

**UN ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD, COMO GARANTÍA DEL
DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN INTERNET EN EL SIDH, Y
LOS BONOS *ZERO RATING***

**AN ANALYSIS OF THE NET NEUTRALITY, AS A GUARANTEE OF THE RIGHT
OF FREEDOM OF SPEECH ONLINE IN THE INTER- AMERICAN SYSTEM OF
HUMAN RIGHTS, AND THE ZERO RATING**

Alexandra Cabrera Sánchez

Abogada

Universidad de San Martín de Porres

alexandra_cabrera1@usmp.pe

Lima, Perú

SUMARIO:

- INTRODUCCIÓN
- DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS
- DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN INTERNET EN EL SIDH
- PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD DE LA RED
- BONOS *ZERO RATING*
- CONCLUSIONES

RESUMEN

La autora analiza los beneficios *zero rating* a fin de determinar su compatibilidad con el principio de neutralidad en internet, en el marco de las obligaciones internacionales del Estado peruano para garantizar la libertad de expresión en internet.

ABSTRACT

The author analyze the compatibility of the zero rating benefits with the net neutrality

principle and the international obligations of the Peruvian state for guarantee the freedom of speech.

PALABRAS CLAVE

Libertad de expresión, Internet, Zero rating, neutralidad de la red, Sistema Interamericano para la Protección de Derechos Humanos

KEY WORDS

Freedom of speech, Internet, Zero Rating, net neutrality, Inter-American System for the Protection of Human Rights

INTRODUCCIÓN

Como consecuencia de los avances tecnológicos que ocurren a diario en nuestra sociedad y que impactan directamente en la forma en la que nos relacionamos, surgen muchas situaciones que deben ser atendidas por el Derecho para garantizar la plena vigencia de los derechos y libertades constitucional y convencionalmente reconocidos para todas las personas; toda vez que estos deben ser también garantizados en el entorno virtual, flexibilizando las reglas tradicionales del Derecho para ajustarse a esta nueva realidad.

En ese sentido, resultan particularmente importantes los principios que deben ser garantizados en internet, uno de ellos, que es sobre el que se desarrollará este artículo, es el principio de neutralidad en internet. Este principio según CERDA, A. (2013) impide a las empresas proveedoras del servicio interferir en las comunicaciones electrónicas, de modo que sean los usuarios –y no su proveedor de servicios de acceso a Internet– quienes definan y controlen el uso que desean hacer de su conexión. Lo anterior debido a que ello pondría en desventaja a: (i) aquéllas empresas que no pudieran competir con la participación de otras multimillonarias, como Facebook o YouTube, y, (ii) el usuario, pues tendría limitado su derecho a elegir por qué medio expresarse libremente al estar direccionado por la propia empresa prestadora de servicio.

El principio de neutralidad en internet, ha cobrado un rol protagónico en estos últimos años, debido a que su vigencia afectaría los intereses económicos de las empresas intermediarias

de la información en internet al ofrecer paquetes de diferentes precios de acuerdo al contenido al que se puede acceder o la calidad o velocidad del servicio. Particularmente nos referiremos a la más reciente decisión de la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC) de Estados Unidos sobre la materia del pasado 11 de junio del año en curso, que es considerada por muchas personas, como la muerte de este principio, que no sólo tiene un amparo nacional sino internacional, de acuerdo al estándar de respeto y garantía del derecho a la libertad de expresión.

Al respecto, en nuestro país desde hace un par de años se viene regulando este principio principalmente en Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (Ley N° 29904) y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-2013-MTC; y, a inicios de 2017, entró en vigencia el Reglamento de Neutralidad de Red, aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 165-2016-CD/OSIPTTEL que específicamente señala las prohibiciones para las empresas prestadoras del servicio de internet para asegurar los derechos de los usuarios; el Organismo Regulador a cargo de supervisar este proceso es el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTTEL).

De forma inicial, podemos señalar que este principio de neutralidad de red asegura un espacio libre de intervenciones en internet tendiente a garantizar el ejercicio pleno de los derechos y libertades de los derechos de las personas en internet. Sin embargo, un problema que viene siendo discutido en diversos países respecto a este principio es lo que ocurre en relación a los bonos *Zero-Rating*, situación de la que no somos ajenos como Estado y que podría ser contrario a las obligaciones internacionales del Estado peruano en materia de libertad de expresión.

Al respecto, es importante señalar que los bonos *zero-rating* son mundialmente conocidos al ser ofrecidos por diversas compañías a nivel mundial y que consisten básicamente en ofrecer el acceso a ciertas aplicaciones sin que signifique el consumo del paquete de datos contratado por el usuario con la empresa prestadora del servicio, por lo que resulta, sin duda, atractivo debido a que significa gozar de un acceso “ilimitado” a internet a través de estas aplicaciones, el contenido de este paquete “ilimitado” dependerá de cada empresa.

