto en los usuarios “responsables” por dicha afectación al servicio.

1.4 TEMAS RELACIONADOS CON LA NEUTRALIDAD DE LA RED

Existe una serie de temas adicionales que no necesariamente se enmarcan de manera tan clara como un argumento a favor o en contra de la aplicación del principio de neutralidad de la red, o que bien podrían utilizarse en ambos sentidos dependiendo de la interpretación; pero que ciertamente tienen una relación cercana con el principio y que conviene tomar en consideración como un insumo adicional dentro del estudio del tema que nos ocupa. A continuación analizaremos algunos de estos temas de particular interés para este trabajo.

1.4.1 Transparencia:

Un tema con el que necesariamente nos toparemos a la hora de tratar el principio de neutralidad de la red es el de la transparencia, el cual reviste de interés también para los efectos de discutir sobre la legitimidad o no de aplicar

prácticas como las vistas anteriormente, tratándose además de un tema sobre el cual sí tenemos un desarrollo considerable –a su modo- en el plano costarricense.

La transparencia en esta materia suele referirse a la relación entre el ISP y el usuario del servicio, especialmente en cuanto a las condiciones del servicio contratado y sus particularidades. El tema de la transparencia puede mostrarse un tanto ambiguo a la hora de pretender ubicarlo en el bando de los defensores de la neutralidad o en el bando contrario.

Por un lado, es común encontrar que se incluyan, como parte de los esfuerzos por regular la neutralidad de la red, disposiciones tendientes a garantizar la transparencia. La regulación de la neutralidad usualmente tiene un enfoque particular en cuanto a favorecer los derechos y los intereses de los usuarios finales. Es por ello que resulta coherente que se abogue por conceder garantías al usuario en cuanto a la información que debe otorgarle su proveedor respecto a los servicios que le brinda. Es evidente que una relación transparente donde el usuario cuente con información completa y veraz resultará en un factor beneficioso para este.

Ahora bien, sin perjuicio de las ventajas que la transparencia conlleva, podría por otro lado intentar justificarse la aplicación de acciones contrarias a la neutralidad de la red, en el entendido de que las mismas devienen legítimas cuando el ISP informó al usuario sobre las mismas.

Esencialmente, una aplicación pura del principio de neutralidad de la red no permitiría bloqueos o priorizaciones de tráfico, independientemente de que se comunique al usuario sobre las mismas. Es en este sentido cuando la transparencia puede “jugar” un papel un tanto confuso o peligroso, ya que, si tenemos una red neutral, necesariamente tendría que evitarse la aplicación de estas prácticas; y no resultaría legítimo pretender justificarlas en razón del conocimiento del usuario sobre su eventual empleo.

Sobre este tema en particular indica la Comisión Europea (2011):

La transparencia constituye asimismo una parte esencial del debate sobre la neutralidad de la red. Una información adecuada sobre las posibles limitaciones o sobre la gestión del tráfico permite a los consumidores elegir con conocimiento de causa. Es necesario abordar estas cuestiones de la gestión del tráfico, el bloqueo y la degradación, la calidad del servicio y la transparencia (p.4).

El tema ha sido cada vez más tomado en consideración, dentro del ámbito de la regulación de condiciones y garantías de los usuarios. A manera de ejemplo, en el Parlamento Europeo y el Consejo Europeo se adoptaron, en primera instancia, ciertas disposiciones sobre transparencia en el año 2002, mediante la Directiva 2002/22/CE del 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios, en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de servicio universal). En este sentido indica el artículo 21 de esa Directiva:

Artículo 21:

“Transparencia y publicación de información

1. Los Estados miembros velarán por que los usuarios finales y los consumidores puedan disponer, con arreglo a lo estipulado en el Anexo II, de una información transparente y actualizada sobre los precios y tarifas aplicables, así como sobre las condiciones generales, con respecto al acceso a los servicios telefónicos disponibles al público y a su utilización.

2. Las autoridades nacionales de reglamentación fomentarán la divulgación de información al objeto de que los usuarios finales, en la medida en que sea adecuada, y los consumidores puedan hacer una evaluación independiente del

coste de las modalidades de uso alternativas mediante, por ejemplo, guías interactivas” (p.15).

Se trataba entonces de disposiciones bastante generales, donde, además, se incluía una referencia a “servicios telefónicos” que podía llevar a confusión, o a delimitar el asunto innecesariamente en este sentido. Sin embargo, brindan al menos una idea de lo que se busca obtener mediante la transparencia. Ahora bien, en el 2009 el Parlamento Europeo y el Consejo emitieron la Directiva 2009/136/CE, donde se ampliaron bastantes temas, incluido el de la transparencia. Con la nueva redacción se dispuso eliminar la referencia a los “servicios telefónicos”, a modo de ajustarlo a la nueva realidad del mercado. En razón de la extensión del artículo, no resulta oportuno copiar en este momento su texto, pero el artículo 21 de la Directiva del 2009 básicamente dispuso recoger lo esencial del artículo anterior, pero ampliando considerablemente sus alcances. Aparte de desarrollar más a fondo el contenido de los dos incisos anteriores, se agregaron dos incisos adicionales con sus respectivos subincisos; los cuales refieren particularmente sobre las facultades que tienen los Estados miembros de la Unión Europea para exigir y obligar a los proveedores a brindar toda una serie de información a sus usuarios, la cual no debe reducirse únicamente al tema de los precios de los servicios, sino que debe ir más allá, al punto que el usuario pueda visualizar integralmente las características de su servicio. Casualmente, se incluye en esta ocasión como parte de la información que deben brindar los proveedores, la relativa a los procedimientos establecidos para la gestión de tráfico.

El documento emitido por la Comisión Europea (2011), abunda un poco más sobre las particularidades concretas que implicaría una aplicación de condiciones de transparencia, en este sentido indica:

Específicamente, cuando un consumidor se abona a un servicio, o en caso de modificación ulterior, debe informársele de:

- las condiciones que limiten el acceso o la utilización de los servicios y las aplicaciones, de conformidad con la legislación de la Unión; y
- cualquier procedimiento establecido por el proveedor para medir y gestionar el tráfico de forma que se evite agotar o saturar el enlace de red, y sobre la manera en que esos procedimientos pueden afectar la calidad del servicio. Estos requisitos de transparencia son necesarios para informar a los consumidores acerca de la calidad del servicio que pueden esperar (p.5).

El ejemplo de la Unión Europea representa la tendencia general que se ha observado en materia de transparencia. Podemos ver, en este caso, que se incluyeron disposiciones estableciendo la obligación de los proveedores en cuanto a ser sumamente claros a la hora de contratar con usuarios finales, debiendo informar integralmente a aquellos respecto a los servicios que se están contratando, y a los cuales tiene derecho el usuario en razón del contrato acordado. Se deben indicar claramente los servicios incluidos, los precios, e informar sobre cualquier condición que limite o restrinja de alguna forma el acceso o la utilización de los servicios y las aplicaciones contratadas.

Asimismo, se debe comunicar sobre los niveles mínimos de calidad a los que tiene derecho el usuario y cualquier otra información que resultaría de interés para este a la hora de considerar el servicio que pretende contratar; para lo cual debe imperar un principio de gratuidad. Se estima esencial que los consumidores sepan exactamente qué hacen los operadores con sus datos, y cómo tratan los distintos tipos de tráfico en sus redes. Este es un tema que en la práctica no se ha visto cumplido con la frecuencia y profundidad que se debería, siendo que el usuario final típicamente desconoce mayor detalle respecto a sus derechos y los servicios que recibe o debe recibir. Y es que el tema se inserta en ocasiones en

áreas un tanto técnicas, que propician de mayor forma la ignorancia o indiferencia de parte de estos.

En este tema, la BEREC insiste en que las operadoras no deben usar un lenguaje excesivamente técnico que abrume al usuario y le conduzca a una interminable consulta por los servicios técnicos y los distintos foros de ayuda. Considerando que las especificaciones de las diferentes opciones de acceso a Internet pueden mostrarse en ocasiones un tanto complejas y técnicas para los consumidores, se estima que debe lograrse un balance tal que la información resulte comprensible para estos, pero sin omitir detalles importantes con respecto al servicio ofrecido.

También, idealmente, los consumidores deberían conocer las técnicas de gestión del tráfico que utilizan las operadoras, de forma que se pudiese determinar, ante un servicio de baja calidad, a qué responde el mismo (gestión del tráfico, problemas técnicos, u otros factores externos).

Si bien la neutralidad como tal no puede reducirse meramente a obligaciones de transparencia, es claro que aquella desempeña un papel fundamental de cara a comprobar el cumplimiento del principio. Los usuarios finales deben tener la posibilidad de conocer todas las características fundamentales del servicio que contratan, con vista en poder determinar si el servicio que finalmente reciben concuerda con estas características, y así poder reclamar en caso de inconsistencias desfavorables. El desconocimiento de los usuarios respecto a los servicios contratados es un instrumento que pueden utilizar los ISP para romper con la neutralidad de la red mediante gestiones de tráfico injustificadas, las cuales pasarían desapercibidas por la ignorancia del abonado.

Necesariamente volveremos a tocar el tema de la transparencia más adelante, dentro de lo cual se analizará la situación particular regulatoria de Costa Rica, donde sí se establecen diversidad de disposiciones en concreto que tienden

hacia una relación transparente e informada del proveedor para con sus usuarios respecto a los servicios.

1.4.2 Modelo de cobro del servicio

Otro tema interesante de abordar dentro de la discusión de la neutralidad de la red es el de la forma en que se cobra el acceso de los usuarios a la red. En línea similar a los argumentos sobre la conservación de la estructura original de la red, hay quienes defienden mantener también el modelo de cobro que originalmente se comenzó a utilizar para estos efectos, y que en los últimos años se ha tratado de modificar en diversos contextos.

1.4.2.1 Modelo de tarifa plana

El modelo de cobro que se dispuso implementar originalmente es el de tarifa plana, mediante el cual el usuario paga de acuerdo con la velocidad de conexión que contrata, sin importar el volumen de datos que finalmente transite por medio de esa conexión. Se trata en sumo de un modelo de cobro bastante “simple”, donde se garantiza al usuario una velocidad y un monto a pagar.

Ahora, si bien dicho modelo puede resultar atractivo para los usuarios, en la medida en que estos tienen seguridad respecto a las prestaciones de la relación, el mismo ciertamente resultaría inviable si la capacidad de las redes no permite que el servicio de todos los usuarios mantenga la calidad y características pactadas. Es por ello que, ante el acontecimiento de ciertas deficiencias en los servicios de los usuarios, correspondió analizar la utilización de la red, donde naturalmente se encontrarían modelos diferenciados de consumo de datos, en razón de los distintos patrones de conducta de los usuarios. Con una misma velocidad contratada –y mediante el pago del mismo precio- existen usuarios que consumen poco del ancho de banda, al tiempo que otros descargan regularmente de manera intensiva. Es en razón de lo anterior que surge la iniciativa de

abandonar el modelo de tarifa plana, o cuanto menos instaurar un modelo adicional de cobro, para que los usuarios paguen de acuerdo al volumen de datos que descargan.

1.4.2.2 Modelo de cobro por volumen de datos

La metodología de cobro tiene cierta relación con el tema de neutralidad, pero se trata de una relación que se podría denominar indirecta. Con la tarifa plana, los usuarios pueden bajar cuanto contenido desean, mientras que mediante el cobro por volumen, se puede encontrar cierto límite en razón del monto a pagar. Se trata en principio de una restricción general, que no discrimina en razón del tipo de contenido; pero lo cierto es que no todos los contenidos demandan una misma cantidad de volumen de descarga. La transición de un modelo de cobro a otro puede no solo limitar el uso general de la conexión por parte del usuario, sino excluir de su consumo ciertos tipos de contenidos que anteriormente se solían acceder, en el entendido de que el aumento de precio disuade al usuario de hacerlo.

Se ha visto mayor tendencia a implementarse este modelo de cobro por volumen de descarga en los servicios de Internet móvil; lo anterior probablemente en razón de que sea más habitual una mayor saturación y una sobre suscripción en las redes móviles.

Alcántara (2010) consideró este tema, frente a lo cual tiene cierto recelo hacia la utilización del modelo de cobro por volumen de datos. Considera en este sentido que el modelo puede pasar por alto el hecho de que los usuarios cada vez requieren descargar más, al tiempo que brinda gran incertidumbre al usuario respecto al precio que pagará por los servicios. Sobre ello indica:

Es un modelo muy habitual en la Internet móvil, que da no pocas sorpresas desagradables al usuario confiado...Hay quien argumentó que 2GB mensuales parece una cantidad correcta porque «el 95% de los clientes no alcanza ese

límite» Cada vez que alguien justifica los límites de descarga me acuerdo de los tiempos pre-tarifa plana y de la famosísima frase erróneamente atribuida a Bill Gates, según la cual 640 kb de memoria deberían ser suficientes para siempre. (párr.9 Sección Internet móvil y el final de las tarifas planas, párr. 4 Sección ¿Internet llega al móvil? No, el móvil llega a Internet).

Alcántara (2010) considera además que si se permite la implementación de este modelo, sería improbable pensar en revertir el cambio, independientemente de que deje de tener vigencia el pretexto de la eficiencia de los servicios que lo justificó en un inicio. Al respecto continúa el texto:

Una vez los operadores logren implantar topes en las tarifas y segmentar el mercado, será mucho más difícil volver a conseguir que implanten tarifas verdaderamente planas. No es como un pacto en el cual, cuando la tecnología les permita ahorrar costes, el ISP te regalará la tarifa plana. No, el ISP estrujará el limón al máximo mientras tenga jugo. (párr. 5 Sección ¿Internet llega al móvil? No, el móvil llega a Internet).

Desde la perspectiva de los usuarios, este modelo parece criticable fundamentalmente por la costumbre ya arraigada de recibir el cobro por acceso a Internet por medio de una tarifa plana. Tiene lógica que el cambio hacia un sistema de cobro por volumen de datos provoque en primera instancia un cierto miedo en los usuarios, ocasionado principalmente por la incertidumbre sobre el monto que les será facturado finalmente, especialmente a sabiendas de que el mismo aumentará con cada utilización que se dé al servicio. Similar a la situación a la hora de tomar un taxi, donde a veces resulta más tranquilizador conocer de antemano la tarifa que se pagará, antes de tener que observar cómo el taxímetro avanza sin piedad.

Siguiendo el ejemplo del taxi, lo cierto es que no siempre sale más barato el pago de un monto fijo definido de antemano para el servicio, aun con la incertidumbre que conlleva, en muchas ocasiones puede salir más barato el viaje según lo que marque el taxímetro, por sobre el precio fijo que indicaría el taxista en caso contrario. De forma similar, el hecho de que se cobre el acceso a Internet por volumen de datos, no necesariamente implicará un aumento del monto a pagar por parte del usuario del servicio.

1.4.2.2.1 La tarifa por volumen de datos en Costa Rica

El régimen tarifario en materia de telecomunicaciones ciertamente ha tenido un desarrollo particular en Costa Rica, donde se optó por disposición legal que el Regulador establecería inicialmente las tarifas de los servicios, ello hasta el momento en que se determinase que existen condiciones de competencia efectiva en el mercado; ante lo cual correspondería una liberalización de las mismas.

Sin entrar a analizar todo el fondo del tema, lo cierto es que mediante la resolución RCS-615-2009 la SUTEL determinó la aplicación en el mercado de las tarifas anteriormente establecidas por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos para los distintos servicios de telecomunicaciones; dentro de lo cual se incluían las tarifas de Internet que aplicaban anteriormente al Instituto Costarricense de Electricidad y que, en adelante, aplicarían a todos los proveedores del mercado que dieran estos servicios,

Lo que interesa destacar en este punto es que, naturalmente, dichas tarifas de Internet que se adoptaron y regían inicialmente correspondían únicamente a un modelo de tarifa plana.

Ello comenzó a cambiar el 06 de julio del 2012, cuando se publicó en periódicos de circulación nacional la convocatoria a la audiencia pública para el

establecimiento de la tarifa del servicio de Internet móvil por transferencia de datos, la cual se llevaría a cabo el 07 de agosto siguiente.

Según indicó la propia Sutel, los esfuerzos por establecer una tarifa para el servicio de Internet móvil por transferencia de datos se sustentaron fundamentalmente en los datos que mostraban que un 5% de los clientes de Internet móvil prepago transferían casi ocho veces más que el consumo promedio del resto de usuarios que opta por el sistema de recargas. Por lo tanto, se estima que este pequeño grupo de usuarios que utiliza la red de manera muy intensiva termina afectando la calidad del servicio de Internet del resto de los usuarios. Este presupuesto parece ser una constante como justificación para implementar este modelo de cobro según señala la experiencia.

Al respecto, los operadores móviles manifestaron, en su oportunidad, que el modelo de consumo por velocidad impide a la mayoría de los clientes gozar de la velocidad que paga, por un asunto de tráfico en la red. En consecuencia, en junio del 2012 el Consejo de la Sutel dispuso la apertura de un expediente sobre la propuesta de modelo de cobro por cada kilobyte traficado, con base en un informe presentado por la Dirección de Mercados de esa Superintendencia. Para estos efectos, la Sutel propuso el cobro de ¢0,0076 por cada kilobyte (KB) traficado en celulares prepago, independientemente de la velocidad contratada. En todo caso, cabe señalar que el modelo no viene a sustituir totalmente el esquema de cobro por tarifa plana anterior, sino que se incluiría como una alternativa que coexista con el otro modelo.

Con el modelo de tarifa propuesto, se alentaría un uso más moderado de la red por parte de los usuarios que descargan datos de forma excesiva y, de esta forma, se impulsaría una descongestión de la red en beneficio de la mayoría de los usuarios. Sobre este tema, el presidente del Consejo de la Sutel, Carlos Raúl Gutiérrez aseguró que la propuesta tiene como fin diversificar el servicio de Internet y propiciar un uso eficiente del espectro.

Ahora bien, en la citada audiencia pública se recibieron 10 oposiciones de distintas persona jurídicas, entre las cuales figuran los tres operadores móviles, así como otras entidades como la Defensoría de los Habitantes y la Dirección de Apoyo al Consumidor del Ministerio de Economía, Industria y Comercio.

Después de analizadas las oposiciones y rendido el informe correspondiente de la Dirección de Mercados sobre el tema, el Consejo de la Sutel finalmente definió el asunto mediante la resolución número RCS-295-2012 del 03 de octubre del mismo año; fijando para estos propósitos la tarifa por kilobyte transferido para el servicio de Internet móvil en modalidad prepago en ¢0,0076 colones. En la resolución se dispuso a su vez la apertura del expediente para fijar la misma tarifa para la modalidad postpago. Sobre este punto, cabe señalar que el Presidente de la Sutel salvó su voto respecto a la aplicación de la tarifa propuesta para la modalidad postpago. Dentro de los argumentos que expone el Presidente para oponerse a ello y que revisten de interés para el presente trabajo, podemos mencionar:

- La modalidad de oferta por volumen puede significar una importante barrera competitiva, que lleve a discriminar contra algunos proveedores de contenido, como lo serían los proveedores de contenidos en video.

Sobre este aspecto, evidentemente los proveedores de contenidos en video demandan de un consumo mayor de datos para poder acceder a sus productos, por lo cual los usuarios se verían compelidos a tener especial consideración y moderación a la hora de acceder a este tipo de contenidos. Esto en primer término incide negativamente en los intereses de estos proveedores de contenidos, quienes ven disminuida la demanda por sus productos. Pero el impacto más preocupante es el que puede tener en los usuarios de los servicios de Internet, quienes encuentran en el cobro por volumen un agravante a la hora de acceder a ciertos tipos de contenidos de la red.

- Desincentivo al uso de Internet por parte de los usuarios.

Hay una premisa que no se puede ignorar a la hora de analizar la conveniencia o no de la aplicación de este modelo de cobro, que es que una tarifa estructurada de esta forma necesariamente tiende a desincentivar el uso de Internet. Con un modelo de tarifa plana, el usuario no tiene que preocuparse por mantener un control a la hora de acceder la red, con realizar el pago correspondiente sabe que no debe limitarse luego en su utilización si ocupara transferir datos, ya sea por motivos recreacionales o por motivos de trabajo. Considerando la indudable importancia que tiene el Internet como herramienta para el desarrollo en la actualidad, pareciera inoportuno desincentivar su utilización a través de un cobro que aumenta conforme al uso que se le dé al servicio.

Sobre este punto, conviene citar nuevamente a Alcántara (2010), quien desarrolla de manera bastante precisa los efectos negativos que puede traer este modelo en lo que refiere a la innovación y el uso del Internet, dentro de lo que denomina “Seis claves sobre tarifas con límite de descarga”:

Un límite elevado puede no afectar a mucha gente hoy, pero cualquier cosa que incite a la gente a pensárselo dos veces antes de ofrecer o utilizar servicios que impliquen Internet tendrá un impacto negativo sobre la innovación y, en consecuencia, es una mala idea...Por último, y pese a lo que digan los proveedores de acceso, Internet seguirá creciendo en número de personas conectadas y en la cantidad de tráfico que tendrá lugar. Todo plan para afrontar ese crecimiento que pase por limitarlo, bloquearlo o intentar segmentarlo, en lugar de favorecerlo y hacerle frente, representa una desventaja competitiva con aquellos que no se esfuerzan en poner freno a su uso ni a la innovación en torno a

Internet. Esta desventaja competitiva y esta falta de innovación no harán sino conseguir que las regiones bajo control de los estados que lo permitan se queden retrasadas en cuanto al uso y desarrollo de nuevas tecnologías (Sección Seis claves sobre las tarifas con límite de descarga, puntos 3-6).

Algunos también consideran que este modelo de cobro no tiene por objeto beneficiar a los usuarios, sino que se dirige centralmente a satisfacer los intereses de los ISP. Cordero (2012) en El Financiero indica sobre este tema:

Daniel Tricarico, analista internacional del mercado de telecomunicaciones, explicó que el modelo de pago por tráfico responde al interés de los operadores más que al de los usuarios. La idea de las compañías telefónicas es sacar provecho a la explosión del consumo de datos estimulado por el uso de smartphones (párr.9).

- Aseveraciones sobre la supuesta congestión de la red.

Un detalle que señala el Presidente del Consejo es respecto a la distorsión que se podría presentar respecto a las cifras que se manejan en cuanto al consumo de datos, esto puesto que convive el uso de Internet por medio de *data-cards* con otros servicios móviles que implican un mucho menor uso de ancho de banda por su naturaleza. Un aspecto interesante que menciona el Presidente, en su voto salvado, es sobre la discreción otorgada a los operadores para gestionar el tráfico para manejar puntualmente las situaciones de pico de demanda, instrumento que se señala no ha sido mayormente utilizado por aquellos. Se indica asimismo la posibilidad de los operadores de hacer una discriminación de precios en caso de congestión. Si bien se trata únicamente del voto salvado de la resolución, resulta ciertamente interesante que se toquen estos temas con respecto a la posibilidad de administrar el tráfico por parte de los ISP, pues no es usual su mención en el ámbito regulatorio local.

En todo caso, lo cierto es que los operadores deberían hacer los esfuerzos suficientes para contar con la infraestructura y desplegar redes que puedan soportar el volumen de datos por ofertar a sus clientes, siguiendo una política de abundancia y no de escasez, la cual lleve a implementar medidas para paliar el detrimento a la calidad de los servicios por congestión de tráfico.

- Importancia de analizar el mercado de banda ancha móvil, incluyendo el comportamiento de los usuarios según movilidad y terminales, teniendo en consideración las carencias de la regulación actual de la calidad de las redes de datos inalámbricas; para tener una mejor perspectiva del panorama y aplicar las medidas pertinentes para favorecer el desarrollo del mercado y la competencia antes de aplicar automáticamente la tarifa por volumen de datos para la modalidad de servicio postpago.

Según la observación del Presidente de la SUTEL, este percibe la carencia de un procedimiento previo de comprobación de las condiciones actuales del mercado que resulte suficiente para fundamentar la determinación de implementar el modelo de cobro por volumen de datos.

A final de cuentas, lo cierto es que no hay mayor consenso respecto a la conveniencia o no de permitir a los operadores aplicar un modelo de cobro por transferencia de datos. Los usuarios temen desconocer el monto que pagarán, y que el mismo pueda resultar finalmente siendo una cantidad exorbitante, al tiempo que en el propio seno del Consejo de la SUTEL hay posiciones dispares. Más aún, tampoco queda del todo claro si se podría aseverar que dicho modelo resulta, desde algún punto, contrario al principio de neutralidad de la red.

Es aquí donde cobra particular importancia el tema de la banda ancha y la capacidad de las redes.

1.4.3 La Banda Ancha

Si bien es cierto que una de las razones que motivan la aplicación de un modelo de cobro por volumen de datos es el de contar con una cierta "justicia" en el pago por los servicios, al costear cada persona lo que consume; lo cierto es que ello se fundamenta principalmente en una presunción de escasez en la capacidad que tienen las redes para transmitir los datos. Si las redes estuviesen en capacidad de transar un número ilimitado de datos, ¿Tendría la misma importancia qué tanto empleo haga cada usuario de las mismas? Probablemente no, ya que el objetivo central pareciera controlar el flujo de tráfico para que no se saturen las redes y experimenten algunos usuarios deficiencias en el servicio por la utilización excesiva por parte de otros, quienes se ven disuadidos por el igualmente abultado cobro que recibirían en caso de hacer un uso intensivo de la red; lo que evidentemente no importaría en el caso de que se contase con redes con una capacidad para soportar un flujo de datos muy por encima del manejo regular de los usuarios.

Algunos defensores de la neutralidad consideran que, con el aumento en la capacidad de las redes y la velocidad de Internet, podría desaparecer la cuestión de la priorización del tráfico. Sin embargo, en el ínterin, la aplicación del principio de neutralidad de la red funcionaría como una herramienta para combatir este tipo de prácticas.

Es por ello que resulta importante tratar el tema de la capacidad de las redes, y de la banda ancha.

Según se indicase anteriormente, las medidas que han dispuesto algunos operadores en Costa Rica, en cuanto a reducir la velocidad de Internet de los usuarios después de llegado a un límite determinado de descarga, ciertamente obedece a dicha limitación en la capacidad de las redes para transar todo el tráfico que se genera.

Ahora bien, algunos autores inclusive consideran que la supuesta escasez en la que se motivan muchas prácticas de gestión de tráfico no es tal, y que se trata de una "escasez artificial", creada por los ISP para justificar las medidas que toman y las intervenciones en el tráfico.

Al respecto, Alcántara (2010) indica:

Sin embargo, la infraestructura y su capacidad crecen a un ritmo aún mayor que el tráfico de Internet. Parece claro, pues, que detrás de las restricciones impuestas sobre el acceso a Internet contratado por los usuarios se encuentran tan sólo una serie de excusas vagas para conseguir una renta excesiva, un beneficio por encima del ya abultado beneficio que, con justicia, les otorgaría el mercado. Para evitar tener que justificarse con excusas erróneas, los ISP han buscado la aprobación de leyes que permitan el filtrado de las conexiones de los usuarios, de forma que se puedan tarifar por separado diferentes servicios de Internet como si requirieran y consumieran algo diferente, como si todos ellos no fueran inevitablemente envío y recepción de bits idénticos e indiscernibles. (párr. 3-4 Sección Cómo)

Según indicó el Informe de la Comisión de la Banda Ancha. (2010), la meta es un eventual acceso a banda ancha para todas las personas, que permita brindar soluciones para la pobreza, salud, educación, entre otros temas. Se busca obtener un beneficio para la humanidad mediante el uso y desarrollo de Internet y de las Tecnologías de la Información y Comunicación (las TIC) de banda ancha; recursos que, según indica la Comisión, pueden contribuir a "generar empleos, crecimiento, productividad y, ultimadamente, competitividad económica a largo plazo" (p.5).

La UIT ha emitido algunas recomendaciones en materia de banda ancha, sugiriendo trabajar en temas como: la articulación entre los reguladores y respecto a las políticas públicas, condiciones de competencia transparentes, evitar limitaciones para el ingreso de actores en el mercado -o lo que llamaríamos barreras de entrada-, promover normas internacionales para que haya interoperabilidad, entre otros. Esto debe aparejarse con otros aspectos señalados por la Comisión para el desarrollo digital de la ITU/UNESCO, como lo son el acceso universal a la información y el conocimiento, el acceso igualitario a precios asequibles, la libertad de expresión, el alfabetismo digital, entre otros.

Otro aspecto importante que señala la Comisión de Banda Ancha (2010) es la importancia de que los dirigentes mundiales en las instancias más altas y en la base apoyen la conformación del futuro de la banda ancha a través de la aplicación de planes nacionales, y que en la elaboración de políticas se reconozca plenamente que la tecnología, la innovación y la inversión del sector privado son los factores críticos que han de permitir aplicar el programa de desarrollo internacional y el desarrollo en el siglo XXI. Además de esto, se insta a los gobiernos a no poner barreras para entrar al mercado, ni cargas que puedan afectar el desarrollo de esta. Pero el tema de la banda ancha tiene dos aristas, ya que no pueden limitarse los esfuerzos al desarrollo de infraestructura. La infraestructura sin penetración no tiene sentido, no cumple el objetivo final. Aparejadas a los esfuerzos para fomentar el despliegue de redes que permitan brindar soluciones de banda ancha, tienen que ir políticas que permitan a la población tener acceso a estos servicios.

La Comisión igualmente reconoce la importancia que ostenta el acceso y el desarrollo de contenidos, el cual debe ir de la mano de la conectividad.

Una deficiencia que típicamente se señala, especialmente en países menos desarrollados, es la prevalencia de conexiones abruptamente asimétricas, con velocidades de subida, casi insignificantes, basadas en políticas de descarga y consumo de contenidos, que no incentivan a la creación local de contenidos. Parte

de los planes de desarrollo de la banda ancha contemplan no solo brindar conexiones más rápidas, sino que también más simétricas, que coadyuven a cambiar la mentalidad de las personas en los países menos desarrollados, donde la creación de contenidos es realmente escasa.

No es desconocido que muchas cifras apuntan a una relación de crecimiento en el producto interno bruto conforme aumenta la penetración de la banda ancha. La propia Comisión para el desarrollo digital de la ITU/UNESCO señaló, a modo de ejemplo, que los estudios económicos internacionales sugieren que por cada aumento de un 10% en la penetración de la banda ancha, se espera un incremento del 1.3% en el producto interior bruto nacional de los Estados Unidos.

La UIT ha indicado que para el 2015 se espera que la mitad de la población mundial tenga acceso a banda ancha, sin embargo, es claro que esto no sucederá si cada país no realiza las acciones necesarias para hacerlo posible.

Sabemos que, conforme aumenta la capacidad de las redes, también van apareciendo nuevos usos y se van desarrollando contenidos que demandan un mayor ancho de banda. Sin embargo, el objetivo es alcanzar anchos de banda de magnitudes que supongan una abundancia de capacidad tal, que excluya la posibilidad de usar la "congestión de las redes" como una excusa para interferir en el curso abierto de tráfico. Evidentemente, el desarrollo de la banda ancha no puede brindar soluciones a todos los supuestos que usualmente "justifican" estas prácticas, pero es claro que muchas prácticas de administración y gestión de tráfico obedecen, en teoría, a una escasez de capacidad. Si los ISP tienen posibilidad de cursar todas las comunicaciones sin retraso, no podrían justificarse prácticas de ralentización de cierto tráfico, o priorización de un tipo de contenido sobre otro.

En todo caso, lo cierto es que -al menos en el ámbito local- podemos predecir que dichas limitaciones en la capacidad de las redes (móviles) seguirán existiendo cuanto menos por algún tiempo, habida cuenta del crecimiento sostenido en el consumo de datos móviles por parte de los usuarios.

CAPÍTULO 2: EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD DE LA RED EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

A nivel internacional, Estados Unidos probablemente fue el país más importante para efectos de la concepción y orígenes del principio de neutralidad de la red. Sin embargo -similar al caso de la Unión Europea- aunque el tema ha sido analizado de manera bastante exhaustiva, este país no ha logrado a la fecha consagrar una regulación definitiva de suficiente peso sobre el tema. En cambio, otros países como Chile y Holanda, sin dar demasiada vuelta al asunto, han llegado a soluciones legislativas sobre este tema, lo cual, sin perjuicio del contenido de fondo, ciertamente brindan mucha mayor seguridad jurídica en este sentido.

A continuación analizaremos los casos más relevantes que se han dado.

2.1 EL CASO DE ESTADOS UNIDOS

Según se mencionó anteriormente, la discusión sobre la neutralidad de la red tuvo en esencia su origen en Estados Unidos. Con el desarrollo intensivo de Internet en los noventa y las primeras prácticas de discriminación del tráfico tuvo que surgir finalmente la discusión sobre como regular el uso y gestión del acceso a Internet.

Como primer aspecto a tomar en consideración para comprender mejor el caso de Estados Unidos, debe advertirse que el acceso a Internet por cable módem en este país siempre ha sido categorizado como un servicio de información, y no un servicio de telecomunicaciones, con el efecto práctico de que no se encuentra por tanto sujeto a la normativa de los “*common carriers*” o acarreadores comunes. Por otro lado, el acceso a Internet a través de la red de telefonía –incluyendo el DSL- en sus inicios y durante bastante tiempo se encontraba clasificado como un servicio de telecomunicaciones. Sin embargo, la

Federal Communications Commission (FCC, 2005), órgano encargado de regular las comunicaciones interestatales e internacionales, mediante el oficio FCC 05-151 emitió una declaración de política sobre el Internet, mediante la cual dispuso clasificar los servicios DSL como servicios de información en lugar de servicios de telecomunicaciones; quedando por tanto los mismos también fuera del ámbito de aplicación de las regulaciones de los acarreadores comunes.

Argumentando que la Comisión tiene jurisdicción para imponer nuevas obligaciones regulatorias para regular las comunicaciones interestatales e internacionales, dentro de lo cual se contempla el tomar medidas necesarias para garantizar que los servicios brindados por los ISP lo sean de una forma neutral, dicho documento a su vez instauró cuatro principios en aras de garantizar que las redes de banda ancha fuesen ampliamente desplegadas, abiertas, asequibles y accesibles para todos los consumidores. Estos principios según la FCC (2005) son:

- Para fomentar el despliegue de banda ancha y preservar y promover la naturaleza abierta e interconectada de la Internet pública, los consumidores tienen derecho a acceder a los contenidos de Internet legales de su elección.
- Para fomentar el despliegue de banda ancha y preservar y promover la naturaleza abierta e interconectada de la Internet pública, los consumidores tienen derecho a ejecutar aplicaciones y utilizar los servicios de su elección, con sujeción a las necesidades de aplicación de la ley.
- Para fomentar el despliegue de banda ancha y preservar y promover la naturaleza abierta e interconectada de la Internet pública, los consumidores tienen derecho a conectar los dispositivos legales de su elección que no dañen la red.
- Para fomentar el despliegue de banda ancha y preservar y promover la naturaleza abierta e interconectada de la Internet pública, los consumidores

tienen derecho a la competencia entre los proveedores de red, proveedores de aplicaciones y servicios y proveedores de contenido (p.3).

Estos principios establecían una base para la protección del principio de neutralidad de la red. Sin embargo, el problema es que los mismos no son normas propiamente y carecen, por tanto, de un carácter vinculante.

En todo caso, la discusión sobre la neutralidad de la red tuvo un particular revuelo como consecuencia del caso que se presentó con la empresa Comcast en el año 2007. Ese año, en razón de algunas quejas interpuestas por usuarios de la empresa Comcast Corporation -una de las más importantes empresas proveedoras de servicios de Internet de banda ancha en Estados Unidos- se descubrió que había estado interfiriendo el tráfico de los clientes que pretendían compartir archivos en línea. Comcast había estado concretamente incurriendo en prácticas de bloqueo de tráfico Peer to Peer (P2P), el cual corresponde particularmente al tráfico generado a través de aplicaciones que permiten a los usuarios compartir e intercambiar información. El problema no reside en el hecho de compartir la información *per se*, sino que se presenta cuando el intercambio incluye elementos que se encuentran sujetos a regulaciones de derechos de autor; en cuyo caso terminan siendo estos transados libremente sin hacerse respetar dichos derechos.

Ante la situación anterior, la FCC se dio a la tarea de estudiar los hechos para determinar si correspondía tomar medidas al respecto. La FCC finalmente interpretó que la práctica de bloquear tráfico P2P atentaba contra los derechos de los usuarios del servicio de Internet y, en consecuencia, por una votación de 3 contra 2, determinó en el año 2008 ordenar a Comcast desistir sus prácticas de manipulación del tráfico, así como revelar los métodos que habían estado utilizando hasta el momento para manejarlo. La orden pretendía sentar un precedente en la materia, advirtiendo a los ISP sobre el carácter ilegítimo de limitar discrecionalmente el uso de la red por parte de sus usuarios.

Comcast evidentemente no se mostró conforme con lo resuelto por la FCC, y recurrió la decisión ante el Tribunal estadounidense de Apelaciones para el Distrito de Columbia, alegando que la FCC no tenía competencia para sancionar a Comcast, al no existir propiamente una “ley” que haya sido violentada por la empresa en el caso concreto, y que la FCC carece de competencia y autoridad suficiente para aplicar una sanción como dispuso. Adicionalmente, en defensa de sus prácticas, la empresa argumenta que tiene que ser capaz de limitar algunas actividades, como la descarga de archivos de películas masivas, que podrían retrasar las operaciones de red para muchos clientes.

Este Tribunal estudió el caso y, finalmente en abril del 2010, determinó que la FCC en efecto no tenía autoridad para imponer a Comcast restricciones en la gestión de sus redes y procedió a anular la orden de la FCC contra Comcast; lo anterior por cuanto consideró que no pudo esa Comisión sustentar su supuesta autoridad en la materia a través de una norma en concreto que le facultara a emitir una orden como la que adoptó en el caso de Comcast. Estimó ese Tribunal que la FCC carecía de competencia suficiente en materia de regulación de los servicios de Internet de banda ancha para actuar de la forma que lo hizo, siendo que las facultades y competencias de la FCC como “autoridad auxiliar” no se extienden a efectos de permitir la intervención como se pretende en este caso, puesto que dentro del análisis correspondiente se determinó que la orden a Comcast en cuanto a cesar sus prácticas de bloqueo del tráfico y mantener sus redes abiertas a todo tipo de contenido no podía considerarse auxiliar al desempeño de sus competencias prescritas conforme a la Ley de Comunicaciones de 1934.

Lo anterior obedece en primera instancia al hecho de que los servicios de acceso a Internet de banda ancha se excluyeran de las regulaciones comunes donde la FCC tiene mayor autoridad e injerencia. Adicionalmente, lo cierto es que la declaración de políticas, adoptada en el año 2005 por esa Comisión, no tiene carácter vinculante.

La sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones tiene diversas consecuencias e implicaciones, dependiendo del ángulo del que se visualice. Algunos consideran que la sentencia representa un "golpe" contra las propias políticas de neutralidad de la red, al tiempo que debilita la figura de la FCC, en el ámbito de sus competencias en materia regulatoria; lo que en conclusión contradice las políticas del gobierno de turno. Es difícil debatir el segundo punto, respecto al debilitamiento de lo que representa la FCC, ya que el no reconocimiento de potestades en esta materia, evidentemente la debilita; especialmente considerando que la FCC se encontraba en su momento haciendo un esfuerzo importante no solo para regular el tema, sino también para fiscalizarlo; con lo que la decisión del Tribunal se mostró como un amenaza a la neutralidad de la red.

Ahora bien, sobre el primer punto, en cuanto al paso hacia la adopción de políticas contrarias a la neutralidad de la red, podría considerarse como un evento de esta tendencia, puesto que se resuelve dejar sin efecto medidas que abogan por el cumplimiento de este principio; sin embargo, lo cierto es que la decisión no debería, en principio interpretarse como un cambio de política hacia un modelo contrario a la neutralidad, pues la decisión a final de cuentas se basó en un asunto formal, particularmente sobre el ámbito de competencia del órgano que dictó la orden ejecutiva en primera instancia.

Esta decisión, como era de prever, causó bastante revuelo, y se encontró con una oposición importante.

Lo anterior llevó a estudiar distintas posibilidades a efectos de reforzar la autoridad de la FCC en la materia, tales como la posibilidad de reclasificar los servicios de Internet de banda ancha en la misma categoría de los servicios telefónicos. Sin tener que realizar necesariamente esta reclasificación, la cual tiene además otras implicaciones puesto que los ISP se podrían encontrar sujetos a otras obligaciones, otra posibilidad que se evaluó fue la de emitir nuevas

disposiciones normativas que otorgasen a la FCC competencias en esa materia. Sin embargo, confluyen distintos intereses, y es claro que un importante sector prefiere que la FCC se mantenga al margen de dichos servicios; por lo que el camino posteriormente al caso Comcast no estaba tan claro.

Ahora bien, es conocido que la administración de Barack Obama de previo a su elección como presidente mostró interés en reformar el sector de las telecomunicaciones, de manera tal que se protejan principios como el de neutralidad de la red. En el 2009 se eligió a Julius Genachowski como nuevo presidente de la FCC. En setiembre de ese año, el recién electo presidente de la FCC, como parte de estos esfuerzos, propuso instrumentalizar la aplicación de los cuatro principios contenidos en la declaración de política adoptada mediante el oficio FCC 05-151 del año 2005, a través de las siguientes normas, según lo mencionan Buntrock, Canis, Fischel, Hazzard & Rummel (2009):

- Los proveedores de servicio de acceso a Internet de banda ancha no pueden impedir a usuario alguno enviar o recibir el contenido legal de la elección del usuario a través de Internet.
- Los proveedores de servicio de acceso a Internet de banda ancha no pueden impedir a usuario alguno la ejecución de las aplicaciones legales o el uso de los servicios legales de la elección del usuario.
- Los proveedores de servicio de acceso a Internet de banda ancha no puede impedir a usuario alguno la conexión y el uso en su red de los dispositivos legales de la elección del usuario que no dañen la red.
- Los proveedores de acceso a Internet de banda ancha no pueden privar a usuario alguno del derecho del usuario a la competencia entre los proveedores de la red, proveedores de aplicaciones, prestadores de servicios y proveedores de contenido.”

En la propuesta también planteó agregar dos principios adicionales de no discriminación y transparencia, a través de las siguientes normas:

- Un proveedor de servicio de acceso a Internet de banda ancha debe tratarlos contenidos legales, aplicaciones y servicios de forma no discriminatoria.
- Un proveedor de servicio de acceso a Internet de banda ancha deberá revelar dicha información sobre la gestión de la red y otras prácticas como sea razonablemente necesario para que los suscriptores y los proveedores de contenidos, proveedores de aplicaciones y proveedores de servicios puedan disfrutar de las protecciones especificadas anteriormente.

Adicionalmente, se hace la aclaración en cuanto a que los principios no excluyen la posibilidad de llevar a cabo prácticas razonables de administración de la red. Se entiende que las obligaciones que pudiese tener un ISP ante la necesidad de cursar una comunicación urgente de emergencia, o para asegurar el cumplimiento de la ley o la seguridad pública, no deben entenderse como subyugadas por los principios establecidos. Estos no buscan impedir que los ISP prevengan la transferencia de contenidos ilegales, como contenidos protegidos por derechos de autor, o realicen acciones tendientes a velar por el cumplimiento del ordenamiento jurídico.

El documento dispone concretamente que es razonable incurrir en prácticas de administración de la red si esto se hace para: manejar congestión en las redes, lidiar con tráfico dañino (virus, *spam*), bloquear contenidos ilegales (pornografía infantil), bloquear transferencias ilegales de contenido (infracciones a derechos de autor), o bien por “otras prácticas razonables de administración de la red”.

La propuesta considera que caen también dentro de un ámbito de excepción los llamados "*managed services*", que corresponden a servicios brindados por la misma red de Internet, pero que se estima merecen un

tratamiento diferenciado en razón a su naturaleza. Este es el caso de los contenidos de voz.

Sin entrar en un análisis exhaustivo sobre el fondo de la propuesta, es claro que la misma busca complementar el tema de manera que se abarquen más prácticas contrarias al principio, pero a su vez limitar su aplicación mediante ciertos límites. En este sentido, si bien resulta razonable contar con un ámbito de excepción a la aplicación de las normas tendientes a proteger la neutralidad de la red, la introducción de disposiciones que incluyan dentro de este terreno presupuestos tan abiertos e indeterminados como el señalado como “otras prácticas razonables de administración de la red”, crea cierto abismo de inseguridad jurídica respecto a este tema. Otro aspecto que genera cierta incertidumbre es la posibilidad de dar un tratamiento diferenciado a los "*managed services*", esto puesto que no hay una definición clara de este tipo de servicios, que permita delimitar de manera certera cuáles se verían incluidos dentro de esta categoría y cuáles no. Se trata nuevamente de un término vago que igualmente genera inseguridad jurídica.

En todo caso, mientras algunos grupos alabaron el esfuerzo de Genachowski, otros sectores importantes se opusieron a su propuesta, en términos similares a los que usualmente se venía dando en estos temas. Al igual que esfuerzos anteriores, la propuesta no terminó de adoptarse según fuese visualizado por sus proponentes.