Como se puede apreciar, en principio el debate parecería quedar reducido a dos posturas: por un lado, el de las personas que quieren que se asegure la neutralidad de internet y que estos paquetes *zero rating* sean eliminados del mercado y, por otro, el de las empresas que ofrecen estos paquetes “ilimitados y gratuitos” y que verían amenazados los servicios que ofrecen de prosperar el pedido del primer grupo. Podría pensarse además que este tema no tiene ninguna vinculación ni relevancia en relación al derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, todo está íntimamente relacionado al estándar en materia de libertad de expresión en internet al que se ha comprometido el Estado peruano y que tiene reconocido en su propia legislación y que resulta incompatible desde la perspectiva de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como veremos más adelante.

Como se señalaba desde un inicio, a nivel mundial existe una fuerte discusión en diversos Estados acerca de si estos bonos constituirían o no una violación al principio de neutralidad en la red, al orientar precisamente el consumo, pero especialmente, limitar los espacios de libre expresión en la red sólo para aquéllos que tengan el suficiente poder económico para pactar con la empresa prestadora este tipo de convenios de incentivo del consumo.

Este es el problema que abordará la siguiente investigación, para conocer si, finalmente, los bonos *zero rating* afectarían los derechos fundamentales de los consumidores, es decir personas humanas en los términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al ir contra el principio de neutralidad tal como está regulado por nuestro ordenamiento nacional y de acuerdo con los compromisos internacionales asumidos por el Estado.

DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS

De forma también introductoria y para permitir el desarrollo de este trabajo, me referiré brevemente a los principales conceptos que son necesarios para entender el contexto en el que nos encontramos.

Internet

Según la Federación Internacional de Asociaciones de Bibliotecarios y Bibliotecas (IFLA) (2017) es el principal medio de comunicación y de expresión de la sociedad de la

información, y para muchos se ha convertido en la principal fuente de información. Una Internet abierta puede ofrecer una plataforma para ser escuchado y reconocido.

Según el Diccionario de la Lengua Española (2016), esta sería la “Red informática mundial, descentralizada, formada por la conexión directa entre computadoras mediante un protocolo especial de comunicación”. La palabra internet es el acrónimo de las palabras *International Network of Computers*.

En relación a la denominación, Teruel, G. (2011) afirma que:

“No es una redundancia definir Internet como una “Red de redes”, la cual permite de forma sencilla la interconexión de ordenadores de todo el mundo para el intercambio y transmisión de datos a través de un protocolo de comunicación común (protocolo TCP/IP213) y cuyos terminales se van a identificar por medio de una dirección IP” (...)

Internet es a un tiempo información, tecnología y también es una red física de tecnología; es una “Red de redes” interconectadas, es un sistema de comunicación global y descentralizado, es un sistema internacional de comunicaciones instantáneo²¹⁶. Internet es algo mucho más complejo que un “medio de comunicación”, Internet configura todo un “sistema” del que además va a resultar un nuevo espacio: el “cibespacio”. (pág. 90-91)

El mismo autor, al referirse al origen histórico de internet,

“El germen del que hoy conocemos como Internet hunde sus raíces en el proyecto ARPANET creado en 1969 por la agencia ARPA (Advanced Research Projects Agency) del Departamento de Defensa de los Estados Unidos, que junto con un grupo de universidades y corporaciones privadas norteamericanas pretendía –y logró- desarrollar una red de ordenadores conectados en lugares diferentes. Se dice que la finalidad

de este proyecto era desarrollar una tecnología que permitiera la interconexión descentralizada de ordenadores que pudieran compartir información estando dispersos geográficamente, como forma de prevención frente a un ataque centralizado sobre un punto neurálgico donde se concentrara información relevante. A partir de entonces, en los tempranos años setenta, con su presentación al “público” en la International Conference on Computer Communications celebrada en octubre de 1972, ARPANET se abre y empiezan a conectarse diversos centros de investigación, universidades, negocios e incluso particulares a esta “Red de redes”, y se dan también las primeras conexiones internacionales entre ordenadores. (...)

Será entonces a partir de los años noventa cuando se dé el gran desarrollo de Internet, en el cual hay que destacar la invención de la World Wide Web (WWW), uno de los variados servicios que ofrece la Red pero que será la que en buena medida haga explotar la misma al permitir el extraordinario enlace de información entre las que conocemos como páginas webs. La WWW fue ya de “patente” europea al ser “hija” de Tim BERNERS-LEE, investigador en la Organización Europea para la Investigación Nuclear (CERN), con sede en Suiza. Fue también a partir del año 1990 cuando España se conecta a la Red.” (pág. 89-90).