Durante el 2010, la FCC convocó reuniones con las grandes empresas de Internet, y las compañías y grupos de interés público, a efectos de buscar alcanzar puntos de común acuerdo que sirviesen para alcanzar un convenio global para la regulación de los servicios de banda ancha. En agosto de 2010, Google y Verizon presentaron ante la FCC una propuesta -que prepararon en conjunto- para regular la banda ancha, la cual buscaban se presentase como un punto de balance intermedio entre los partidarios y opositores de la neutralidad de la red, donde los

usuarios pudiesen elegir qué aplicaciones o contenidos acceden, y qué dispositivos que utilizan; al tiempo que asumiera Estados Unidos como país un compromiso de alentar la inversión y la innovación mediante el apoyo al desarrollo de infraestructura de banda ancha. Conforme la propuesta, la FCC tendría autoridad para hacer cumplir las normas de neutralidad de la red de los servicios de banda ancha fija, pero no así sobre los servicios de banda ancha móvil. Esta exclusión se fundamentaba en la idea de fomentar el desarrollo de las redes de banda ancha inalámbrica.

La propuesta recibió numerosas críticas, inclusive por parte del propio Genachowski. En primera instancia, la misma se percibió como un pacto entre dos empresas, más que una propuesta propiamente. Resultaba claro que la misma abogaba por proteger intereses de las empresas que la suscribieron. Adicionalmente, desde la perspectiva de quienes defienden la neutralidad de la red, se criticó el hecho de que la misma excluyera la protección sobre servicios móviles y servicios de nueva generación; al tiempo que los detractores de la neutralidad se oponían por su natural posición contraria a cualquier forma de regulación que busque garantizar este principio. En todo caso, lo cierto es que la propuesta quedó en el aire.

Las discusiones para llegar a una solución siguieron dándose, y en diciembre del 2010 la FCC adoptó mediante el oficio FCC 10-201 una serie de regulaciones en materia de neutralidad de la red conocidas como la “Orden de Internet Abierto”. Esta orden, en esencia, busca prohibir a los proveedores de banda ancha bloquear el acceso del cliente al contenido legal en la red. Nuevamente, en aras de preservar la libertad y apertura de Internet, se consagran principios como: transparencia, no bloqueo, igualdad de condiciones y gestión razonable de la red.

A pesar de su adopción, la orden generó ciertas dudas en el plano formal, donde nuevamente se cuestiona la autoridad de la FCC para emitir y hacer cumplir

dichas normas. Aunque Genachowski ha manifestado con anterioridad su intención de reclasificar el acceso a Internet de banda ancha como servicio de telecomunicaciones a manera de solucionar el tema de la autoridad de la FCC y aplicabilidad de estas disposiciones, lo cierto es que finalmente no se dispuso de esta forma. La FCC insiste que posee autoridad directa para emitir estas reglas, así como autoridad auxiliar en la materia, pero lo cierto es que la incertidumbre en este sentido persiste, especialmente después de lo sucedido en el caso de Comcast.

En todo caso, sin perjuicio de las dudas en cuanto al alcance y aplicación de las normas, la regulación introduce nuevas normativas en materia de transparencia y aclara cuáles son los tipos de bloqueo permitidos para la banda ancha fija y móvil. En principio, los proveedores de banda ancha fija no pueden bloquear los contenidos y servicios lícitos ni los dispositivos y aplicaciones no perjudiciales, incluidas las que compiten con sus propios servicios telefónicos de voz o video. El principal problema de fondo que se señaló es que se establece una regulación diferenciada para los proveedores de banda ancha fija y los proveedores de banda ancha móvil; disponiendo menos protección al principio de neutralidad en el caso de los servicios de banda ancha móvil. En el caso de la banda ancha móvil, se optó por un planteamiento gradual, en el cual se prohíbe inicialmente a los proveedores bloquear los sitios web lícitos, aplicaciones de voz sobre IP o de videotelefonía de las empresas competidoras. Las reglas además son un tanto generales y vagas, por lo que no queda demasiado claro cuáles acciones particulares implicarían una violación a las mismas. Por otro lado, debe advertirse que la regulación no prohíbe el cobro diferenciado de tarifas para recibir un acceso más rápido.

A pesar del objetivo propuesto por las regulaciones, la misma encontró oposición en diversos frentes –incluyendo grupos de consumidores/clientes– quienes consideraron que las mismas se postraban débiles y llenas de lagunas.

Otros opositores estimaron que la misma resultaba innecesaria y dudosa desde el plano de vista legal.

Desde inicios del año 2011, los miembros de la Cámara de Representantes Republicanos de Estados Unidos buscaron la revocación de estas normas de neutralidad de red de la FCC, pero fracasaron. En el mismo sentido desplegó esfuerzos la empresa Verizon, quien presentó su posición argumentando que la FCC no tiene la autoridad para hacer cumplir estas reglas.

Para setiembre del 2013, el Tribunal de Apelaciones para el Distrito de Columbia se encontraba revisando los argumentos de apelación de las reglas de neutralidad de red presentados por Verizon; recurso que finalmente fue resuelto por esa Autoridad el 14 de enero del 2014, mediante resolución número 11-1355.

En este sentido, el Tribunal de Apelaciones se pronunció mayoritariamente en favor y en dirección de lo argumentado por Verizon, reconociendo sobre el particular que, si bien la FCC en efecto cuenta con autoridad para regular los servicios de Internet, esa Comisión se extralimitó de su autoridad para regular y controlar la actividad de los proveedores de Internet con el dictado de algunas de las normas de “Internet abierto” aprobadas en diciembre del 2010.

De manera concreta, ese Tribunal estimó que las reglas de Internet abierto relativas a la “no discriminación” y al “antibloqueo” resultaban excesivas, ante lo cual determinó dejarlas sin efecto. Por otro lado, sí rechazó la posición de Verizon respecto a la normativa relativa a la “divulgación”, cuya vigencia dispuso mantener.

Lo anterior implica que los proveedores de Internet no se encontrarían por tanto sujetos a estas disposiciones que les impedían discriminar y bloquear el acceso a ciertos contenidos; aunque si mantendrían obligaciones de reportar al

regulador sobre las políticas utilizadas en relación con la gestión de sus redes, esto es, las prácticas de diferenciación y bloqueo implementadas.

Esta última resolución del Tribunal de Apelaciones para el Distrito de Columbia fue asimilada en su mayoría por los defensores del principio de la neutralidad de la red como un paso hacia atrás en la materia; de manera similar a como sucediere años atrás con la decisión judicial sobre el caso de Comcast.

Un último incidente se dio el 15 de mayo del 2014, cuando 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 –actual- de la FCC Tom Wheeler. La propuesta busca, por un lado, reconocer el principio de neutralidad de la red e impedir bloqueos discriminatorios por parte de los proveedores de Internet respecto a ciertos contenidos; aunque por el otro pretende 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 clientes, a cambio de una remuneración mayor.

Vista la cadena de eventos anterior, es claro que el caso de Estados Unidos representa la complejidad que puede implicar la discusión y determinación de una solución para el tema de la neutralidad de la red, principalmente en razón de la confluencia poco armónica de intereses de muchos sectores. Queda en evidencia la dificultad de regular el tema cuando inclusive teniendo el apoyo y disposición del Presidente de la República y su Administración, y el propio Presidente de la FCC para regular y garantizar la instauración de un modelo de neutralidad de la red; el mismo no ha sido posible hasta la fecha, y se mantienen discusiones al respecto.

Con la presión en favor de la neutralidad de empresas importantes basadas en Internet como Google, Microsoft y Amazon, así como grupos de protección de los derechos de los consumidores; y la presión opuesta por grandes empresas proveedoras de servicios de Internet de banda ancha como Verizon, AT&T y

Comcast, así como empresas proveedoras de equipos como Cisco y Alcatel; ha resultado tarea difícil inclinar la balanza para uno u otro lado.

La tensión constante entre el Partido Democrático y la oposición del Partido Republicano dejaron entrever la inevitable politización de la discusión del futuro de Internet. Asimismo, con la decisión sobre el caso Comcast, empezó a resultar evidente que el camino no sería sencillo y que una solución definitiva no sería alcanzada en el corto plazo.

La FCC ha procurado instaurar un modelo de protección de la neutralidad de la red mediante regulaciones como la declaración de política del 2005 o la orden de Internet abierto adoptada en el 2010, pero todo apunta a que no habrá un marco regulatorio cierto seguro, definitivo y eficaz hasta que no se tomen medidas más concretas y abruptas, como la reclasificación de los servicios de Internet de banda ancha como servicios de telecomunicaciones, lo cual garantizaría la autoridad de la FCC para abogar por el cumplimiento de disposiciones en esta materia, al tiempo que se imponen restricciones adicionales a los proveedores de estos servicios.

2.2 EL CASO DE CHILE

Chile fue el primer país en el mundo en regular el tema de la neutralidad de la red a nivel de una ley. Esto sucedió en agosto del 2010, cuando se adoptó la “Ley Número 20.453 por la que se consagra el Principio de Neutralidad en la Red para los Consumidores y Usuarios de Internet”. Esta ley en esencia restringe a los proveedores de Internet la posibilidad de gestionar los contenidos en la red.

La Ley estructuralmente adiciona algunos artículos a la Ley General de Telecomunicaciones de ese país, a partir del artículo 24 de ese cuerpo normativo. Las disposiciones se desarrollan como obligaciones o prohibiciones, impuestas tanto a las concesionarias de servicio público de telecomunicaciones que presten

servicio a los proveedores de acceso a Internet como a los proveedores de acceso a Internet propiamente.

Ahora bien, siendo que se trata de una de las pocas leyes vigentes actualmente en el mundo sobre la neutralidad de la red, interesa analizar con cierto detenimiento una a una las disposiciones de esta Ley. A continuación estudiaremos cada uno de estos preceptos:

En primer término, tenemos que el artículo 24.H. inciso a) indica:

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 (p.1).

Como podemos ver, este inciso es amplio en cuanto a la indicación de las acciones que deben abstenerse de realizar los proveedores de Internet (bloquear, interferir, discriminar, entorpecer, restringir) en cuanto al acceso o uso de contenidos, aplicaciones o servicios por parte de los usuarios. Sin embargo, el texto indica que aquello no se podrá hacer “arbitrariamente”, por lo que se debe destacar que, desde esta perspectiva, aquel derecho de los usuarios no es absoluto. De igual forma, respecto a los contenidos, aplicaciones o servicios sobre los cuales se tiene libertad de acceso, se especifica que aquel debe ser “legal”.

Por lo tanto, es claro que existe un ámbito de excepción en cuanto a la posibilidad de los proveedores de Internet de manipular de alguna forma el tráfico de los usuarios, bien por obedecer aquello a una razón objetiva no arbitraria, o por tratarse de tráfico ilegal, el cual se estima no debe protegerse para estos efectos. A mayor abundancia y detalle, en este inciso se posibilita expresamente a los proveedores de Internet para tomar las medidas necesarias para “gestionar el tráfico y administrar la red”, debiendo proteger a los usuarios de ataques de virus, así como proteger su privacidad y la seguridad e integridad de la red. En resumidas cuentas, lo fundamental es determinar que la gestión del tráfico se encuentre sustentada y no sea arbitraria. Siendo que el tema es tratado desde la

perspectiva de un derecho del usuario, tiene sentido que se permita realizar gestiones de tráfico fundamentadas en la petición expresa del usuario del servicio.

Inciso b) del artículo 24 H.:

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 (p1).

El inciso b) va en el mismo sentido, pero esta vez respecto a la libertad para la utilización de “dispositivos” en la red por parte del usuario. De igual manera, el derecho de los usuarios en esta oportunidad encuentra un límite en la legalidad del mismo, así como en el hecho de que aquel no produzca un daño a la red o a la calidad del servicio.

Inciso c) del artículo 24 H.:

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 (p.1).

El inciso c) insta el derecho que tienen los usuarios para poder de alguna forma gestionar internamente su tráfico, mediante la posibilidad de usar “controles parentales”, que les permitan regular el acceso a contenidos al interno de la familia, con vista en bloquear contenidos que puedan estimarse como no aptos para algunos integrantes y así aquellos tengan la posibilidad de, a cierta escala, romper de alguna forma el principio de neutralidad al interno de sus hogares.

Inciso d) del artículo 24 H.:

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 (p.2).

El inciso d) desarrolla el tema de la transparencia de los servicios que ofrecen los ISP al público, y sobre los cuales en consecuencia adquiere derecho cada usuario que contrata con estos. Como se ha apuntado anteriormente, la transparencia ha sido un aspecto ampliamente tomado en consideración a la hora de tratar el tema de la neutralidad de la red. Si bien la neutralidad como tal no puede reducirse meramente a obligaciones de transparencia, es claro que aquella desempeña un papel fundamental para que la neutralidad pueda concretarse. Los usuarios finales deben tener la posibilidad de conocer todas las características fundamentales del servicio que contratan, con vista en poder determinar si el servicio que finalmente reciben concuerda con estas características, y así poder reclamar en caso de inconsistencias desfavorables.

El desconocimiento de los usuarios con respecto a los servicios contratados es un instrumento que pueden utilizar los ISP para romper con la neutralidad de la red mediante gestiones de tráfico injustificadas, las cuales pasarían desapercibidas por la ignorancia del abonado.

El inciso d) dentro de este artículo de la Ley de Neutralidad de Chile obliga a los ISP a dar publicidad en sus páginas WEB a las características de los servicios que ofrecen y sus garantías; así como a entregar al usuario dicha información en caso de que este la requiera.

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 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 (p.2).

El Artículo 24.I. busca dar ejecutividad a las disposiciones anteriores, imponiendo a las autoridades competentes obligaciones en cuanto a sancionar a los ISP que incumplan con estas disposiciones, y atenten así contra el principio de neutralidad de la red.

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 (p.2).

Lo dispuesto en el artículo anterior se complementa mediante el Artículo 24.J., el cual establece que deberá reglamentarse el detalle de las obligaciones que tienen los ISP en cuanto a la publicidad de la información sobre los servicios, lo cual incluye inclusive el detalle del uso de herramientas de administración o gestión de tráfico. El artículo también indica que el reglamento deberá establecer 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.

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" (p.2).

Como se puede observar, la Ley de Neutralidad no es muy amplia, contiene disposiciones bastante generales en cuanto a lo que constituye la neutralidad que se busca proteger, pero ello se ve complementado posteriormente por medio de un reglamento que particulariza sobre los alcances que debe tener la protección a dicho principio.

El 10 de diciembre del 2010, mediante el Decreto número 368, se publicó este Reglamento denominado "Reglamento que Regula las Características y Condiciones de la Neutralidad de la Red en el Servicio de Acceso a Internet"; el cual regula el ejercicio de los derechos y obligaciones que derivan de la ley N° 18.168 respecto al principio de neutralidad en la red.

El Reglamento incluye algunas definiciones fundamentales para la correcta interpretación de las disposiciones que se establecerán posteriormente, dentro de las cuales se encuentran definiciones de: servicio de acceso a Internet, ISP, proveedor de aplicación, usuario, ente otros. Sin entrar a revisar todos los artículos del Reglamento, puesto que algunos se refieren a temas muy particulares que no agregan mayor valor a la discusión, seguidamente analizaremos algunos de ellos:

El artículo 3 de dicho reglamento dispone:

Artículo 3°. Los ISP deberán medir trimestralmente los indicadores técnicos de calidad de servicio, de acuerdo a la metodología definida en el numeral 5 de la Recomendación ETSI EG 202 057-4 V1.2.1 (2008-07) y sus anexos pertinentes.

El cálculo de los indicadores se basará en muestras estadísticamente representativas de todo el país donde los ISP presten sus servicios de acceso a Internet y se medirán separadamente según tecnología, velocidad de transmisión y nivel de calidad ofrecido, identificando dónde se ha(n) realizado la(s) medición(es) (p.4).

Según se advierte, el Artículo 3 del Reglamento establece la obligación de los ISP de medir trimestralmente la calidad del servicio brindado, mediante la utilización de indicadores de calidad. Esta obligación no es desconocida en el ámbito legal costarricense, puesto que los ISP cuentan con una obligación de presentar trimestralmente indicadores de este tipo, en razón a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley General de Telecomunicaciones de Costa Rica.

Relacionado también con el tema de calidad, el artículo 4 establece la obligación de los ISP de medir los tiempos utilizados para reparar averías y restablecer por tanto el servicio. Estas obligaciones revisten de importancia a la

hora de dar cumplimiento a las disposiciones de transparencia en la información, esto puesto que poco sentido tendría contar con información respecto a la calidad de los servicios en el papel, a nivel de lo que debería ser el servicio brindado, si finalmente en la práctica resulta diferente el servicio que se brinda.

El artículo 6 del reglamento complementa este tema, al establecer la forma en que el regulador podrá fiscalizar las mediciones realizadas por los ISP, en aras de asegurar que estas mediciones se realicen apropiadamente, y los resultados de las mismas reflejen de manera precisa y veraz la calidad de los servicios brindados. La información sobre la calidad brindada sirve múltiples propósitos para diferentes actores. Primeramente, otorga al regulador un insumo para conocer sobre el estado de cumplimiento de los ISP respecto a los parámetros de calidad de los servicios de los que se trate. Esta información estaría en manos del regulador, pero será el usuario final quien pueda eventualmente verse beneficiado por las medidas que se pudiesen tomar eventualmente con base en dicha información (restitución de montos, mejoras en la calidad). Desde la perspectiva del ISP, conviene realizar autoevaluaciones de calidad para determinar si se está cumpliendo, no solo a nivel regulatorio, sino también si se están cumpliendo con los cometidos establecidos internamente como empresa, en cuanto a la prestación del servicio de acuerdo con las metas propuestas.

De las muestras sobre la calidad brindada trimestralmente, se puede tener una noción más fiel de las características de los servicios que ofrece a final de cuentas el ISP, y podrá así ajustarse la información que aquel publique, para que la misma sea más transparente y veraz, y se encuentre en consecuencia el usuario final en mejores posibilidades para hacer valer sus derechos.

Artículo 5:

Los ISP deberán mantener publicada y actualizada la información relativa a las características de los servicios de acceso a Internet ofrecidos o contratados, según sea el caso, su velocidad, calidad del enlace, naturaleza y garantías del servicio. Dicha obligación se cumplirá mediante la publicación y difusión de la referida información en un sitio web especialmente acondicionado para estos efectos por cada ISP, el que deberá contar con un enlace destacado desde su sitio web principal.

La información que los ISP estarán obligados a proporcionar a los usuarios deberá estar redactada en idioma español y emplear definiciones conceptuales expresadas en un lenguaje técnico simple, de manera tal que permita su fácil comprensión por parte de los usuarios, pudiendo contener gráficos que permitan fácilmente a los usuarios realizar comparaciones visuales. La información suministrada deberá cumplir con criterios de inteligibilidad, homogeneidad, integridad y claridad.

En particular, los ISP deberán poner a disposición de los usuarios, al menos, la siguiente información actualizada para cada plan y/o servicio que comercialicen:

- a) Características comerciales del plan o servicio ofertado y el nivel de los mismos, lo que deberá establecerse expresamente en el contrato respectivo, indicando al menos la velocidad publicitada de subida y bajada, límite de descarga y garantías del servicio.
- b) Tasa de agregación o de sobreventa utilizada, expresada como 1:XX, entendiéndose como el cociente entre la suma de las velocidades contratadas de todos los usuarios conectados a un ISP y la velocidad del enlace con su respectivo PIT.

c) Indicadores técnicos de calidad de servicio, de acuerdo lo establecido en el artículo 3º, los que deberán informarse en los siguientes términos:

1. Tiempo de acceso de usuario (login): Percentil 80 y 95 de los tiempos de login, ordenados de menor a mayor.
2. Velocidad de transmisión de datos conseguida: Máxima, mínima, valor promedio y desviación estándar, separado para subida y bajada.
3. Proporción de transmisiones de datos fallidas: Porcentaje de transmisiones de datos fallidas.
4. Proporción de accesos de usuario con éxito: Porcentaje de conexiones exitosas.
5. Retardo: Promedio y desviación estándar, medido en milisegundos.

d) Tiempo de reposición del servicio que, de acuerdo lo establecido en el artículo 4º, deberá considerar las siguientes medidas:

1. Percentil 80 y 95 del tiempo de reposición de las fallas válidas, ordenado de menor a mayor.
2. El porcentaje de las fallas reparadas en el tiempo objetivo que defina el propio ISP.

e) Calidad y disponibilidad del enlace, diferenciando entre las conexiones nacionales e internacionales, de acuerdo a lo establecido en la resolución exenta N° 698 de 2000 de la Subsecretaría de Telecomunicaciones.

f) Medidas de gestión de tráfico y administración de red. En caso que existan las mencionadas medidas, deberán especificarse sus características y sus eventuales efectos en el servicio prestado a los usuarios. Esto incluirá los tipos de aplicaciones, servicios y protocolos que

se vean afectados, así como también información sobre los períodos de alta demanda o de mayor carga. El ISP deberá indicar si las políticas de administración de tráfico son horarias, semanales y si es para tráficos nacionales y/o internacionales.

Asimismo, los usuarios podrán solicitar a los ISP que les entreguen por escrito, dentro del plazo de 30 días contados desde la solicitud a que hace referencia el inciso final del artículo 24° H de la Ley, toda la información relativa a las características de los planes y servicios que éstos ofrecen. Dicha información deberá contener, a lo menos, los elementos a que se hace referencia en los literales anteriores (pp.4-5).

El artículo 5 del Reglamento desarrolla a mayor abundancia las obligaciones ya instauradas mediante la Ley de Neutralidad, en el tema de la transparencia y la publicidad de la información de los servicios ofrecidos. Un aspecto importante por considerar es que se hace especial hincapié en que la información provista debe estar redactada de forma tal que sea inteligible para el usuario común.

No entraremos mucho en el detalle de lo que se exige a los ISP para estos efectos, pero es claro que se trata de información bastante específica respecto a las características de los planes comerciales, la calidad y disponibilidad de los servicios, y las políticas y metodologías empleadas para la gestión de tráfico.

Artículo 7:

Los ISP 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 ésta. En este sentido, los ISP 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 las conexiones a Internet, las que varían según el tipo de contrato vigente con cada usuario.

No obstante lo dispuesto en el inciso precedente, los ISP podrán tomar las medidas o ejecutar las acciones necesarias para llevar a cabo 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.

En el caso que los ISP tomen medidas o ejecuten acciones de gestión de tráfico y/o administración de red, ello deberá ser informado a los usuarios a través de una publicación clara e inteligible de acuerdo a los términos indicados en el artículo 5º (p.6).

El artículo 7 es casi una copia del artículo 24.H. de la Ley de Neutralidad, y no ofrece en realidad elementos regulatorios nuevos relevantes, pues básicamente reitera la prohibición de los ISP de administrar arbitrariamente el tráfico, haciendo la salvedad de que estas prácticas pueden ser justificables en un ámbito de excepción, lo cual debe ser en todo caso informado oportunamente a los usuarios.

Artículo 8:

Se considerarán como prácticas restrictivas a la libertad de utilización de los contenidos, aplicaciones o servicios que se presten a través de Internet, las siguientes:

- 1) Toda aquella acción que, arbitrariamente, tienda a bloquear, interferir, entorpecer, restringir y/o de cualquier forma obstaculizar 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 especial, aquellas medidas de gestión de tráfico o administración de red que, en aquel carácter, afecten a los niveles de servicio contratados por el respectivo usuario.
- 2) Toda aquella acción que, arbitrariamente, tienda a priorizar o discriminar entre proveedores de contenidos, aplicaciones y/o usuarios. En todo caso, siempre se entenderá como arbitraria la acción de priorización o discriminación que afecte a proveedores de contenidos, aplicaciones y/o usuarios respecto de otros de similar naturaleza.
- 3) Toda aquella acción que impida o restrinja el derecho de los usuarios a acceder a la información veraz y actualizada relativa a las características de los servicios de acceso a Internet ofrecidos o contratados, según sea el caso, a que se refiere el artículo 5º del presente reglamento.
- 4) Toda aquella acción que impida, restrinja o limite el derecho de los usuarios a incorporar o utilizar cualquier clase de instrumentos, dispositivos o aparatos en la red, siempre que sean legales y no dañen o perjudiquen la red o la calidad del servicio prestado a terceros (pp.6-7).

El artículo 8 pretende brindar un mayor detalle respecto a las prácticas particulares que deben considerarse como restrictivas a la libertad de utilización de los contenidos, aplicaciones o servicios que se presten a través de Internet, y que por ende resultarían ilegítimas.

El primer inciso no ofrece en realidad mayores elementos nuevos, ya que fundamentalmente puntualiza las prohibiciones de los ISP que se mencionaban anteriormente, y las condensa desde la perspectiva de acciones que implican prácticas restrictivas en los términos que se mencionó. Sin embargo, sí se resalta la gravedad particular que ostentan estas acciones cuando además se ven afectados los niveles de servicio contratados por el respectivo usuario.

El inciso 2) se refiere a la discriminación por razón del sujeto. Siguiendo la misma línea en el sentido de que las interferencias en el tráfico no deben ser arbitrarias, evidentemente no se permite direccionar aquellas discriminatoriamente hacia algunos sujetos o grupos de ellos.

El derecho de información de los usuarios respecto a los servicios contratados viene a concretarse mediante el inciso 3), el cual encasilla las acciones que atenten contra el acceso a esta información dentro de las prácticas que deben considerarse restrictivas a la libertad de utilización de los contenidos, aplicaciones o servicios que se presten a través de Internet.

El inciso 4) nuevamente reitera un tema ya tratado, como lo es la libre utilización de instrumentos, dispositivos o aparatos en la red. En aplicación del principio de neutralidad, resulta consistente que se permita, en general, el uso libre de la conexión a Internet; siempre y cuando no se haga de forma ilegal, o se perjudique la red o la conexión de terceros. Dentro de esa libertad de uso de la conexión con los condicionantes mencionados, resulta coherente una aplicación idéntica para el caso de la utilización de instrumentos en la red.

Artículo 9:

Asimismo, los ISP podrán bloquear contenidos, aplicaciones o servicios a petición expresa del usuario, sin que aquel pueda extenderse arbitrariamente a otros contenidos, aplicaciones o servicios distintos de los solicitados por el usuario. En ningún caso, este bloqueo podrá afectar de manera arbitraria a los proveedores de servicios y a las aplicaciones que se encuentran en Internet. Los ISP deberán tener disponible, para los usuarios que lo soliciten, un servicio de control parental que bloquee contenidos que atenten contra la ley, la moral o las buenas costumbres.

Los ISP deberán publicar de manera clara las características operativas de este servicio y las instrucciones para que el usuario pueda operar las aplicaciones necesarias para el correcto funcionamiento del mencionado servicio (p.7).

El artículo 9 añade otro presupuesto de excepción en el cual pueden los ISP interferir el tráfico, en caso de que así lo solicite expresamente el usuario del servicio.

Artículo 10:“Los ISP procurarán preservar la privacidad de los usuarios, la protección contra virus y la seguridad de la red, utilizando para ello las herramientas tecnológicas disponibles.” (p.7)

El artículo 10 encomienda a los ISP proteger la privacidad de los usuarios, y la seguridad de la red y por tanto de los usuarios que la utilizan, tarea que como vimos anteriormente justifica la aplicación de prácticas de administración o gestión de tráfico.

Artículo 11:

Los usuarios tendrán derecho 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 seguridad de la red o la calidad del servicio prestado a terceros (p.7).

El artículo 11 reitera la posibilidad de los usuarios de utilizar dispositivos en la red, con las salvedades mencionadas anteriormente.

Artículo 12:

Sin perjuicio de las materias cuya regulación corresponda a otros organismos y de las facultades que asisten al Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y la Subsecretaría en virtud de lo dispuesto en el artículo 36° de la ley, los usuarios y proveedores de aplicaciones podrán reclamar, de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 28° Bis de la Ley y su Reglamento sobre Tramitación y Resolución de Reclamos de Servicios de Telecomunicaciones, respecto de los servicios prestados por los ISP y sus eventuales incumplimientos a las obligaciones legales y/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 (p.7).

Por último, el artículo 12 establece la posibilidad de los usuarios y los proveedores de contenidos de reclamar por incumplimiento a estas disposiciones mediante el procedimiento ordinario establecido para los efectos de reclamos de servicios de telecomunicaciones. Se trata de un artículo que pretende dar

ejecutividad a las disposiciones, emparejando este tipo de acciones contrarias a la neutralidad de la red con otras prácticas no permitidas que suponen la posibilidad de interponer un reclamo.

Artículos Transitorios:

Artículo Primero. Los ISP tendrán un plazo de 120 días para implementar la plataforma de información y transparencia de servicio de acceso de Internet, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5°.

Artículo Segundo. Los ISP dispondrán de un plazo de hasta 60 días, contados desde la entrada en vigencia del presente Reglamento, para remitir a la Subsecretaría los protocolos de medición que contendrán los detalles de los equipos utilizados, así como la programación y las condiciones en que se efectúen las mediciones (p.8).

Considerando que toma cierto tiempo cumplir con las disposiciones concernientes a la puesta en disposición de la información de los servicios ofrecidos (plataforma de información y transparencia de servicio de acceso de Internet), así como los aspectos referentes a la definición de los protocolos de medición; los artículos transitorios del Reglamento otorgan un plazo a los ISP para dar cumplimiento a ambas obligaciones.

En sumo, el Reglamento a la Ley desarrolla a mayor abundancia las disposiciones legislativas en materia de neutralidad de la red, proveyendo una descripción más detallada, tanto de las acciones que se prohíbe realizar a los ISP y de los derechos de los usuarios de los servicios, como de los casos de excepción donde se permite a los primeros incurrir en ciertas prácticas que en principio pudiesen percibirse incompatibles con este principio.

Chile se aventuró como pionero en la legislación del tema de la neutralidad de la red, mediante la aprobación de una ley y un reglamento que materializan este principio. En la regulación del tema, estos cuerpos normativos siempre dejan algunos supuestos abiertos a interpretación, pero probablemente sería utópico esperar que se regulen todas las posibles situaciones que pudiesen surgir en la práctica en este tema (o en cualquier tema), sin dejar algún área oscura o gris, especialmente si partimos de que para el caso de la aplicación de la neutralidad de la red, sería inconveniente una aplicación absoluta, y con el establecimiento de un ámbito de excepción a una regla, usualmente se debilita un poco la seguridad jurídica, por más que no se quisiera.

A final de cuentas, podemos concluir que del esfuerzo de Chile resultó un texto legal bastante aceptable, el cual, junto con el reglamento a la Ley, proveen un marco regulatorio suficientemente amplio y desarrollado, que sirve como herramienta para dar ejecutividad a un principio que en muchos casos queda en el papel.

2.3 EL CASO DE PERÚ

En adición a los casos de Chile y Holanda -país sobre el cual nos referiremos más adelante- Perú recientemente dispuso regular la neutralidad de la red a nivel legal. Como antecedente, anteriormente –desde el 2005- en Perú se había determinado regular de alguna forma esta materia a nivel del “Reglamento de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones”, el cual dispone en su artículo 7:

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. (p.7)

El artículo ciertamente introduce una restricción relacionada con la neutralidad de la red, pero sin mencionar propiamente el principio, y mediante un texto ciertamente poco técnico y específico. A efectos de regular el tema a nivel legislativo, en Perú se hizo de manera mucho menos elaborada que para el caso de Chile y de Holanda, y no de forma independiente como en estos otros casos. En Perú se realizó mediante la inclusión de un artículo que regula el tema dentro de una ley determinada cuyo enfoque no es precisamente la neutralidad. En el año 2012, el Congreso peruano aprobó la “Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica”. Como bien se sustrae del título, el objetivo central de esta Ley es promover el desarrollo de la banda ancha. Sin embargo, se dispuso incluir un artículo que regula el tema de la neutralidad de la red, este es concretamente el artículo 6, el cual establece:

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 (p.1).

Según se observa, el artículo no es demasiado exhaustivo, se limita a enunciar una concepción bastante básica y general del principio. El artículo no detalla los presupuestos y los usos que se estiman prohibidos a estos efectos de la manera que se desarrolla en la Ley de Neutralidad de la Red de Chile. La Ley de Chile incluye dentro de las prohibiciones más tipos de acciones por parte de los

ISP, relacionadas con más tipos de usos por parte de los abonados, y que involucran el acceso a más tipos de recursos. A manera de ejemplo, se advierte que el artículo en la Ley de Perú refiere únicamente a la libertad en la utilización de cualquier “aplicación o protocolo”, mientras que en el caso de Chile se habla de libertad en la utilización de cualquier “contenido, aplicación o servicio legal a través de Internet, así como cualquier tipo de actividad o uso legal realizado a través de la red.”

Consiguientemente, encontramos que en el caso chileno se optó por extender más el ámbito de protección en cuanto a presupuestos de hecho tratados. Sin embargo, en la medida en que se desarrolla más el área de protección, sucede lo mismo con el ámbito de excepciones a la aplicación del principio. De forma análoga, pero, siendo que en el caso peruano encontramos una regulación más escueta, en la medida en que se desarrolla menos sobre las acciones no permitidas por parte de los ISP, por otro lado se omite incluir un ámbito de excepción dentro del cual se entendería no aplican las restricciones introducidas en razón de la neutralidad de la red.

En este sentido, en el caso chileno se circunscribe la protección a usos legales, mientras que en el caso peruano no se hace dicha aseveración. Este detalle podría estimarse como innecesario, ya que se podría interpretar o presuponer que debe siempre tratarse de un uso que se enmarque dentro del ordenamiento jurídico, pero esto no siempre es tan claro, ya que en ocasiones resulta difícil determinar sin dejar dudas sobre cuál derecho tendría que prevalecer sobre otro, especialmente cuando se trata del empleo de una herramienta tan dinámica como el Internet, cuya utilización permite el acontecer del más amplio rango de situaciones, que podrían relacionarse con diversos tipos de derechos.

A final de cuentas, la falta de riqueza del texto empleado para desarrollar el principio de neutralidad de la red en el caso de Perú, provoca que queden dudas sobre si la protección que establece, es mayor o menor que para el caso de Chile.

Merece por un lado reconocimiento el atrevimiento de un país para regular, a nivel de ley, un tema que tan pocas otras naciones se han dispuesto hacer, pero queda la incógnita de si convendrá finalmente hacerlo de manera tan laxa, o si podría en la práctica más bien complicarse el panorama al tener un régimen regulatorio insuficiente en la materia. Compete al Regulador del mercado asegurar el cumplimiento de estas disposiciones, lo que profundiza el carácter ejecutivo de la norma, y podría resultar peligroso si hay incertidumbre en el mercado sobre los alcances de las disposiciones legales en materia de protección de la neutralidad de la red. En todo caso, siempre existe la posibilidad de reformar la norma, o de reglamentarla de manera que se desarrolle con más detalle el tema.

2.4 EL CASO DE LA UNIÓN EUROPEA

En el caso de la Unión Europea, al momento Holanda es el único país que ha regulado propiamente el tema de la neutralidad de la red, al nivel de Ley sobre la Neutralidad de la misma. Si bien el resto de los países han tenido sus particularidades a la hora de tratar el tema, al no contar con legislación propiamente al respecto, nos enfocaremos principalmente en los esfuerzos a nivel de Unión Europea en el tema de neutralidad de la red.

En el año 2002, 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 se brinda mayor 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. Consecuentemente, es un buen punto de partida para estudiar la evolución de este tema a nivel de este continente. 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 de su elección. Por lo tanto, se relaciona la neutralidad de la red con el derecho de los usuarios finales a acceder el contenido que aquellos elijan, sin que deba mediar discriminación alguna.

Posteriormente, en el año 2009, la Unión Europea emitió nuevas “normas” en materia de comunicaciones electrónicas. En este sentido, y con miras en obtener cierta simetría regulatoria y un sector de telecomunicaciones más competitivo, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea adoptaron las directivas 2009/140/CE y 2009/136/CE. La Directiva 2009/140/CE modifica concretamente la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. Por su parte, la Directiva 2009/136/CE modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores.

En estas Directivas se consagraron disposiciones tendientes a la neutralidad tecnológica y neutralidad de servicios, así como otras disposiciones en materia de transparencia, calidad del servicio y neutralidad de la red; aunque no de manera tan extensiva sobre este último tema. Como veremos más adelante, posteriormente, en un anexo a la Directiva 2009/140/CE se incluye la Declaración de la Comisión sobre la Neutralidad de Internet, en la que manifiesta su compromiso por “preservar un carácter abierto y neutral de internet”, consagrando

la neutralidad de Internet como un objetivo general y un principio regulador que debe ser fomentado para una implementación a nivel reglamentario.

Como primer punto, vale decir que la reforma del 2009 incluye la creación del “Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas” (ORECE), en inglés denominado “Body of European Regulators of Electronic Communications” (BEREC); como agencia reguladora del mercado de las telecomunicaciones en la Unión Europea. Los reguladores nacionales de las telecomunicaciones se agrupan a nivel europeo en este Organismo. Uno de los grandes objetivos de este Organismo es asegurar una cohesión interna en la aplicación del derecho comunitario por parte de las autoridades nacionales de regulación.

En materia de fondo, las Directivas de cierta manera canalizan esos esfuerzos en materia de neutralidad de la Red en 3 aspectos: transparencia, calidad de servicio y capacidad de elección del consumidor. Se trata de condiciones usualmente vinculadas con el principio, aunque es claro que no constituyen particularmente el núcleo de la neutralidad de la red.

Sobre la transparencia, dentro de las directivas del 2009 se incluyeron disposiciones que establecen la obligación de los proveedores en cuanto a ser sumamente claros a la hora de contratar con usuarios finales, debiendo informar integralmente a aquellos respecto a los servicios que se están contratando, y a los cuales tiene derecho el usuario en razón del contrato acordado. Se deben indicar claramente los servicios incluidos, e informar sobre cualquier condición que limite o restrinja de alguna forma el acceso o la utilización de los servicios y las aplicaciones contratadas, particularmente sobre los procedimientos establecidos por la empresa para medir y gestionar el tráfico. Asimismo, se debe comunicar sobre los niveles mínimos de calidad a los que tiene derecho el usuario, y cualquier otra información que resultaría de interés para el usuario a la hora de considerar el servicio que pretende contratar.

Se estima esencial que los usuarios sepan exactamente qué hacen los operadores con sus datos, y cómo tratan los distintos tipos de tráfico en sus redes. Este es un tema que en la práctica no se ha visto cumplido con la frecuencia y profundidad que debería, siendo que el usuario final típicamente desconoce mayor detalle respecto a sus derechos y los servicios que recibe o debe recibir. Y es que el tema se inserta en ocasiones en áreas un tanto técnicas, que propician de mayor forma la ignorancia o indiferencia por parte de los usuarios.

Sobre el particular, el ORECE insiste en que los operadores no deben usar un lenguaje excesivamente técnico que abrume al usuario y le conduzca a una interminable consulta por los servicios técnicos y los distintos foros de ayuda. Idealmente los consumidores deberían conocer las técnicas de gestión del tráfico que utilizan los operadores, de forma que se pudiese determinar, ante un servicio de baja calidad, a qué responde el mismo.

Otro punto importante dentro de estas disposiciones es que se aboga por garantizar un nivel mínimo de calidad del servicio, limitando las prácticas tendientes a restringir el tráfico en la red que pudiese significar un nivel de servicio por debajo del mínimo establecido. Con vista en una concreción sobre este aspecto, las Directivas otorgan la posibilidad de establecer a nivel nacional requisitos mínimos de calidad del servicio a los proveedores de servicios de telecomunicaciones. Se incluía entonces una declaración según la cual los operadores no pueden degradar el servicio más allá de un mínimo de calidad aceptable establecido por los reguladores nacionales para cada tipo de servicio.

En lo que refiere a la capacidad de elección del usuario, se dispone que las Autoridades Nacionales de Reglamentación (las ANR) deben garantizar a los usuarios la capacidad de acceder, distribuir y utilizar cualquier tipo de servicio o información sin ningún tipo de discriminación por su elección. Aunque se relaciona de cierta forma con la neutralidad de la red, se trata en realidad de una garantía entorno a las opciones que tiene el usuario, de manera que pueda elegir libremente la que más le convenga, sin barreras particulares impuestas por alguno

de ellos. Sin embargo, lo anterior no necesariamente significará que cada uno de los operadores del mercado deba garantizar por su cuenta un acceso irrestricto a los contenidos.

Cristina Cullell March, Doctora en Ciencias de la Comunicación citada por Cerrillo-i-Martínez, A., Peguera, M., Peña-López, I. & Vilasau, M. (2011) se refiere de manera oportuna sobre estas Directivas y el particular papel de la ORECE en la materia:

Observamos como la capacidad de elección, la transparencia y la calidad del servicio son los tres elementos clave en la regulación de la neutralidad de red en la Unión que también otorga nuevos poderes de supervisión para la Comisión Europea. 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 pivotará precisamente la importancia del ORECE como destacado actor de coordinación en aplicación de la 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 (p.72).

Entendemos entonces el papel de supervisión que ostenta la ORECE, aunque es claro que los Estados miembros desempeñan un rol fundamental, como garantes de la aplicación de estas disposiciones en sus respectivos territorios.

Ese mismo Organismo brindó una cierta definición o descripción sobre la neutralidad de la red en el año 2010 a partir del documento BoR (10) 42 de respuesta a una consulta de la Comisión Europea sobre la Internet abierta y neutralidad de la red en Europa, respecto la cual indicó:

Una interpretación literal de la neutralidad de la red, para fines de trabajo, es el principio de que todas las comunicaciones electrónicas que pasan a través de una red son tratadas por igual. Que toda la comunicación se trata igualmente significa que se trata independientemente de (i) el contenido, (ii) la aplicación, (iii) servicio, (iv) el dispositivo, (v) la dirección del remitente, y (vi) la dirección del receptor. El remitente y dirección del receptor implica que el tratamiento es independiente del usuario final y el contenido / aplicaciones / servicios (trad. pp.2-3).

Ahora bien, siguiendo sobre el papel particular de las ANR, a pesar de resultar claro que estas son las encargadas de promover la adopción de un Internet abierto, en la Declaración anexa a la Directiva 2009/140/CE, la Comisión Europea reconoce y asume un rol en la supervisión del cumplimiento de ello, indicando que entregaría reportes al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la situación y avances en la materia. Según se dispone en las Directivas, la Comisión suele adoptar un rol de órgano consultivo para la ANR, de previo a ejecutar ciertas medidas relacionadas con la materia regulada en las mismas. A manera de ejemplo, en el tema de la calidad de servicios y la posibilidad de las ANR de imponer a los operadores ciertos requisitos mínimos de calidad, la Directiva 2009/136/CE dispone que estas deberán tener muy en cuenta las observaciones o recomendaciones que emita la Comisión en este ámbito.

En abril del 2011 la Comisión Europea emitió su primer reporte en este sentido, particularmente sobre el Internet abierto y la Neutralidad de la Red en Europa. En su Comunicación, la Comisión manifiesta la importancia de preservar el carácter abierto de esta Internet y garantizar la prestación de servicios de alta

calidad, al tiempo que se permita el florecimiento de la innovación y el respeto de derechos fundamentales como la libertad de expresión. Adicionalmente, la Comisión se refirió a la importancia de definir lo que constituirían prácticas razonables de administración de tráfico, y las prácticas discriminatorias de ralentización o bloqueo de ciertos tipos de tráfico que por el contrario representarían un abuso. En todo caso, es claro que no es lo mismo tener que “tomar en cuenta” ciertas recomendaciones que estar compelido propiamente a obedecerlas.

Ahora bien, al igual que la Comisión Europea a través de las Directivas, la ORECE ha manifestado su disposición para salvaguardar la neutralidad y la transparencia en Internet, aspectos sobre los que se ha referido concretamente en respuesta a las consultas públicas que ha lanzado la Comisión Europea sobre estos temas. Dentro de las propuestas de la ORECE se incluye la utilización de redes de nueva generación, como las de fibra óptica, abogando por preservar interfaces abiertas para asegurar el potencial de innovar.

Otro evento interesante se dio en el año 2011, cuando la ORECE –con la cooperación de la Comisión Europea- investigó sobre las prácticas de gestión de redes y el cumplimiento por parte de los proveedores de servicios de telecomunicaciones del principio de neutralidad de la red en este continente, tanto en las conexiones de Internet fijas como en las móviles; encontrando como resultado numerosas situaciones en las cuales presuntamente se incumplían los preceptos de dicho principio.

La ORECE extendió su investigación durante el año 2012, incluyendo información de alrededor de 400 ISP que operaban dentro de la Unión Europea, y se encontró 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 sufre 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 se ha referido Jérémie Zimmermann, cofundador y portavoz de la Cuadratura de la Red, citado por Merino (2012):

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 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 (párr.3).

Con el estudio del ORECE se logró por lo tanto corroborar la existencia de prácticas que efectivamente atentan contra el principio de neutralidad y que la falta de legislación al respecto resulta sumamente perjudicial, pues disposiciones tan generales en la materia no son suficientes para disuadir a los proveedores de Internet de cometer prácticas de este tipo. Las disposiciones actuales se pueden concebir más como de cierta índole programática, siendo que mientras no se vean positivadas en leyes concretas, su cumplimiento difícilmente se dará.

Con las disposiciones del 2009, se confió de cierta forma de manera “ciega” en que los operadores actuarían de la forma que se estimaba “apropiada” a la luz de la neutralidad. Sin embargo, los beneficios técnicos y económicos que pueden derivar para los operadores de limitar y restringir ciertos contenidos a conveniencia

se postraba más atractivo que cumplir ciertas disposiciones sin un carácter verdaderamente vinculante.

Muchos operadores justifican la adopción de estas medidas, como parte de una necesaria administración del tráfico ante situaciones de congestión en sus redes, pero ello no siempre se sustentará de manera tan clara, especialmente cuando se encuentra que los bloqueos se efectúan sobre servicios que pueden representar una amenaza para las ganancias de los proveedores. Neelies Kroes, Vicepresidenta de la Comisión Europea y comisaria para la Agenda Digital Europea, ha reconocido la existencia del problema de las restricciones impuestas por proveedores de servicios de Internet, especialmente en lo relacionado con lo que denomina “tecnologías intrusivas para supervisar el tráfico de los usuarios de internet”.

A pesar de lo anterior, Kroes, mencionado en Portal TIC (2012), ha manifestado que no pretende obligar a todos los operadores a ofrecer un Internet “completo”: “No propongo obligar a todos los operadores a ofrecer un Internet completo. Les corresponde elegir a los consumidores. Pero quiero estar segura de que estos consumidores saben lo que están recibiendo y lo que se pierden” (párr.7).

Esas palabras parecen tender más hacia una especial valoración de la transparencia y el derecho a la información, relativizando de cierta manera la protección a la neutralidad de la red.

Considera además que no es necesaria una mayor intervención legislativa de la UE para garantizar la neutralidad en la red ya que el mercado está suministrando alternativas, aunque en algunos países éstas son limitadas. Neelies ha remitido propuestas destinadas a volver más transparentes las restricciones aplicadas por los servidores y permitir cambiar más fácilmente a los usuarios.

Pero se estima que mientras no se legisle propiamente el tema no se podrá contar con una verdadera garantía. Las reglamentaciones disponibles con insuficientes para garantizar la protección de un internet libre y neutro.

A modo de ejemplo, en noviembre de 2011 la Comisión Europea y el Parlamento Europeo organizaron conjuntamente una conferencia sobre “Internet Abierto y Neutralidad de Red en Europa”, con el objetivo de debatir las aportaciones de los diferentes sectores participantes en la consulta pública organizada anteriormente por la Comisión. En la conferencia se consensuó acerca de la importancia de mantener un internet abierto y abogar por la cooperación en materia de protección de los derechos de los consumidores; aunque claramente poco contribuye consensuar un aspecto que, en todo caso, ya había sido discutido y sobre el cual existía ya cierto acuerdo, si no se aportan ideas nuevas aparejadas además de medidas que materialicen lo acordado.

Ante la omisión de la Comisión Europea a la hora de garantizar la Neutralidad de la Red, se aprecia que los legisladores europeos y los legisladores nacionales deberán asumir un papel más importante en lo relacionado a la adopción de significativas medidas en el corto plazo.

En octubre del 2011, la ORECE sometió a consulta pública el “Proyecto de Directrices de la ORECE sobre neutralidad de la red y transparencia: mejores prácticas y enfoques recomendados” (traducción del inglés); a lo cual se recibieron 77 contribuciones de distintos sujetos a la consulta pública, desde individuos particulares hasta operadores, pasando por organizaciones y proveedores de contenidos. El documento final con las directrices fue finalmente emitido en diciembre del 2011 (oficio BoR (11) 67).

Dichas directrices resaltan la importancia de la transparencia como herramienta para promover la neutralidad de la red, y el papel que deben

desempeñar las ANR para garantizar la presencia de dicha cualidad en el mercado.

A pesar de los indudables aportes que ofrece la transparencia en esta materia, la ORECE reconoce que ella por sí sola no garantiza la neutralidad de la red, puesto que la misma debe venir acompañada de otras condiciones, tales como un mercado en competencia que brinde al usuario posibilidades de elección y facilidades para cambiar de proveedor.

Es claro que la responsabilidad central de asegurar la transparencia recae en las ANR, quienes deben garantizar que los ISP cumplan con los preceptos en materia de transparencia e informen correctamente a los usuarios sobre sus servicios; aunque igualmente se resalta que los proveedores de contenidos y aplicaciones deben igualmente cumplir un rol en este sentido, puesto que la labor de información no debe reducirse a los ISP.

Si bien la Directiva de Servicio Universal ya menciona aspectos importantes tales como la información que debería constar en los contratos que suscriben los ISP con sus usuarios, las directrices profundizan en ciertos aspectos que debería conocer el usuario respecto a su servicio, preferiblemente mediante el uso de terminología estándar que permita al usuario saber qué límites y limitaciones - regulatoriamente razonables y válidos- puede esperar dentro de su servicio, y hacer siempre una elección informada a la hora de escoger su proveedor de servicios.

A final de cuentas la ORECE estima que cada país debe adoptar una política eficaz de transparencia que brinde al usuario entre otras cosas accesibilidad a la información, precisión de la misma y comprensibilidad, de manera que el usuario pueda entenderla y compararla, tanto para el momento de elegir el servicio que más le conviene, como durante el tiempo de su contrato y la prestación del mismo.

Posteriormente, en mayo del 2012, la ORECE sometió a consulta pública 3 documentos:

1. Proyecto de Directrices para la calidad de servicio en el ámbito de la neutralidad de la red.
2. Proyecto de reporte "Evaluación de la interconexión IP en el contexto de la neutralidad de la red".
3. Proyecto de reporte "Prácticas de diferenciación y cuestiones relacionadas con competencia en el ámbito de la neutralidad de la red".

En primer término, el Proyecto de Directrices para la calidad de servicio en el ámbito de la neutralidad de la red [oficio BoR (12) 32] pretende analizar los alcances del artículo 22 (3) de la Directiva de Servicio Universal, dando así seguimiento al documento sobre calidad de servicio publicado en diciembre del 2011 por ese Organismo. El documento ahonda en ciertos conceptos relacionados con la prestación y la calidad de los servicios, incluyendo prácticas que pudiesen degradar dichos servicios.

Este Proyecto de Directrices busca servir de guía para las ANR para la evaluación de situaciones que se pudiesen dar en la práctica, a 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.

Cabe señalar que en el reporte se estudia la degradación de los servicios desde dos enfoques:

- 1- La degradación del servicio de acceso a Internet considerado como un todo
- 2- La degradación de aplicaciones individuales utilizando los servicios de acceso a Internet.

En este contexto, se estima importante considerar el propósito detrás de las prácticas de diferenciación y de administración de tráfico; si atienden a motivos justificables y si resulta además proporcional a lo que se pretende obtener o evitar con ellas. La proporcionalidad debe observarse igualmente en caso de considerarse finalmente necesaria una intervención, de manera que la medida que disponga tomar la ANR resulte eficaz y proporcional para atender la necesidad que se pretende cubrir. Conforme los lineamientos, se insta a las ANR además a notificar a la ORECE, en caso de dispongan estas aplicar medidas para imponer requisitos mínimos de calidad.

En lo que refiere al Proyecto de reporte "Evaluación de la interconexión IP en el contexto de la neutralidad de la red", éste trata el tema de 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 como:

- 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.
- 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.
- 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 sentido se ha desarrollado bastante bien sin la necesidad de mayor intervención del regulador.

Por su parte, el Proyecto de reporte "Prácticas de diferenciación y cuestiones relacionadas con competencia en el ámbito de la neutralidad de la red"

[oficio Bor (12) 31] 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 ciertas de estas prácticas tienen un impacto negativo importante, tanto en los mercados de redes como en los mercados de contenidos; lo anterior sin dejar de lado los efectos negativos en términos de innovación y la afectación a los usuarios.

En el reporte se concluye que en el ámbito de las prácticas de diferenciación, resulta más gravoso cuando se presentan situaciones de integración vertical, las cuales restringen la competencia y reducen las posibilidades de elección de los usuarios. También se colige que la gravedad podría hacerse más pronunciada en razón del poder de mercado que ostente el ISP. Por otro lado, se menciona que la existencia de un mercado transparente y condiciones que favorezcan un fácil cambio de proveedores para los usuarios puede fungir como un factor útil para prevenir -o paliar los efectos- de la posible ejecución de este tipo de prácticas; lo anterior, indudablemente en compañía de condiciones adecuadas de competencia en el mercado.

La consulta sobre el documento busca, en suma, retroalimentación respecto a las tendencias descritas y conclusiones alcanzadas por el reporte.

A final de cuentas, vistos los tres documentos en consulta, se puede apreciar de manera general que la ORECE interpreta que no resulta conveniente normar por ahora estos temas más allá de la forma que se prescribe en las propuestas, fundamentalmente mediante lineamientos que sirvan de guía para las ANR, pero que otorguen cierto rango de flexibilidad y discrecionalidad a estas para aplicarlos, atendiendo a la realidad de su país. La ORECE parece de cierta forma consentir la aplicación del modelo de “*best effort*” para el manejo del tráfico, considerando que, si bien el mismo no garantiza una entrega necesariamente, no

por ello deberá desprenderse que esto implique un bajo rendimiento, estimándose que ha fomentado la innovación.

Se hace hincapié en la importancia de que las ANR promuevan la competencia y la innovación en un mercado transparente. En cuando a la administración o gestión del tráfico, si bien no se espera que ello no se dé del todo, se espera que vigilen estas prácticas e informen a la ORECE sobre ello, de manera que se garantice, por un lado que los usuarios estarán bien informados sobre posibles acciones en este sentido, y por el otro que los ISP no se excedan aplicando estas herramientas de manera irregular.

Algunas de estas conclusiones se ven enmarcadas en el documento explicativo sobre las consultas de la ORECE en materia de neutralidad de la red – oficio BoR (12) 34- adoptado en el año 2012, el cual indica que las disposiciones regulatorias más importantes de examinar a nivel europeo son:

- La promoción de la capacidad de los usuarios finales para acceder y distribuir la información o utilizar las aplicaciones y servicios de su elección" (artículo 8 (4) (g) de la Directiva marco).
- La obligación de incluir en los contratos con los usuarios finales información específica que abarcan, entre otras cosas, las políticas de gestión del tráfico y los límites a los servicios o aplicaciones (artículo 20 (b) de la Directiva de Servicio Universal)
- Empoderar a las ANR a imponer una variedad de requisitos de información sobre ISP (artículos 21 (3) (c) y (d) de la Directiva de Servicio Universal)
- Competencia de las autoridades nacionales de reglamentación para establecer requisitos mínimos de calidad de servicio a fin de prevenir la degradación del servicio y la obstaculización o ralentización del tráfico en las redes (artículo 22 (3) de la Directiva de Servicio Universal)

La ORECE reconoce que, más allá de consideraciones tales como la competencia, la innovación y el daño a los intereses de los usuarios finales, hay otros aspectos que forman parte de este debate, tales como la libertad de expresión o el acceso a ciertos tipos de contenidos que se consideren de utilidad social; consideraciones que si bien no son el foco de los informes, deben ser examinadas a la luz de la legislación nacional en la materia.

Vista la línea de documentos que se han generado y el desarrollo que ha tenido el tema a nivel de la Unión Europea, 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 región.

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; pero las disposiciones que se han tomado hasta el momento parecen verdaderamente insuficientes para llegar a la concreción de este principio en la práctica. Las directivas del 2009 revisten principalmente un valor político como declaración general en materia de la neutralidad de la red, al tiempo que carecen de mayor valor y trascendencia en el plano jurídico/normativo.

Los esfuerzos posteriores de la ORECE, si bien permitieron un desarrollo más detallado de algunos temas puntuales relacionados con la neutralidad de la red -tales como la calidad y la transparencia- no se centran en la neutralidad de la red, ni llegan a constituir un marco regulatorio suficiente en esta materia, especialmente considerando que dichos instrumentos carecen de un carácter verdaderamente vinculante, puesto que se manifiestan meramente como lineamientos, los cuales podrían ser interpretados o aplicados de distinta manera por parte de cada una de las autoridades nacionales de cada país, de conformidad con el marco regulatorio y el entorno local.

Se ha dado, en todo caso, un mayor énfasis al aspecto de la transparencia que a la neutralidad en términos concretos. Evidentemente la transparencia es un tema fundamental para la protección de los derechos de los usuarios finales de telecomunicaciones, teniendo aquellos derecho a recibir información clara a la hora de contratar respecto a los servicios que se están contratando, la calidad a la que se tiene derecho, y sobre cualquier condición que limite o restrinja de alguna forma el acceso o la utilización de los servicios y las aplicaciones contratadas. Pero la transparencia no es suficiente. Bajo un modelo de mera transparencia, se podría interpretar que los operadores tendrían potencialmente capacidad para restringir a los usuarios el acceso libre a los contenidos de la red, bajo el entendido de que aquello sucede en un ámbito de comunicación y transparencia al respecto.

Prueba de que las medidas tomadas hasta ahora no han sido suficientes para que se consiga un respeto por el principio de neutralidad de la red es la reciente investigación llevada a cabo por la ORECE, en la cual se logró comprobar que se dan en la práctica múltiples casos de bloqueo y restricción a contenidos por parte de los operadores.

Nuevamente, la confluencia y el conflicto de intereses hacen verdaderamente difícil llegar a una posición definitiva en la materia, especialmente tratándose de un caso que involucra tal multiplicidad de países y potencias mundiales, como lo es la Unión Europea. Si bien es claro que no hay certeza respecto a cuándo o cómo exactamente se resolverá finalmente este tema a una escala más concluyente, por lo pronto, 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, la cual se esperaría 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 puede el mismo asegurar que estas no se darán.

2.4.1 El caso de Holanda

Como se adelantó anteriormente, Holanda ha sido hasta ahora el único país en Europa que establece la neutralidad de la red dentro de su legislación. Luego de meses de debates, en junio del 2011 fue acordada la mencionada Ley, la cual fue aprobada de manera definitiva en mayo del 2012.

Cabe señalar que Holanda se convirtió así en el segundo país del mundo en aprobar una ley de neutralidad de la red, después de Chile.

El objetivo general de la Ley pareciera ser obtener que los operadores traten a todos los usuarios de manera igualitaria, al tiempo que se procure preservar el carácter neutral de la red. Con esta nueva ley, los proveedores de servicios de Internet no podrán cobrar tarifas preferenciales para acceder a determinados servicios, o interferir en el tráfico de datos. La ley impide que las compañías telefónicas y proveedores de internet bloqueen contenidos o cobren extra por servicios disponibles en internet, como “Skype”, o aplicaciones como “WhatsApp”, entre otros.

Vale mencionar que con la ley de neutralidad todavía se pueden ofrecer planes de datos con diferentes velocidades y niveles de servicio, pero no se podrá hacer cobros específicos por el uso de aplicaciones determinadas.

Asimismo, se han establecido algunas excepciones que permiten a los operadores intervenir la conexión, pero ello en circunstancias especiales, debiendo tener el consentimiento del usuario. En cuanto a realizar escuchas telefónicas, aquello se podrá únicamente bajo una orden judicial.

La Ley también trata el tema de la continuidad en la conexión de los usuarios con la red, estipulando que solo se podrá desconectar a un cliente de la red en caso de fraude o cuando no pague su factura; a diferencia de la situación anterior, en la cual se podían realizar desconexiones por variedad de causas.

Finalmente, se establece que excepcionalmente se podrá gestionar el tráfico en caso de congestión y seguridad, siempre y cuando dichas medidas beneficien a los intereses de los internautas.

Según puede observarse, esta Ley contiene algunas disposiciones puntuales que definitivamente limitan las posibilidades de los ISP de realizar ciertas acciones estimadas contrarias a la neutralidad, como lo es el cobro diferenciado para ciertas aplicaciones. Por otro lado y, al igual que suele suceder en este tema, coexisten en la ley también algunos presupuestos más abiertos, y un ámbito de excepción, que permite cierta flexibilidad en la interpretación y aplicación de algunas medidas que podrían o no considerarse contrarias a la neutralidad de la red.

2.4.2 Otras situaciones en la Unión Europea

Según se indicó anteriormente, carece de mayor interés para los efectos de este trabajo ahondar mayormente en las situaciones individuales de cada uno de los países miembros de la Unión Europea. Sin embargo, revisaremos de manera muy somera algunas situaciones específicas que se han dado, únicamente a modo que sirvan como ejemplos de lo que podemos encontrar internacionalmente a la hora de regular este tema.

Como primer ejemplo, tenemos una situación que se dio en Francia, donde se aprobó desde el 2008 una ley llamada “Ley Hadopi”, denominada también popularmente como “Ley de los tres avisos”, la cual permitía a los operadores cortar la conexión de banda ancha después de tres avisos por abuso de descargas ilegales. La Ley se aprobó con el objetivo de atacar la piratería y proteger los derechos de autor.

Si bien este tipo de leyes persiguen –en principio- castigar la violación de la restricción de copia, según se ha advertido, la misma ha dado pie también para que los operadores comiencen a cobrar montos adicionales por servicios extra. A manera de ejemplo en este sentido, la empresa Orange comenzó a brindar un

servicio a sus clientes, mediante el cual ofrecía bloquear el acceso a redes *peer-to-peer* desde su conexión a Internet, a cambio de dos euros, a efectos de evitar el incurrir a este tipo de prácticas y eventualmente poder estar sujeto a una desconexión del servicio. Pareciera un tanto absurdo que el usuario deba pagar porque le bloqueen la conexión, pero esta ha sido una de las opciones que han encontrado los ISP para tratar de obtener ganancias adicionales.

El caso resulta particular especialmente en razón de las consecuencias previstas en caso de incumplir con dicha disposición, puesto que la desconexión del servicio es indudablemente una medida sumamente gravosa para el usuario. Se trata además de una disposición con presupuestos bastante concretos, la cual, si bien limita directamente las posibilidades de los usuarios de acceder a ciertos contenidos, lo hace bajo una línea específica de protección a otros derechos: los derechos de autor.

En todo caso, lo cierto es que dicha Ley fue finalmente derogada en el año 2013, precisamente en razón de la desproporcionalidad de la medida, en el entendido de que el acceso a la red constituye en la actualidad un servicio básico necesario. En adición a lo anterior, lo cierto es que la Ley Hadopi tampoco estaba siendo mayormente aplicada, más allá de la fase del envío de los avisos a los usuarios, por lo que su existencia carecía de mayor sentido.

Un caso similar se dio en Gran Bretaña, donde en el 2010 se aprobó una “Ley de Economía Digital”, con el propósito de poner freno a la actividad de compartir archivos, y regular la infracción de derechos de autor online y la piratería en Internet. Los parlamentarios indicaron como principal objetivo el de frenar la piratería en Internet y el uso ilegal de archivos por redes P2P.

Como en el caso de Francia, la crítica principal se da en cuanto a la dureza de las penas para las personas que realicen actividades de este tipo, esto puesto que la ley contempla la posibilidad de cortar la conexión a Internet a aquellos internautas que intercambien archivos con derechos de autor de manera habitual.

Para estos efectos, los titulares de derechos de autor podrán solicitar una orden judicial para acceder a los nombres y direcciones de los infractores graves y actuar contra ellos y los operadores podrían suspender las cuentas de los infractores. Naturalmente, dicha Ley no estuvo exenta de múltiples críticas e inclusive apelaciones por parte de algunas empresas de Internet; empero el Tribunal Superior que analizó las apelaciones consideró que dicha Ley constituía una medida proporcionada ante el importante problema que representa la descarga ilegal de archivos.

Otro caso interesante se dio en Noruega, donde en febrero del 2009, diversos actores importantes del entorno (ISP, la autoridad reguladora de las telecomunicaciones, grupos de consumidores, entre otros) adoptaron un documento con ciertas directrices generales sobre el tema, en la forma de principios de la neutralidad de la red. Estos principios son:

1. Los usuarios de Internet tienen derecho a una conexión de Internet con una capacidad y calidad predefinida.
2. Los usuarios de Internet tienen derecho a una conexión de Internet que les permita:
 - Enviar y recibir contenidos de su elección.
 - Usar servicios y ejecutar aplicaciones de su escogencia.
 - Conectar hardware y usar software de su elección que no dañe la red.
3. Los usuarios de Internet tienen derecho a una conexión de Internet libre de discriminación respecto al tipo de aplicaciones, servicios o contenidos, o basada en la dirección del emisor o receptor.

El primero de estos principios funciona de alguna manera en sí como una garantía de que se esté efectivamente cumpliendo con la neutralidad de la red, esto puesto que sería imposible determinar si hay una degradación en la

capacidad o calidad de la conexión, si no se tiene claridad respecto a qué nivel de ello tiene derecho el usuario. Los usuarios deben tener claridad respecto a las características que ostenta la conexión que han contratado; siendo que si se están brindando otros servicios, adicionalmente a la conexión a Internet, debe el usuario conocer cómo se comparte la capacidad entre el tráfico de Internet y los otros servicios. Ciertamente como en la mayoría de casos, se trata de proteger la transparencia en la prestación de los servicios.

El segundo principio se refiere a la libertad con la que debe contar el usuario en la utilización de su conexión. La libertad referida no tiene un carácter irrestricto.

El tercer principio se refiere al trato no discriminado del tráfico, independientemente de su naturaleza. Para estos efectos, la compartición de la capacidad por parte de los usuarios conectados debería gestionarse de la forma más justa y no discriminatoria posible.

A final de cuentas, se trata de una solución bastante simplista, estableciendo principios realmente básicos en la forma de derechos de los usuarios, donde no se indica siquiera la existencia de un ámbito de excepción en el cual correspondería desaplicar esa protección en beneficio de otros bienes jurídicos. Las disposiciones cuanto menos sientan una base para la protección de estos derechos, corresponderá a las autoridades del mercado determinar la forma en que se aplicarán estos propiamente en el ámbito de la prestación de los servicios.

CAPÍTULO 3: EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD DE LA RED EN COSTA RICA

Desde la promulgación de la Ley General de Telecomunicaciones en el 2008, la Neutralidad de la Red ha sido un tema casi omiso en el plano normativo y regulatorio en Costa Rica. Habría sido ilusorio pretender un desarrollo legislativo de esta materia desde sus inicios, puesto que el tema con costos se encontraba en discusión a nivel mundial al momento.

Lo cierto es que para el año 2013, el tema ha cobrado bastante más importancia, nos encontramos localmente ante un ordenamiento jurídico que no regula de manera suficiente el tema de la neutralidad de la red, y en el cual, además, las pocas disposiciones al respecto, se encuentran bastante dispersas.

3.1 MARCO REGULATORIO ACTUAL

Según se indicó anteriormente, el ordenamiento jurídico costarricense no ha sido particularmente propenso a regular el tema de la neutralidad de la red. Nos damos entonces en la tarea de escudriñar las disposiciones normativas que –sin necesariamente referirse de manera directa o particularmente clara sobre este tema- pueden tener cierto significado conforme al mismo, o darnos una idea de lo que pretendió proteger el legislador en su momento o el propio regulador a la hora de concebir dicho marco normativo. Siendo que el principio tiene implicaciones y consecuencias en diversidad de temas, corresponde estudiar cada uno de los ámbitos relacionados con este.

Procederemos en primera instancia a analizar el tema desde una perspectiva general conforme al régimen de las telecomunicaciones, repasando las disposiciones y objetivos generales establecidos en la Ley General de Telecomunicaciones y su Reglamento; los cuales otorgan una primer luz sobre lo que ha pretendido proteger el legislador desde un sentido amplio. Posteriormente,

estudiaremos otros de los cuerpos normativos más específicos del régimen de las telecomunicaciones, deteniéndonos en disposiciones y subtemas puntuales que se relacionan con el tema de esta investigación.

3.3.1 Regulación general

3.1.1.1 Ley General de Telecomunicaciones

La LGT como marco primario general del derecho de las telecomunicaciones establece, en primer término, los objetivos fundamentales que se pretenden satisfacer en este contexto.

Sin detenernos en cada uno de estos objetivos, puesto que muchos de ellos no tienen mayor relación o incidencia particular sobre ³⁴el tema de la neutralidad de la red, encontramos que los incisos d) y h) del artículo 2 de la LGT se postran como los que revisten mayor relevancia para estos efectos. Estos indican:

Artículo 2.- Objetivos de esta Ley

Son objetivos de esta Ley:

d) Proteger los derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, asegurando eficiencia, igualdad, continuidad, calidad, mayor y mejor cobertura, mayor y mejor información, más y mejores alternativas en la prestación de los servicios, así como garantizar la privacidad y confidencialidad en las comunicaciones, de acuerdo con nuestra Constitución Política.

h) Incentivar la inversión en el sector de las telecomunicaciones, mediante un marco jurídico que contenga mecanismos que garanticen los principios de transparencia, no discriminación, equidad, seguridad jurídica y que no fomente el establecimiento de tributos (p.2).

En primer término, el inciso d) se refiere a los derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones. Como se ha indicado con anterioridad, la neutralidad de la red suele visualizarse precisamente desde la perspectiva de un derecho de los usuarios, en cuanto a recibir determinadas condiciones como parte de sus servicios. El inciso se refiere a aspectos como la igualdad, la calidad, la continuidad y la información; todos relacionados con la neutralidad de la red. Sabemos que un tratamiento desigual en el acceso a los servicios, una ralentización de los mismos más allá de un nivel mínimo de calidad, una priorización del tráfico que signifique una discontinuidad del servicio, o bien una omisión en cuanto a informar correctamente a los usuarios respecto a sus servicios; todos resultan contrarios a la idea usualmente planteada respecto a la protección del principio de neutralidad de la red. Consecuentemente, encontramos aquí una primera aproximación tendiente a la protección de este principio.

No se trata de una asociación directa, pero el inciso h) en cambio podría ser utilizado por quienes usualmente en la práctica suelen oponerse a la neutralidad de la red. Este inciso establece el objetivo de fomentar el desarrollo de infraestructura en telecomunicaciones. Conforme vimos anteriormente, uno de los argumentos para oponerse a la neutralidad de la red descansa en el hecho de que este principio restringe las posibilidades de los ISP de gestionar sus redes y de cobrar montos adicionales por la prestación de ciertos servicios o el acceso a ciertos contenidos, lo cual se traduce en una limitación a la hora de generar dividendos que permitan al ISP recuperar la importante inversión que representa la construcción de infraestructura de telecomunicaciones para prestar sus servicios. Uniendo todo lo anterior, se podría argumentar que la neutralidad puede conllevar efectos negativos que desincentivan la inversión en infraestructura.

En cuanto a principios rectores, interesan en este caso particularmente los incisos c), h) y j) del artículo 3 de la LGT:

Artículo 3.- Principios rectores

c) Beneficio del usuario: establecimiento de garantías y derechos a favor de los usuarios finales de los servicios de telecomunicaciones, de manera que puedan acceder y disfrutar, oportunamente, de servicios de calidad, a un precio asequible, recibir información detallada y veraz, ejercer su derecho a la libertad de elección y a un trato equitativo y no discriminatorio.

h) Neutralidad tecnológica: posibilidad que tienen los operadores de redes y proveedores de servicios de telecomunicaciones para escoger las tecnologías por utilizar, siempre que estas dispongan de estándares comunes y garantizados, cumplan los requerimientos necesarios para satisfacer las metas y los objetivos de política sectorial y se garanticen, en forma adecuada, las condiciones de calidad y precio a que se refiere esta Ley.

j) Privacidad de la información: obligación de los operadores y proveedores, de conformidad con el artículo 24 de la Constitución Política, a garantizar el derecho a la intimidad, la libertad y el secreto de las comunicaciones, así como proteger la confidencialidad de la información que obtengan de sus clientes, o de otros operadores, con ocasión de la suscripción de los servicios, salvo que estos autoricen, de manera expresa, la cesión de la información a otros entes, públicos o privados (p.2).

El inciso c) se refiere de otra forma al tema de los derechos de los usuarios, haciendo un mayor hincapié en la importancia de la información al usuario, así como el derecho de elección y el derecho a un tratamiento no discriminatorio.

El inciso h) por su parte se refiere a la preservación de una la neutralidad tecnológica, la cual ya señalamos anteriormente tiene cierta relación con la

neutralidad de la red en lo que refiere al uso de dispositivos, aunque es claro que se trata de conceptos distintos.

Por último, el inciso j) se refiere a la privacidad de la información, lo cual revestiría interés particularmente de cara al manejo de los datos de los usuarios por parte de los ISP, especialmente en caso de darse situaciones en las cuales los estos utilicen herramientas para inspeccionar los datos a efectos de evaluar una eventual intervención en el tráfico; situación en la cual tendrían en todo caso que asegurar un manejo adecuado de los mismos, sin llegar a violar la intimidad de sus clientes. Este derecho es posteriormente desarrollado en el artículo 42 de la propia LGT, así como a nivel reglamentario, según se verá posteriormente.

En el apartado de las definiciones, únicamente estimamos conveniente tomar nota de la definición de “banda ancha” establecida en el inciso 1) del artículo 6.

Artículo 6.- Definiciones

5) Banda ancha: tecnología que permite el transporte de señales utilizando medios de transmisión con un ancho de banda suficiente para garantizar capacidad, velocidad y continuidad en la transferencia de cualquier combinación de voz, datos, gráficos, video y audio en cualquier formato (p.3).

Llama a la atención que la definición, aparte de referirse a una necesaria garantía en términos de capacidad, velocidad y continuidad; indica asimismo que ello lo sería con respecto a la transferencia de contenidos de distintas naturalezas, tales como voz, datos, gráficos, video y audio en cualquier formato.

A pesar de tratarse meramente de la definición de un concepto, lo cierto es que si se toma por su literalidad, dicha disposición determina en realidad que el trato no discriminatorio del tráfico constituye un carácter inherente a la propia

naturaleza de los servicios de banda ancha; con lo cual se podría llegar a cuestionar una situación en la cual un proveedor de servicios de banda ancha disponga dar un tratamiento desigual y desfavorable a algún tipo de contenido, puesto que estaría en realidad proveyendo los servicios de manera incompatible con su propia naturaleza. Se trata a final de cuentas de un pequeño detalle que podría tener implicaciones más elevadas si se quiere.

Nuevamente en el ámbito de los derechos de los usuarios finales, el artículo 45 de la LGT establece la que sería propiamente la primera línea concreta de derechos en este sentido. Habiendo visto y estudiado los objetivos y principios rectores de la Ley, es claro que dicho artículo viene a instrumentalizar muchos de aquellos a través de derechos concretos de los usuarios. En este sentido, se postran de particular interés los derechos dispuestos en los incisos 1), 2), 4), 5) y 23) de este artículo.

Artículo 45.- Derechos de los usuarios finales de telecomunicaciones

Los usuarios finales de los servicios de telecomunicaciones disponibles al público tendrán los siguientes derechos:

- 1) Solicitar y recibir información veraz, expedita y adecuada sobre la prestación de los servicios regulados en esta Ley y el régimen de protección del usuario final.
- 2) Elegir y cambiar libremente al proveedor de servicio.
- 4) Recibir un trato equitativo, igualitario y de buena fe de los proveedores de servicios.
- 5) Recibir el servicio en forma continua, equitativa, así como tener acceso a las mejoras que el proveedor implemente, para ello pagará el precio correspondiente.
- 23) Ser informado oportunamente de la desconexión de los servicios (p.8).

Como podemos ver, dichos incisos se traducen en una protección al derecho a la información, derecho de elección, trato igualitario y derecho general del usuario a recibir un servicio con determinadas características.

3.1.1.2 Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones

Como es natural, el Reglamento a la LGT desarrolla a mayor abundancia muchos de los temas originalmente tratados en el Ley. Sin embargo, lo cierto es que encontramos poco desarrollo respecto a los temas que nos interesa en esta oportunidad. En este sentido, únicamente consideramos importante resaltar lo dispuesto en el artículo 74 inciso e.

Artículo 74. — Obligaciones Generales del Titular del Título Habilitante. Sin perjuicio de cualesquiera otras obligaciones impuestas bajo la Ley General de Telecomunicaciones o cualesquiera otras disposiciones legales o reglamentarias, u otras obligaciones contraídas de manera particular en el respectivo título habilitante, su titular estará obligado a:

e. Permitir el acceso e interconexión a sus redes de todos los equipos, interfaces y aparatos de telecomunicación, de acuerdo a los procedimientos establecidos en la ley y su reglamentación, y permitir el libre acceso a los servicios que mediante ellas se presten, en condiciones transparentes y no discriminatorias (pp.14-15).

Dicho artículo hace referencia a las obligaciones que tiene todo titular de un título habilitante. El inciso e. se refiere particularmente a la obligación de brindar acceso e interconexión. Ahora, si bien las obligaciones en materia de acceso e interconexión suelen referirse particularmente a la relación que se da entre los operadores, quienes deben necesariamente permitir el acceso a sus redes y la conexión con otras redes; este inciso parece ir un paso más allá, puesto que

habla de un acceso por parte de todos los equipos, interfaces y aparatos de comunicación, además de un libre acceso a los servicios, en condiciones transparentes y no discriminatorias.

A falta de una interpretación auténtica del artículo, lo cierto es que el mismo despierta una duda en cuanto a una potencial intención de establecer bases para la protección de una red neutral; lo cual podría trascender el ámbito de las relaciones entre operadores, incluyendo las relaciones entre los ISP y los propios usuarios, quienes tendrían también un derecho a conectar cualquier dispositivo a la red y acceder a cualquier servicio en condiciones no discriminatorias.

En conclusión, la LGT -como Ley General que es- sienta las bases, principios y objetivos centrales del régimen de las telecomunicaciones, algunos de los cuales tienen ciertamente relación con otros temas que han sido históricamente asociados con el principio de neutralidad de la red. Aunque en su mayoría la LGT y su reglamento no entran a un desarrollo demasiado específico de estos temas, sí encontramos unas cuantas disposiciones que parecieran pretender abogar por la conservación de una red neutral.

En todo caso, lo cierto es que muchos de estos temas fueron concebidos para ser sujetos de un desarrollo posterior en el plano reglamentario, razón por la cual procederemos a estudiar algunos de ellos de manera más detenida más adelante, con base en los textos normativos correspondientes.

3.1.2 Régimen de derecho de la competencia en telecomunicaciones

En este contexto, no puede dejarse de lado el estudio sobre el tema del derecho de la competencia y la relación e implicaciones que podría tener de cara a la resolución de controversias relacionadas con el principio de neutralidad de la red.

Como bien es sabido, en el sector de telecomunicaciones contamos con un “régimen sectorial de competencia”, así establecido conforme el artículo 52 de la LGT. Dicho artículo dispone concretamente en este sentido que las actividades de operación de redes y prestación de servicios propias de esta industria se registrarán por lo previsto en esta Ley y supletoriamente por los criterios establecidos en el capítulo III de la Ley N.º 7472, *Promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor*, de 20 de diciembre de 1994. Este régimen normativo se complementa también con el *Reglamento del Régimen de Competencia en Telecomunicaciones (RRCT)*, el cual establece las disposiciones reglamentarias particulares propias de esta materia.

3.1.2.1 Ley General de Telecomunicaciones (LGT)

La LGT consiste la base y primera línea normativa de consideración en materia de competencia en el sector de las telecomunicaciones. A pesar de existir otros textos normativos a considerar, encontramos que la LGT contiene por sí disposiciones procedimentales y de fondo con las cuales prácticamente se satisfacen las necesidades regulatorias en la materia; siendo que los textos complementarios a considerar proveen algunos detalles y adicionales, pero no revisten de un carácter tan fundamental para dicha materia como lo sería, por ejemplo, el caso del Reglamento de Prestación y Calidad de los Servicios, sin el cual, el marco regulatorio sobre las condiciones de prestación de los servicios quedaría realmente “desnudo”.

Habiendo hecho la aseveración anterior, tenemos que la LGT encarga a la SUTEL -como regulador- la tarea de fiscalizar el mercado en lo que refiere a este tema, asignándole labores de promoción de la competencia en el mercado nacional de las telecomunicaciones, debiendo asimismo garantizar el acceso de los operadores y proveedores al mercado y velando por evitar que se den abusos o prácticas monopolísticas, entre otras cosas.

Para hacer efectivo lo anterior, se otorga concretamente a la SUTEL -de conformidad con el artículo 52 de la LGT- la competencia exclusiva para “conocer de oficio o por denuncia, así como para corregir y sancionar, cuando proceda, las prácticas monopolísticas cometidas por operadores o proveedores que tengan por objeto o efecto limitar, disminuir o eliminar la competencia en el mercado de las telecomunicaciones”. (p. 9)

Lo que sucede, cuando relacionamos la neutralidad de la red con el régimen de competencia para el sector, es que encontramos que en realidad las controversias generadas en el contexto de este principio lo son principalmente dentro de la relación entre los operadores y sus usuarios, y no tanto así entre los propios operadores dentro de un marco de peligro para la competencia en el mercado.

La irrupción del principio de neutralidad de la red afectará principalmente a los propios usuarios, y difícilmente una acción de este tipo se enmarcará dentro de lo que se denominan prácticas monopolísticas (relativas o absolutas), de conformidad con los artículos 53 y 54 de la LGT y artículos 11 y 12 de la Ley 7472. Queda casi descartada la posibilidad de que se constituya una práctica monopolística absoluta en estos términos.

En lo que refiere a prácticas monopolísticas relativas, el único presupuesto en el que pareciera plausible toparnos con el acontecimiento de una sería en caso de que un operador o un grupo de estos estuviese gestionando el tráfico– bien realizando bloqueos de ciertos contenidos- de manera discriminada, al tiempo que los otros operadores se atienen de hacerlo y no obtienen por tanto los beneficios que de ello deriva, a lo cual se podría buscar interpretar que se encuentran estos en condiciones distintas desfavorables, lo cual supone una desventaja y desbalance para la competencia en el mercado; y que se podría de alguna forma asociar al presupuesto del inciso a) del artículo 54 de la LGT sobre el “establecimiento de precios y condiciones diferentes”.

Se trata sin embargo de un caso que requiere una interpretación específica, un tanto particular, conforme la Ley 7472 se intimaría además comprobar si el operador o proveedor tiene poder sustancial en el mercado relevante y que los actos se realicen respecto de los bienes o servicios correspondientes o relacionados con el mercado relevante del cual se trate, además de los efectos anticompetitivos que conlleva la práctica. Adicionalmente, conforme este artículo se sancionaría esta por su naturaleza discriminatoria en general, no específicamente por el hecho de atentar contra el principio de neutralidad de la red; por lo cual no podría ni mucho menos darse por sentado que se daría de esta forma.

Por consiguiente, concluimos que las disposiciones vistas anteriormente relacionadas con el régimen de competencia sectorial no proveen soluciones claras para efectos del tema que nos ocupa. Corresponde entonces proceder a analizar el ámbito de las potestades sancionatorias que otorga el ordenamiento jurídico al Regulador para asegurar el cumplimiento del mismo, y la aplicabilidad que tendría aquello para efectos del campo de la neutralidad de la red.

3.1.2.2 Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor

Según se indicó anteriormente, la LGT dispone una aplicación supletoria del capítulo III de la Ley 7472 en esta materia. La aplicación termina siendo en parte de “primera mano”, puesto que la LGT replica algunas disposiciones fundamentales de la Ley 7472 en esta materia. Los primeros artículos del Capítulo III tratan sobre el ámbito de aplicación, lo cual no interesa mayormente habida cuenta del régimen sectorial de competencia y ámbito particular ya definido por la LGT, así como lo que representan las prácticas monopolísticas -relativas y absolutas- y los presupuestos y condiciones relativas a ellas. Los presupuestos de acciones que representan prácticas monopolísticas son prácticamente iguales a

las que determina la LGT, se trata de prácticas en términos generales que podrían suceder en cualquier tipo de mercado, incluido el de las telecomunicaciones.

En el artículo 13 encontramos una disposición importante de considerar para efectos de un eventual procedimiento sancionatorio por una supuesta práctica monopolística, ya que se añaden dos condicionante adicionales para que pueda considerarse violatoria de esa Ley la práctica, y los cuales tendría que probar el Regulador: 1. Que el presunto responsable tiene un poder sustancial sobre el mercado relevante y 2. Que se realicen respecto de los bienes o servicios correspondientes o relacionados con el mercado relevante de que se trate. El procedimiento para dicha comprobación se sujeta a su vez a lo dispuesto en los artículos 14 y 15, lo cual ha sido adicionalmente complementado vía resolución por la SUTEL a través de unos lineamientos para la definición de mercados relevantes y operadores con poder significativo de mercado. No viene al caso ahondar en estos criterios que debe seguir el Regulador, pero conviene cuanto menos tenerlo en cuenta ya que podría tener que aplicarse dentro de un eventual procedimiento.

Los dos otros temas que se desarrollan en el Capítulo III son: el de las concentraciones y el de la competencia desleal. El tema de las concentraciones ya se desarrolla en la LGT -de hecho- de manera más amplia y particular al ámbito de las telecomunicaciones que en este caso, por lo que no representa mayor valor agregado tomar en consideración estas disposiciones. La competencia desleal sí constituye un tema sobre el cuál cabría remitirse al capítulo III de la Ley 7472, puesto que no es materia que desarrolle propiamente la LGT. Sin embargo, considerando que pareciera difícil –sino imposible- ligar prácticas relacionadas con el tema de la neutralidad de la red a la materia de competencia desleal; resulta innecesario aventurarnos a tratar el tema para efectos del presente trabajo.

3.1.2.3 Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor

Conviene cuanto menos tener presente la existencia de este Reglamento (Decreto N° 36234-MEIC) que tiene por objeto definir las reglas necesarias para la interpretación y aplicación de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley N° 7472. Se podría pensar en acudir a dicho Reglamento para aclarar algún aspecto particular que no quedase claro de la lectura de la propia Ley 7472; sin embargo, dicho Reglamento –como es natural– detalla en esencia aspectos relativos a relaciones comerciales tradicionales reguladas por el Código de Comercio, las cuales resultan ciertamente distintas de lo que es la provisión de servicios de telecomunicaciones. Inclusive la propia lista de definiciones incluidas en el Reglamento refiere básicamente a conceptos ajenos al sector de nuestro interés; en sumo, las disposiciones del Decreto N° 36234-MEIC difícilmente resultarán útiles y aplicables al ámbito de las telecomunicaciones, y menos aún para casos relacionados al tema de estudio.

3.1.2.4 Conclusiones sobre tema del régimen de competencia en telecomunicaciones

La aplicación de la regulación en materia de competencia se encuentra aún en un estado bastante prematuro en el sector de las telecomunicaciones. Contamos con un marco regulatorio general para el sector, pero considerando que la apertura es un evento relativamente reciente, a la fecha no se han presentado muchos casos particularmente relacionados con temas de competencia (según información de una funcionaria de la COPROCOM, para junio del 2013 los únicos casos en esta materia han sido 2 denuncias y 3 solicitudes de concentración). Se trata de una materia en sus inicios de desarrollo, donde aún no contamos con precedentes que puedan servir de guía para vaticinar el tipo de acciones concretas por parte de los operadores y proveedores que podrían ser sujetas de una sanción conforme este régimen sectorial de competencia. No conocemos las

tendencias interpretativas del Regulador –ni de la COPROCOM como órgano consultivo- en esta materia, y el marco regulatorio de la competencia no pareciera contener disposiciones que resulten fácilmente adaptables o aplicables para el tema de la neutralidad de la red; a lo cual debemos concluir que el régimen sectorial de competencia en telecomunicaciones no brinda mayores soluciones para el tema particular de estudio en este trabajo.

Habida cuenta de lo anterior, procederemos a estudiar la potestad sancionatoria del Regulador, y sus alcances, a efectos de determinar si dicha área nos brinda mayores o mejores respuestas sobre la forma en que se podrían tramitar y finalmente resolver controversias relacionadas con este tema con el marco regulatorio actual.

3.1.2.5 Potestad sancionatoria del Regulador

Dentro del análisis del régimen de competencia en telecomunicaciones, conviene referirse particularmente sobre la potestad sancionatoria que ostenta SUTEL como regulador del mercado. Como punto de partida, tenemos que la Ley General de Telecomunicaciones otorga a la SUTEL -como órgano regulador del mercado de las telecomunicaciones- la competencia para conocer y sancionar las infracciones en las que incurran los operadores y proveedores en ocasión del ejercicio de sus actividades respectivas en este sector. Para estos efectos, la propia LGT introduce una serie de supuestos que constituyen infracciones particulares para este sector, cuya vigilancia y fiscalización compete conocer de oficio o a instancia de parte a la SUTEL, quien debe dentro del procedimiento para aplicar una sanción consultar el criterio técnico –sin carácter vinculante- de la Comisión para Promover la Competencia. También se le otorgan facultades para adoptar medidas cautelares en caso de que se cumplan los presupuestos correspondientes conforme el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, sin pretender realizar un examen detallado sobre las distintas infracciones que contempla el ordenamiento, nos centraremos en las que pudiesen resultar aplicables para efectos del tema que nos ocupa.

En primer término, se advierte que existe una relación entre las prácticas monopolísticas que se estudiaron anteriormente y el tema de las infracciones, lo anterior puesto que la LGT determina –conforme el inciso a) subinciso 13)- que constituye una infracción muy grave el realizar las prácticas monopolísticas establecidas en esa Ley. Anteriormente llegamos a la conclusión de que se trata de un supuesto poco factible, pero no se puede omitir referirse a ello puesto que tampoco constituye un supuesto imposible que –considerando las aseveraciones mencionadas dentro del análisis de las prácticas monopolísticas relativas- la ejecución de prácticas contrarias a la neutralidad de la red finalmente se interpreten a su vez como prácticas monopolísticas relativas, que constituyan una infracción muy grave conforme el artículo 67 de la LGT, y las consecuencias que ello conlleva.

Ahora bien, del análisis de los distintos supuestos que podrían interpretarse como infracciones, encontramos que el ámbito de protección de los derechos de los usuarios finales representa dentro del escaso ordenamiento local sobre la materia, una de las áreas más propicias para interpretar una protección particular del principio de neutralidad de la red. Lo anterior puesto que este tipo de prácticas suelen afectar particularmente los intereses de los usuarios finales. Este supuesto se origina particularmente del inciso b) subinciso 3) del artículo 67, el cual dispone que constituirá una infracción grave el “incumplir las obligaciones derivadas de los derechos de los usuarios a que se refiere esta Ley” (p.11).

Siendo que el Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final de los Servicios de Telecomunicaciones constituye el cuerpo normativo especialmente creado para regular esta materia en particular, aprovechamos en este punto para realizar un análisis sobre los distintos campos y las disposiciones

concretas que, conforme el RPUF, podrían relacionarse con el tema en estudio; particularmente en lo que refiere al ámbito de derechos de los usuarios finales y las correlativas obligaciones que derivan para los operadores y proveedores de conformidad con este Reglamento, y los cuales podrían verse amenazados ante la ejecución de prácticas contrarias al principio de neutralidad de la red.

3.1.3 Régimen de protección a los usuarios finales

3.1.3.1 Niveles de calidad de los servicios

Sobra decir que, aparte del hecho de informar a los usuarios sobre los niveles de calidad de los servicios que contratan, reviste aún más importancia comprobar que estos son efectivamente cumplidos en la prestación de los servicios. El tema tiene relevancia para la materia que nos ocupa, debido a que los ISP están en la obligación de contar con redes capaces de atender la demanda de sus usuarios, sin que se vea comprometida la calidad de los servicios. En este sentido, en caso contrario, podrían los ISP verse en la necesidad de emprender prácticas de administración de la red que finalmente pudiesen afectar los servicios de una parte o la totalidad de los usuarios; situación que finalmente podría llevar a incumplimientos. Por un lado, los operadores deben asegurar el cumplimiento de los parámetros establecidos en el RPCS, pero no puede pretenderse esto mediante un uso y abuso de prácticas para gestionar el tráfico, que signifiquen el menoscabo de los servicios de algunas personas para lograrlo.

La vigilancia de ciertos parámetros no debe aparejar el descuido de otros, su ralentización o atraso, o inclusive su interrupción. Será problema de los operadores -particularmente de los ISP en este caso- contar con la capacidad necesaria y ejecutar las medidas pertinentes para mantenerse en regla en estos términos, en el entendido de que se trata de requisitos necesarios de observar en la prestación de servicios de telecomunicaciones disponibles al público.

3.1.3.2 Privacidad de las comunicaciones

Sin pretender ahondar mucho en este tema, interesa rescatar, para efectos de este trabajo, que en Costa Rica contamos con una cantidad significativa de regulación en materia de la protección de la privacidad de los datos y las comunicaciones de los usuarios de servicios de telecomunicaciones, tema que parte como un principio rector en la materia conforme la LGT –y desarrollado como derecho en el artículo 42 de la propia LGT- y sobre el cual inclusive se emitió el Reglamento sobre Medidas de Protección de la Privacidad de las Comunicaciones.

Dicho derecho funge tanto como una limitación al proveedor, quien debe abstenerse de invadir la información privada de sus usuarios más allá de un cierto límite, y dar un adecuado tratamiento a los datos de sus clientes; al tiempo que puede escindir como una posible justificación a una intervención por parte del ISP – o una limitación a la aplicación del principio de neutralidad de la red en caso de que esta existiere- ante la presencia de acciones –por ejemplo intromisiones- que atenten contra este derecho a la privacidad de las comunicaciones.

3.1.3.3 Derecho de información y transparencia

El RPUF otorga una importancia considerable a la protección del derecho del usuario a estar informado sobre las condiciones del servicio que contrata, mediante el establecimiento de numerosas disposiciones y la imposición de obligaciones sobre los operadores y proveedores. Los artículos 4 inciso 3), 13 incisos g) h) i) y k), 14, 23 y 27 son principalmente los que regulan este tema. En este sentido, sintetizando su contenido, se dispone al respecto básicamente lo siguiente:

Los operadores y proveedores deben brindar al usuario –entendiendo que “brindar” en la mayoría de casos se traduce en un deber de publicar en su página

web la información, o facilitarla, o tener disponibilidad para facilitarla ante una solicitud- información sobre: alternativas de suscripción, descripción de los servicios ofrecidos, las tarifas de los servicios (detallada y de manera desagregada), calidad de sus servicios, ofertas, servicios especiales, política de compensaciones y reembolsos, tipos de servicios de mantenimiento ofrecidos, condiciones normales de contratación -incluido el plazo mínimo-, entre otras cosas.

Adicionalmente, tenemos que muchas de estas condiciones –sino todas- deben establecerse en el respectivo contrato de adhesión, el cual debe encontrarse igualmente disponible para acceso del usuario. El contrato debe contener las características generales tanto técnicas como legales del servicio contratado, y las condiciones específicas de prestación del servicio, incluyendo las condiciones mínimas para la prestación del servicio con base en el Reglamento de Prestación y Calidad de los Servicios, así como los mecanismos de ajuste e indemnización en caso de que el operador incumpla con dichas condiciones, los niveles de calidad de los mismos y sus tarifas, la información y los plazos referidos al tratamiento de los datos personales del cliente, los términos y condiciones alcances y limitaciones de los servicios de mantenimiento y de soporte técnico ofrecidos, entre otras cosas.

Nos detendremos un momento para analizar algunas consideraciones de importancia respecto los contratos de adhesión, especialmente de cara al estudio y análisis del tema en cuestión.

3.1.3.4 Contratos de adhesión

En primer término, debe advertirse que el ordenamiento jurídico exige que se cumpla con el procedimiento de homologación de los contratos de adhesión con el usuario final (artículo 46 de la LGT, artículo 20 del RPUF). Determinando inclusive que constituye una falta grave por parte del operador o proveedor el

omitir la presentación del contrato para su homologación (artículo 75 inciso c) del RPUF).

Hecha la aseveración anterior, tenemos que el contrato de adhesión cumple -en principio- por un lado una función informativa para el usuario sobre las condiciones de prestación del servicio contratado, y por otro una función delimitativa para el operador o proveedor, en cuanto a sus deberes y potestades conforme a la provisión de dichos servicios.

Ahora, si bien es cierto no podría por vía contractual pretenderse dejar sin efecto o contravenir disposiciones de rango legal, reglamentario, o administrativo de carácter general; lo cierto es que el control sobre el contenido de los contratos de adhesión sí puede ser un factor importante para el caso particular que nos ocupa. Ello pues, según hemos visto anteriormente, nos encontramos en un área cuya regulación normativa no es del todo clara; y por consiguiente, la inclusión de cláusulas que pudiesen atentar contra el principio de neutralidad de la red no tendrían una apariencia tan abierta y expresamente ilegal, como se podría dar en otros casos relacionados con derechos de los usuarios que se encuentran mejor y más ampliamente desarrollados y establecidos como tales. En este sentido, podría un ISP buscar legitimar a través del contrato de adhesión firmado por el usuario final, la posibilidad de ejercer cierto tipo de acciones enmarcadas dentro de un área gris, que a primera impresión no se postren contrarias al ordenamiento jurídico.

Para estos casos, es claro que el ordenamiento jurídico concibió el procedimiento de homologación por parte del Regulador a efectos de fiscalizar y prevenir eventuales abusos que pudiesen afectar los derechos de los usuarios finales. Se trata de un instrumento que –según exige la normativa- debe contener y referirse a una amplia gama de condiciones para la prestación del servicio, por lo cual reviste una importancia particular verificar su conformidad con el ordenamiento jurídico. Para este caso, quedaría entonces en manos del

Regulador interpretar finalmente, si la inclusión de cláusulas en este sentido se entienden como violatorias de los derechos de los usuarios finales, y habida cuenta del grado de indeterminación conforme a los derechos en esta área en particular, en principio no habría mayor seguridad sobre si el Regulador vaya a darse a la tarea de restringir o eliminar cláusulas presentes en el contrato que vayan en esta dirección.

A manera de concluir el tema sobre el derecho de la información, encontramos que el ámbito de protección es bastante amplio en esta materia, exigiéndose brindar al usuario, de manera detallada, datos relacionados con diversos aspectos de interés sobre los servicios contratados, tanto dentro del propio contrato de adhesión como a través de otros medios. Sin embargo, queda hasta cierto punto la incógnita sobre si tendrían los operadores que informar al cliente específicamente, acerca de las medidas que utilizan o pudiesen utilizar los ISP para mantener la eficiencia en las redes o para abogar por la seguridad de estas.

A buen juicio sí debería considerarse un tema de comunicación e información obligatoria, puesto que se trata de condiciones de los servicios contratados, de aspectos que pueden eventualmente afectar la calidad de los servicios prestados. Estas medidas podrían inclusive calzar dentro de lo que se llama “servicios de mantenimiento”, aunque no es del todo claro, si esto refiere únicamente al mantenimiento producto de la solicitud del usuario.

En este ámbito, el aspecto de la transparencia en la información, y concretamente la determinación de si se informa o no al usuario sobre la aplicación de medidas de administración de tráfico es un tema secundario dentro del estudio de la forma en que se aplicaría –o no se aplicaría más bien- la neutralidad de la red; pero no por ello deja de ser importante saber qué ofrece actualmente el ordenamiento jurídico como medidas para disminuir los efectos de este tipo de prácticas, en caso de que se determinara que su aplicación sí resulta

legítima. Ciertamente, si bien pareciera posible interpretar que sí se debe informar al usuario sobre ello, actualmente el ordenamiento jurídico no es lo suficientemente claro sobre el tema como para tener certeza de cómo debería aplicarlo el Regulador.

3.1.3.5 Otras disposiciones de interés

Aunque pudiese a primera impresión pasar desapercibido, el artículo 8 del RPUF en realidad ofrece lo que podría interpretarse como una base para legitimar la aplicación de un modelo de protección del principio de la neutralidad de la red. Se establece la regla general de que los operadores deben brindar sus servicios “sin restricción alguna para el acceso a las distintas redes de telecomunicaciones”.

Se añade igualmente la excepción a la regla, en caso de comprobar el operador un uso fraudulento en las redes por parte del usuario. El artículo otorga adicionalmente a los usuarios el derecho a solicitar la restricción del tráfico a un destino particular o grupo de éstos. El artículo 16 del RPUF va en línea parecida, estableciendo el derecho de los usuarios de “acceder en iguales condiciones a cualquiera de las redes o plataformas de los operadores o proveedores interconectados”.

Se trata de un enunciado un tanto amplio, donde no se desarrolla la disposición de la forma que suele hacerse cuando se regula el principio de la neutralidad de la red. Usualmente se refiere concretamente a la prohibición impuesta a los operadores y proveedores en cuanto a bloquear o limitar el acceso a contenidos o aplicaciones, y se suele detallar más sobre el tipo de acciones que se prohíben. La limitación se reduce a una aseveración general sobre el acceso general a las redes. El “acceso a las distintas redes” que protege el artículo se presenta como una frase algo abierta a interpretación, ya que se podría entender – y en principio pareciera- como una protección muy amplia, pero no alcanza la descripción como para asegurar una aplicación que proteja cualquier tipo de

discriminación, sea esta en razón del sujeto, del tipo de contenido, del dispositivo de acceso, entre otros.

En adición, queda cierta duda sobre si estas medidas se concibieron para aplicarse a cualquier servicio, dentro de lo que cual se incluirían los servicios de acceso a Internet. De conformidad con la definición de servicios de telecomunicaciones, este concepto se entiende en general utilizado en un sentido amplio, que abarcaría la prestación de cualquier servicio de esta naturaleza. Sin embargo, no está demás sembrar la duda de si el Regulador podría escoger interpretar un uso más restrictivo del término para limitar su aplicación; esto especialmente considerando que algunas disposiciones normativas no delimitan bien o más bien generan confusión sobre el alcance del concepto de servicio de telecomunicaciones.

A modo de ejemplo, el artículo 47 del RPUF habla sobre la facultad de los usuarios de solicitar el bloqueo de los “servicios de telecomunicaciones”, sin embargo, el artículo posteriormente se refiere al bloqueo de tráfico hacia números de teléfono y al bloqueo de llamadas, lo cual lleva a circunscribir una disposición que, en principio, se postraba como de carácter general, al mercado específico de la telefonía.

En consecuencia, no resulta siempre tan claro el alcance del concepto de “servicios de telecomunicaciones” que dispuso el legislador, y en algunos casos no queda claro sobre cuáles servicios refieren los enunciados.

Por ello, conviene advertir sobre este punto que de conformidad con el artículo 75 inciso d) del RPUF, este tipo particular de acción por parte del operador constituye una falta grave por violación de los derechos de los usuarios, con las consecuencias que ello deriva conforme el artículo 67 de la LGT.

En todo caso, la excepción del artículo dejaría adicionalmente en claro que la protección del principio en ningún caso sería absoluta, siendo que cede en caso de un “uso fraudulento”. El concepto e implicaciones relativas al fraude en servicios de telecomunicaciones se regulan en el Capítulo XII del RPUF. Este tipo de acciones quedan totalmente prohibidas, y constituyen infracciones muy graves de conformidad con el artículo 67 de la LGT. Cabe señalar que dentro de estas prácticas se encuentra el envío de comunicaciones no solicitadas, o el envío masivo de virus, acciones que no resultan legítimas dentro del uso normal de la red.

La utilización de dispositivos tampoco es irrestricta, según establece el artículo 59 del RPUF “se prohíbe la instalación y utilización de equipos bloqueadores de señal que afecten las condiciones de calidad de los servicios de telecomunicaciones”; asimismo, conforme el artículo 60 del RPUF se prohíbe el uso de mecanismos y/o dispositivos que dificulten la identificación, rastreo y seguimiento de los orígenes o destinos de las comunicaciones.

Encontramos, también, en el artículo 34 del RPUF un límite adicional al uso libre de los servicios. Además del caso del no pago del servicio, que en realidad poco tiene que ver propiamente con la utilización del mismo, tenemos que se permite –o inclusive se podría entender que se obliga- a los operadores a suspender definitivamente el servicio de sus clientes en caso de que en forma dolosa se ocasione un daño o comprometa de alguna manera la prestación de los servicios o la operatividad e integridad de la red. Los usos que puedan significar un peligro para la integridad u operatividad de la red suelen constituir parte del ámbito de excepción de la aplicación del principio de neutralidad de la red cuando este se regula.

En este caso, sin mencionar la posibilidad de una restricción o bloqueo, se otorga la facultad de ejecutar una acción que resulta aún más extremista: la suspensión definitiva del servicio. De manera general a nivel internacional, no hay

discusión respecto al hecho de que las acciones que puedan causar un daño a la red no constituirán un uso legítimo, y se buscará siempre evitarlas y erradicarlas. Sin embargo, considerando el gran revuelo que ocasionó la existencia de disposiciones como la “Ley de los Tres Avisos”, principalmente por el hecho de que la consecuencia es nada más y nada menos que la desconexión del servicio, llama a la atención que en este caso se dispusiera esta medida en el entorno local; para presupuestos distintos, sí, pero dentro de un marco regulatorio proteccionista del usuario y poco descriptivo en general de estos temas.

En los artículos 9 y 10 del RPUF encontramos el tema de la protección de la intimidad y derechos de los usuarios finales, para lo cual se otorga la facultad al usuario de interponer su reclamación debiendo acudir en primera instancia al propio operador o proveedor, para luego tener posibilidad de solicitar la intervención de la SUTEL. En caso de que la reclamación tenga base en uso abusivo por parte de otro usuario final, o en caso de encontrar que la amenaza proviene de un sitio o red específica, tendrán los operadores, o más bien la misma SUTEL, la tarea de evaluar si corresponde aplicar un bloqueo o restricción al uso libre para proteger esta intimidad o los derechos del usuario reclamante.

El artículo 13 inciso b) del RPUF ofrece otra disposición que favorecería la protección del principio de neutralidad de la red en beneficio del usuario. Nuevamente se trata de una redacción un tanto general, en cuanto a la posibilidad de interponer a los operadores y proveedores obligaciones de “no discriminación”, dentro de lo cual bien cabría la posibilidad de incluir un trato igualitario conforme a los contenidos que se permite acceder a los usuarios, pero podría referirse también a una no discriminación entre los propios usuarios del servicio. Se introduce en todo caso una regla de interpretación importante, en cuanto a que deben prevalecer los derechos de los clientes y usuarios en la interpretación de cualquier cláusula y norma aplicable al servicio.

Los anteriores temas constituyen esencialmente las áreas tratadas y reguladas por el RPUF, las cuales podemos relacionar con nuestro tema de estudio, y que eventualmente podría el Regulador aplicar, o cuanto menos considerar y ponderar dentro del análisis de un caso concreto relacionado con este.

Correspondería entonces remitirnos a los presupuestos estudiados anteriormente sobre el régimen de protección a los usuarios finales, para en este contexto dar contenido a lo que constituirían situaciones factibles para la aplicación del régimen sancionatorio; de conformidad con este tipo de infracciones, recae en el Regulador la labor particular de constatar finalmente si se cumplen condiciones suficientes para que resulte aplicable una sanción a un acto relacionado o que pudiese violentar la neutralidad de la red.

Ahora bien, siguiendo con el resto de supuestos que constituyen infracciones de conformidad con el artículo 67, un detalle a considerar es el dispuesto en el inciso b) subinciso 4) del artículo, el cual dispone que el omitir la resolución de las reclamaciones de los usuarios finales en el plazo establecido en esa Ley constituye igualmente una infracción grave, por lo que en caso de interponer un usuario una reclamación en estos términos y no recibir respuesta por parte del operador, podría resultar en sí mismo como una falta.

El subinciso 6) establece que constituye una infracción grave el “producir daños a las redes y los sistemas de telecomunicación por el mal uso y funcionamiento de aparatos terminales, equipos y sistemas de su propiedad” (p.11). Se podría pensar que lo anterior de alguna manera justificaría alguna práctica discriminatoria respecto a la utilización de terminales, equipos o sistemas, en el entendido de que el operador debe evitar un potencial daño a las redes por un uso inapropiado; sin embargo, el enunciado refiere a equipos que sean propiedad del propio operador, por lo que se trata fundamentalmente de un uso

diligente propio, más que un control sobre el uso de las redes por parte de los usuarios.

Por último, tenemos el subinciso 11), que se podría denominar la “caja de sastre”, pues determina que constituye una infracción grave “cualquier acción en contra de lo dispuesto en esta Ley, los reglamentos u otras obligaciones contractuales, que por su naturaleza, daño causado y trascendencia no se considere como infracción muy grave” (p.11).

En este punto conviene advertir un aspecto de carácter procedimental, relacionado con la competencia de SUTEL para resolver –siguiendo el debido proceso- las reclamaciones interpuestas por los usuarios; esto es que, según reconoce el artículo 72 del RPUF, cuenta el Regulador en este sentido con la facultad de adoptar medidas cautelares, cuando corresponda hacerlo, lo anterior de conformidad con el artículo 66 de la LGT, 14 inciso 2 y 146 de la Ley general de la Administración Pública.

Como se pudo observar, el escenario sancionatorio más plausible dentro del ámbito de discusión del principio de neutralidad de la red sería el de una infracción grave, lo cual se traduciría -de constatarse esta- en una multa de entre cero coma cero veinticinco por ciento (0,025%) y hasta un cero coma cinco por ciento (0,5%) de los ingresos brutos del operador o proveedor obtenidos durante el período fiscal anterior; lo anterior de conformidad con el artículo 68 inciso b) de la LGT.

Sabemos que en caso de interpretarse que se trata de un presupuesto de infracción muy grave, la multa sería de entre cero coma cinco por ciento (0,5%) y hasta un uno por ciento (1%) de los ingresos brutos del operador o proveedor obtenidos durante el período fiscal anterior, con la posibilidad de llegar hasta un 10% en casos especialmente graves, o inclusive de decretarse el cierre definitivo de un establecimiento y la clausura de sus instalaciones o remoción de equipos;

pero sabemos que difícilmente se enmarcará una acción de este tipo siquiera dentro de esta categoría de infracciones muy graves, por lo que la imposición de este tipo de sanciones no pareciera muy factible.

Debe tomarse en cuenta que, en todo caso, dentro de cualquier procedimiento sancionatorio que lleve a cabo la SUTEL, deberá observar los criterios y condiciones determinadas en el artículo 70 de la LGT; a saber, la gradualidad y proporcionalidad de las medidas conforme el daño ocasionado, capacidad de pago del infractor, el respeto al debido proceso, el impulso de oficio, la imparcialidad, la publicidad, entre otros.

3.2 POSIBILIDADES DE CARA A LA REGULACIÓN DE LA NEUTRALIDAD DE LA RED EN COSTA RICA

Tomando en consideración las diferentes experiencias globalmente en el tema, es claro que existen diversas opciones a la hora de escoger la forma de tratar –o no tratar- el asunto de la neutralidad de la red a nivel país.

3.2.1 Regulación ex ante

Como una primer opción, se podría elegir definir de previo un marco regulatorio particular para el tema de la neutralidad de la red, bajo el cual operen y el cual deban observar los distintos participantes del mercado. Dentro del marco de la regulación ex ante, encontramos en la práctica varias posibilidades a la hora de aplicar un dicho modelo.

En primer término, se puede regular el tema de una forma general, mediante la instauración de principios o lineamientos en la materia, como lo es actualmente para los casos de Estados Unidos o Noruega, según se estudió anteriormente en este trabajo. Una opción de cierta forma “intermedia” la ofrece el modelo europeo, donde el tema ha sido hasta el momento regulado por medio de directrices. Como última alternativa, tenemos la vía escogida por Chile y Holanda, quienes decidieron definir el tema a nivel de una Ley de Neutralidad.

Está claro que siempre existirá la opción de no regular el tema de la neutralidad de la red del todo. Sin embargo, considerando la experiencia internacional y las distintas consecuencias que esto puede significar, para efectos de este trabajo, se estima que el vacío normativo no representa la alternativa más viable y conveniente para el mercado y para los usuarios de los servicios. En este sentido, se comparte la posición de José Alcántara, quien respecto a la forma en que debe tratarse o resolverse el tema de la neutralidad de la red, considera que debe haber efectivamente una regulación, ya que la neutralidad puede destruirse, tanto mediante regulaciones contrarias al principio, como a través de un vacío normativo. En este sentido, Alcántara (2010) indica:

Las herramientas con las que se puede destruir la neutralidad de la Red van desde la reforma legal respaldada por el estado hasta el polo opuesto: la permisión consciente de un vacío legal en el que diversos agentes puedan abusar de su posición oligopolista e imponer condiciones contractuales que, de facto, no estén respetando la neutralidad de la Red. Al no existir una regulación mínima que indique qué tipo de prácticas son inaceptables y qué tipo de limitación impuesta por vía contractual resulta excesiva (...) El vacío legal tiene como finalidad, precisamente, permitir este tipo de limitaciones por vía contractual que moldeen y dobleguen la percepción social de que Internet es inevitablemente neutra (párr.1 de Sección El papel del estado y Párr.2 de Sección Vacío Legal).

Lo cierto es que en la práctica es el vacío o carencia normativa lo que usualmente lleva a que se adopten o desarrollen prácticas contrarias a la neutralidad de la red; sea porque no hay prácticamente regulación sobre el tema, o porque la regulación que encontramos es muy limitada, o carece de mecanismos para asegurar su observancia.

En consecuencia, interesa analizar las diferentes posibilidades que existen para regular el tema, de forma que se pueda ponderar el modelo que resulte más conveniente para el caso particular de Costa Rica.

3.2.1.1 Regulación a nivel legislativo

La legislación de la neutralidad de la red evidentemente representa la opción que revestiría de antemano de mayor seguridad jurídica esta materia, pero aquello no necesariamente significa que esta sea finalmente la opción más conveniente o viable para el país.

Según se indicó anteriormente, al momento únicamente dos países –Chile y Holanda- se han aventurado a regular el tema de la neutralidad de la red propiamente a nivel de una ley que desarrolle particularmente el principio (esto sin considerar el caso de Perú, donde, según se vio anteriormente en este trabajo, se incluyó únicamente un artículo dentro de una ley sobre banda ancha).

En este sentido, la regulación a nivel legislativo, es evidente que representa la alternativa más definitiva y garante de cumplimiento de las disposiciones que finalmente se adopten en el tema; independientemente del tratamiento particular que se dé al principio por este medio. En todo caso, pareciera poco probable optar por regular el tema a nivel legislativo para excluir la aplicación del principio, lo cual sería también difícilmente compatible con la protección de los derechos de los usuarios que pretende resguardar la normativa local de telecomunicaciones.

Sin embargo, siendo que el principio de neutralidad de la red permite un cierto ámbito de flexibilidad, correspondería, en todo caso, definir el grado de protección que se quiera dar.

Según se observó, en el caso de Chile se optó por regular el tema de manera bastante exhaustiva –a nivel de una ley y un reglamento a la ley- pero siempre introduciendo una serie de límites y excepciones a la aplicación del

principio. Se adoptó un modelo ciertamente proteccionista del principio, pero preocupándose por trazar claramente sus límites. En Perú se reguló asimismo el tema desde una perspectiva legislativa, con la jerarquía y consecuencias regulatorias que ello implica, pero sin interesarse mucho por desarrollar su contenido de manera amplia.

Ahora bien, considerando que se trata de un tema que reviste bastante novedad, y siendo que la orientación a futuro sobre el tema podría, de cierta forma variar, dependiendo de la forma en que se desarrolle la infraestructura y la capacidad de las redes de nueva generación; en relación con el incremento en el consumo de datos, pareciera una maniobra un tanto riesgosa optar por una regulación en el plano legislativo.

Además, las modificaciones a nivel legal son escasas posteriormente a la entrada en vigencia de la LGT, lo cual probablemente se traduciría en un importante nivel de atención ante la posibilidad de una reforma en este sentido, especialmente tratándose de un tema tan controversial, y que podría llevar a interminables discusiones, antes de una eventual aprobación.

3.2.1.2 Regulación reglamentaria

Como segunda opción de regulación ex ante, tenemos la posibilidad de normar el tema a nivel reglamentario.

Esta alternativa tiene especial sentido si se dispone tratar el tema desde la perspectiva de un derecho de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, habida cuenta de la existencia de un reglamento particular sobre esta materia, con un desarrollo bastante amplio sobre los distintos derechos en este contexto. Mediante un decreto ejecutivo, se podría disponer adicionar ciertas disposiciones al RPUF, tendientes a proteger el derecho de los usuarios a acceder todo tipo de contenidos, restringiendo expresamente la posibilidad de intervenciones arbitrarias por parte de los ISP que pudiesen afectar dichos derechos.

Esta pareciera la opción más razonable a nivel reglamentario, puesto que a pesar de que la materia de calidad de los servicios ciertamente se encuentra relacionada con el tema, pareciera insuficiente regular la materia meramente desde esta perspectiva. Tampoco pareciera adecuado regularlo dentro del Reglamento de Acceso e Interconexión de Redes de Telecomunicaciones, puesto que este regula, en esencia, relaciones entre operadores; ni desde la perspectiva del régimen de competencia, al tratarse fundamentalmente de una relación entre el usuario y el operador.

La regulación de la neutralidad de la red a nivel reglamentario, como un derecho de los usuarios, se postula como una opción más real y viable que la regulación legislativa; con el beneficio particular de que se encontraría inserta en un cuerpo normativo en el cual encajaría de manera mucho más armónica que en caso de adicionarse propiamente a la Ley.

3.2.1.3 Regulación a nivel de la SUTEL

Una tercera opción de regulación ex ante consiste en la emisión de normativa por parte del propio Regulador.

Un detalle que conviene señalar es que, a la fecha, la normativa emitida por el regulador no ha tenido necesariamente una forma realmente homogénea. Encontramos que dentro de la propia SUTEL, se ha emitido por diferentes vías regulación con alcances generales. En ocasiones, ha sido alguna de las Direcciones dentro de la SUTEL que ha dispuesto emitir a través de un oficio, ciertos parámetros o lineamientos para normar cierto tema en particular; al tiempo que encontramos que en otros casos ello ha sido definido a través de una resolución del Consejo de la SUTEL.

Esta segunda opción pareciera la más adecuada para regular el tema que nos ocupa. Así como el Consejo de la SUTEL ha determinado establecer vía resolución temas como los lineamientos para la definición de mercados relevantes y operadores con poder significativo de mercado, o el procedimiento y condiciones

para la implementación de la portabilidad numérica (considerando lo acordado al interno del Comité Técnico de Portabilidad Numérica); se podría igualmente proceder a emitir ciertos criterios, principios o lineamientos que regulen el tema de la neutralidad de la red, determinando de esta forma los alcances de los derechos de los usuarios conforme a la recepción de sus servicios de telecomunicaciones en condiciones de no discriminación, los cuales permitirían a su vez orientar al Regulador en sus decisiones ante eventuales denuncias por parte de usuarios por una violación a estos derechos. Se trataría entonces en principio de un desarrollo posterior de principios y derechos de los usuarios ya encontrados en la Ley General de Telecomunicaciones, y especialmente en el Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final de los Servicios de Telecomunicaciones.

3.2.2 Regulación o intervención ex post

Como una segunda gran alternativa, se puede optar por no regular específicamente el tema –prácticamente la situación actual en Costa Rica– dejando así que el mercado se desarrolle naturalmente, hasta el tanto de ser necesario, se requiera de una intervención del Regulador, a efectos de propiciar una solución dependiendo del caso en concreto. Bajo esta óptica, se entendería que el ordenamiento jurídico actual y vigente propicia por sí mismo elementos suficientes para dar solución a los casos que se pudiesen presentar, relacionados con esta materia, aun cuando no se invoquen preceptos regulatorios verdaderamente referidos a la materia particular.

En este sentido, se puede interpretar que no siempre es necesario contar con una norma escrita para poder obtener una solución a partir del ordenamiento jurídico. Para estos efectos, se podría obtener una respuesta a cada caso mediante la hermenéutica jurídica, o bien a través de la interpretación y la aplicación de los principios de derecho público.

Mediante una regulación ex post del tema, se podría dejar que el mercado se desarrolle “libremente”, y en el momento en que se presente una situación que requiera de una respuesta normativa, se entra a analizar cada caso. Bien podría

entonces resolverse una controversia relacionada con el tratamiento discriminado de tráfico por parte de un ISP mediante la aplicación del derecho de la competencia, o mediante cualquier otra disposición normativa que encuentre el Regulador como útil y aplicable para el caso en concreto.

Se trata en sumo de una alternativa mucho más liberal, con las ventajas y desventajas que ello conlleva.

CONCLUSIONES

1. El principio de la neutralidad de la red busca garantizar un acceso y utilización libre de la red, mediante la prestación de un servicio que no discrimine en razón del sujeto, contenido, aplicación o dispositivo. Suele existir un ámbito de excepción o limitación a la aplicación del principio, fundamentalmente ante la afectación de otras normas o derechos subjetivos.

2. Los usuarios finales -impulsados por su interés en recibir el servicio más completo posible- y los proveedores de contenidos –motivados en su interés por comercializar su producto de la más amplia manera- son los sujetos más beneficiados e interesados en la protección de este principio.

3. Los defensores del principio abogan por una conservación de la estructura original abierta de la red. Entre otros argumentos utilizados en favor de la aplicación del principio tenemos: la protección de la libertad de expresión y de comunicación, el derecho al acceso a la información, la libertad de competencia, el fomento a la innovación y la diversidad, el justo pago, entre otros.

4. Los proveedores de los servicios de acceso a la red son los más grandes opositores a la aplicación del principio de neutralidad de la red. Encuentran en él una traba para la libre gestión de sus redes y la generación de ingresos adicionales a través del cobro diferenciado de los servicios.

5. Los opositores de la aplicación del principio fundamentan su posición en argumentos como: la necesidad práctica de una administración y gestión del tráfico para hacer frente a picos de volumen en las redes, los beneficios derivados del uso inteligente y eficiente de la red, la protección de derechos de autor, la existencia de necesidades diferenciadas de los usuarios, la promoción de incentivos para la inversión en infraestructura, entre otros.

6. Las posiciones intermedias buscan una aplicación restringida del principio; esto es, un modelo que en términos generales proteja el principio, pero incluya a su vez un importante ámbito de excepción que permita a los proveedores de servicios intervenir –de manera razonable y justificada- el tráfico en las redes.

7. La definición de una solución para el tema de la neutralidad de la red ha representado -en general- un importante reto en el plano internacional. A pesar de existir ya ciertos modelos relativamente estructurados y con una proyección aparentemente positiva a futuro -como lo es el caso de Chile- lo cierto es que para la mayoría de países resulta difícil llegar a un consenso respecto a esta materia; fundamentalmente, en razón de la confluencia de una multiplicidad de intereses en el mercado.

8. Costa Rica por su parte es actualmente presa de la problemática esperada, en la forma de una falta de regulación particular sobre la materia. El marco normativo y regulatorio local establece importantes principios que pueden favorecer la protección del principio de neutralidad de la red, especialmente desde la óptica de la protección de los derechos de los usuarios finales. Encontramos disposiciones concretas tendientes a garantizar la recepción de los servicios de telecomunicaciones bajo requisitos mínimos de

calidad y en condiciones transparentes y de no discriminación; pero se trata en esencia de preceptos genéricos y hasta vacíos, que difícilmente sirvan para garantizar una verdadera protección del principio, y que acarreen inseguridad jurídica sobre el resguardo del mismo.

9. El régimen del derecho de la competencia tampoco se presenta como la herramienta más idónea para resolver los conflictos que puedan suceder en torno al principio de neutralidad de la red; esencialmente puesto que dichas controversias suelen darse en el seno de la relación entre el proveedor y el usuario, y no así de manera tan frecuente entre proveedores.

10. La definición de una “solución” para la situación local tampoco es en sí simple. Debe analizarse en primera instancia si conviene aplicar una regulación ex ante, mediante modificaciones al marco regulatorio que permitan sentar las bases para instaurar y delimitar un régimen de protección del principio de neutralidad de la red; o si bien resulta más apropiado abordar el tema desde la perspectiva de un control ex post, mediante el cual el mercado se desarrolle más libremente, disponiéndose de una labor de control por parte del Regulador, en caso de que resulte necesario, mediante una aplicación del régimen normativo actual.

11. La regulación ex post permite una mayor flexibilidad para dar tratamiento al tema “sobre la marcha”, conforme el mismo se vaya desarrollando en el mercado de las telecomunicaciones. Bajo dicho presupuesto, algunos presumen que puede resultar conveniente dar mayor libertad al mercado para que este se desarrolle de manera natural; suponiendo a su vez que el Regulador cuenta en todo caso con herramientas normativas cuya utilización e interpretación le permitirían llegar a una solución en caso de

que resultase necesaria su intervención. Dicho camino otorga en principio mayor libertad de competencia, pero carga consigo una importante dosis de inseguridad jurídica.

12. La alternativa de la regulación ex ante brinda mucha mayor seguridad jurídica, pero requiere a su vez de un ejercicio para determinar particularmente el método o instrumento jurídico que se utilizaría para regular la materia. Una regulación a nivel legislativo supone la alternativa más definitiva y garante de la protección al principio, pero su proceso de aprobación podría complicarse y atrasarse, así como encasillar un tema de naturaleza potencialmente cambiante. La regulación a nivel reglamentario se postula como una medida intermedia, cuya ejecución se vislumbra más plausible enfocando el principio desde la perspectiva de un derecho del usuario final, mediante una reforma al Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final de los Servicios de Telecomunicaciones.

13. Una regulación a nivel de resolución de la SUTEL representa en principio la opción de ejecución más fácil e inmediata, mediante la instauración de lineamientos o principios de una jerarquía normativa menor, dejando así abierta la posibilidad de modificaciones a futuro sin la necesidad de realizar procedimientos de mayor complejidad. Si bien se trata de una regulación de “menor peso”, no por ello se estima que deban existir problemas para garantizar su aplicación, habida cuenta de las potestades de control y sancionatorias otorgadas por Ley al Regulador, a efectos de que pueda ejercer efectivamente su labor de fiscalización del mercado.

14. El marco regulatorio actual tiene especial tendencia hacia la protección de los derechos de los usuarios finales de los servicios de telecomunicaciones,

por lo que correspondería proteger el principio de neutralidad de la red en beneficio de los intereses de estos usuarios, aunque estableciendo igualmente ciertos límites en su aplicación, especialmente cuando están en juego otros derechos de mayor envergadura. A modo de garantizar lo anterior, la regulación del tema a nivel de una resolución por parte de la SUTEL se muestra como la opción más viable al corto plazo, lo cual permitiría dar ejecutividad al tema por ahora y servir de prueba; dejando en todo caso abierta la puerta para eventuales modificaciones, inclusive a nivel reglamentario o legislativo.

BIBLIOGRAFÍA

Alcántara, J. (2010). *La Neutralidad de la Red y por qué es una pésima idea acabar con ella*. Recuperado de: <http://lasindias.com/la-neutralidad-de-la-red>

Body of European Regulators for Electronic Communications BEREC. (30 de septiembre de 2010). *BEREC Response to the European Commission's consultation on the open Internet and net neutrality in Europe*. BoR (10) 42. Europa. Recuperado de: http://berec.europa.eu/doc/berec/bor_10_42.pdf

Body of European Regulators for Electronic Communications BEREC. (2012). *BEREC public consultations on Net Neutrality. Explanatory Paper*. BoR (12) 34. Europa. Recuperado de: http://berec.europa.eu/files/news/bor_13_34_public_consultations.pdf

Buntrock, R., Canis, J., Fischel, A., Hazzard, M. & Rummel, J. (21 de setiembre de 2009). FCC Chairman Genachowski Outlines Plan to Adopt Network Neutrality Rules. Arent Fox. Recuperado de: http://www.arentfox.com/newsroom/alerts/fcc-chairman-genachowski-outlines-plan-adopt-network-neutrality-rules#.Uum82_IHRqV

Cerrillo-i-Martínez, A., Peguera, M., Peña-López, I. & Vilasau, M. (2011). *Neutralidad de la Red y otros retos para el futuro de Internet*. Actas del VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Universidad Oberta de Catalunya. Barcelona. Recuperado de: http://www.tu-berlin.de/fileadmin/f27/PDFs/Publikationen/20110711_cerrillo-martinez_peguera_pena-lopez_vilasau-solana_2011_idp2011_proceedings_net_neutrality.pdf

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Las Regiones. La internet abierta y la

Neutralidad de la red en Europa. (2011) Comisión Europea. Recuperado de:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0222:FIN:ES:PDF>

Cordero, M. (17 de octubre de 2012). Sutel aprueba tarifa por descarga para Internet móvil prepago. *El Financiero*. Recuperado de:
http://www.elfinancierocr.com/tecnologia/Telefonicas-cobrar-Internet-descarga_0_173382669.html

Cullell, C. (diciembre de 2010). El Principio de neutralidad tecnológica y de servicios en la UE: la liberalización del espectro radioeléctrico. *Revista de Internet, Derecho y Política*. Recuperado de:
<http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/viewFile/n11-cullell/n11-cullell-esp>

Digital Economy Act (2010). Capítulo 24. Recuperado de:
<http://www.dmrightrights.com/images/DMRights/Legislacion-PDF/GB-Digital-Economy-Act-2010.pdf>

Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. (24 de abril de 2002). *Directiva Servicio Universal*. Diario Oficial de las Comunidades Europeas. L 108/51. Recuperado de: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:108:0051:0077:ES:PDF>

Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) no 2006/2004 sobre la

cooperación en materia de protección de los consumidores. (18 de diciembre de 2009). Directiva Servicio Universal. Diario Oficial de la Unión Europea. L 337/11. Recuperado de: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:337:0011:0036:Es:PDF>

Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE

Espinoza, L. (2008). *Neutralidad Tecnológica en la prestación de servicios*. Recuperado de:

<http://www.cycconsultores.net/documentos/telecomunicaciones/LDES.pdf>

Federal Communications Commission. (2005) Oficio FCC 05-151. Recuperado de: <http://www.publicknowledge.org/pdf/FCC-05-151A1.pdf>

Federal Communications Commission. (2010) Oficio FCC 10-201. Recuperado de: http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-10-201A1.pdf

González, L. (2011). *El Nuevo Marco Jurídico de las Telecomunicaciones en Europa*. Madrid, España: Editorial La Ley.

Informe de la Comisión de la Banda Ancha. (2010). *Un Imperativo Directriz en 2010. Avanzar hacia un futuro construido en Banda Ancha*. Recuperado de: http://www.itu.int/dms_pub/itu-s/opb/pol/S-POL-BROADBAND.01-2010-PDF-S.pdf

Internet como Herramienta Básica de la Actividad Diplomática (2001).

Organización de Naciones Unidas (ONU). Recuperado de:

<http://www.un.org/spanish/Depts/dpi/seminariomisiones/intro-internet.pdf>

Ley Número 20453 Neutralidad de internet. (2010). República de Chile.
Recuperado de: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1016570&r=1>

Ley Número 29904 Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica. (2010). Perú. Recuperado de:
<http://www.sinpapel.pe/wp-content/uploads/2012/07/LEY-N%C2%BA-29904-Promocion-Banda-Ancha-y-Red-Dorsal-Nacional-de-FO.pdf>

Ley Número 6227 Ley general de la Administración Pública. (2002). República de Costa Rica. Recopilado de:
http://www.ocu.ucr.ac.cr/Leyes/Ley_Administracion_Publica.pdf

Ley Número 7472 Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. (1995). República de Costa Rica. Recuperado de:
<http://www.tramites.go.cr/baselegalimages/7472.pdf>

Ley Número 8642 Ley General de Telecomunicaciones. (2008). República de Costa Rica. La Gaceta. Recuperado de:
http://www.gaceta.go.cr/pub/2008/06/30/COMP_30_06_2008.pdf

Marín, T. (7 de febrero de 2010). Telefónica acusa a los buscadores de utilizar su red “sin pagar nada”. Engadget en español. Recuperado de:
<http://es.engadget.com/2010/02/07/telefonica-acusa-a-los-buscadores-de-utilizar-su-red-sin-pagar/>

Merino, S. (7 de junio de 2012). Los reguladores europeos de las telecomunicaciones lanzan un grito de alarma sobre la neutralidad de la red. Rebelión. Recuperado de: <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=150933>

Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. (2010). Reglamento que regula las características y condiciones de la neutralidad de la red en el servicio de

acceso a Internet. República de Chile. Recuperado de:

http://www.subtel.gob.cl/prontus_subtel/site/artic/20110311/asocfile/20110311195708/10d_0368.pdf

Peña-López, I. (8 de febrero de 2010). Costes y usura en la Red. ICTlogy.

Recuperado de: http://ictlogy.net/sociedadred/tag/cesar_alierta/

Pérez, M. (2013, Agosto 31). Neutralidad de la red III. Arquitectura de Internet.

[Web log post]. Recuperado de:

<http://itruminations.wordpress.com/2010/08/31/neutralidad-de-la-red-iii-arquitectura-de-internet/>

Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones (2009-2014). República de Costa Rica: MINAET. Recuperado de:

<http://www.expotelecom.net/pdf/PNDT.pdf>

Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. (1994). República de Costa Rica. Recuperado de:

<http://www.crecex.com/asesoria-juridica/legislacion-consulta/consumidor/Reglamento-a-la-ley-7472.pdf>

Reglamento a la Ley General de Telecomunicaciones. (2008). República de Costa Rica. Recuperado de:

[http://www.palermo.edu/cele/pdf/Regulaciones/CostaRicaReglamentoLeyGeneraldeTelecomunicaciones\(2008\).pdf](http://www.palermo.edu/cele/pdf/Regulaciones/CostaRicaReglamentoLeyGeneraldeTelecomunicaciones(2008).pdf)

Reglamento de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones. (2005).

El Peruano. Recopilado de:

<http://www.infocom.cr/downloads/docs/Reglamentos%20telecom/REGLAMENTO%20DE%20PRESTACION%20Y%20CALIDAD%20DE%20SERVICIOS.pdf>

Reglamento sobre el Régimen de Protección al Usuario Final de los Servicios de Telecomunicaciones. (2010). República de Costa Rica. La Gaceta No 72.

Reglamento sobre Medidas de Protección de la Privacidad de las Comunicaciones. (2009). República de Costa Rica. La Gaceta No 94.

Relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. (18 de diciembre de 2009) Directiva Servicio Universal. Diario Oficial de la Unión Europea. L 337/37. Recuperado de: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:337:0037:0069:ES:PDF>

Respuesta a la Consulta Pública sobre una Internet Abierta y la Neutralidad de Red. (2010). Asociación de Internautas. Recuperado de: http://www.internautas.org/archivos/pdf/NNC_AI_ES.pdf

Romero, P. (10 de mayo de 2012). Holanda garantizará por ley la neutralidad de red y la máxima protección de usuario. El Mundo.es. Recuperado de: <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/05/09/navegante/1336572014.html>

Sin Autor (29 de mayo de 2012). Al menos el 20% de usuarios de Internet móvil sufren bloqueo en servicios como Skype. Portal TIC. Recuperado de: <http://www.europapress.es/portaltic/sector/noticia-menos-20-usuarios-internet-movil-sufren-bloqueo-servicios-skype-20120529182825.html>

Wu, T. (2003). *Network Neutrality, Broadband Discrimination*. Journal of Telecommunications and High Technology Law, Vol. 2, p.141. Recuperado de: http://www.jthtl.org/content/articles/V2i1/JTHTLv2i1_Wu.PDF

Wu, T. (s.f). *The Master Switch Network Neutrality FAQ*. Recuperado de: http://timwu.org/network_neutrality.html