En cuanto a las características de internet este autor, citando a Pérez Luño considera que es:

- Descentralizado
- Global
- Polifacético

Principio de neutralidad en internet

En palabras de FRISCHMANN y VAN SCHEWICK (2007) significa que:

En general, los proveedores de red no pueden discriminar contenidos, sitios o

aplicaciones. El propósito de la neutralidad de la red consiste en garantizar que, dentro de lo posible, Internet se conserve como un sistema amplio de circulación de información a través del cual fluya una gran variedad de contenidos, servicios y aplicaciones. La mayor parte de la discriminación derivará de cuestiones económicas: favorecer a los socios comerciales y proteger el actual modelo del negocio. Para promover el crecimiento de diferentes tipos de servicios informativos (incluyendo aquellos que ni siquiera imaginamos aún) es fundamental asegurar el carácter no discriminatorio de las redes en lugar de favorecer el actual modelo de negocios con el que se alinean los proveedores de Internet. Si bien es verdad que los proveedores de red pueden ser fuentes de innovación, también pueden mirar con suspicacia productos o servicios creados por otros (o que ellos no ofrezcan) y que consideren amenazadores para su forma de concebir el negocio (BALKIN, J. 2013).

Lo que hoy conocemos como principio de Neutralidad de la Red, en su origen tiene que ver con temas anteriores a Internet, se remonta a cuando las telecomunicaciones estaban centradas en el servicio de telefonía (servicio de voz) y se presentaron problemas de interconexión entre proveedores de servicio, que se atacaron en función de disposiciones tendientes a mantener los niveles de competencia del mercado. “Hoy en un contexto de las telecomunicaciones cuyo foco son principalmente los servicios de datos e Internet el ecosistema de actores es más complejo, y el principio de Neutralidad de la Red viene a establecer un ordenamiento que pretender que tanto usuarios finales como proveedores de servicios y aplicaciones disfruten de todos los beneficios de este ecosistema”. (REGULATEL, 2015)

Bonos zero-rating

Es la práctica a través de la que el consumo de datos de ciertas aplicaciones o servicios no se “descuenta” de la cantidad contratada de datos de los usuarios. Algunos de los grandes proveedores de servicios han acordado con operadores de líneas móviles en varios países ofrecer versiones de sus servicios aplicando estos beneficios *zero rating* o de “tasa cero” (REGULATEL (2015). En algunos casos, esto significa que el uso de ciertas páginas web o

servicios no se cuentan dentro del límite de datos mensual fijado en la suscripción del servicio. En otros casos, los usuarios pueden acceder al servicio incluso si no tienen un servicio de acceso a la red, tal como analiza (SHEARS, M., 2014)

Es entonces, aquella exención de cobro por el tráfico de datos asociado a aplicaciones específicas o servicios específicos, usualmente a través de planes limitados. En estos casos, las fuentes de los contenidos constituyen una oferta y decisión del proveedor, con base a aplicaciones de atractivo masivo (BALKIN, J. 2013).

DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN INTERNET EN EL SIDH

Contenido y límites de la libertad de expresión

Para iniciar este capítulo de la investigación nos referiremos al derecho a la libertad de expresión, que tiene protección constitucional e internacional. Como señalamos en un trabajo anterior¹, es importante mencionar que existen diversas concepciones de este derecho en el mundo, recurriremos a los principales modelos, es decir, al de los Estados Unidos, que tiene una concepción negativa, y al de Alemania, que tiene una concepción positiva. Esta clasificación responde a lo establecido por BERLIN en 1998 que ha sido ampliamente analizada en la doctrina y recurrentemente utilizado para el análisis de este derecho. Es así que PÉREZ DE LA FUENTE (2010) refiriéndose a esta clasificación las sintetiza de la siguiente forma:

Se podría considerar como un modelo norteamericano que prioriza la libertad negativa, lo que se conoce como el mercado de las ideas, frente a un modelo alemán que prioriza la libertad positiva, que se podría denominar como el modelo de la “democracia militante”. Es significativo que de lo que se trata, en suma, es establecer cuáles son las justificaciones de los límites a un derecho tan fundamental en dos culturas jurídicas, que por cuestiones diversas están especialmente sensibilizadas con los problemas de las minorías, pero que aportan soluciones diversas.

¹ Sar, Omar, Zúñiga, Jesús y Alexandra Cabrera (2017) *El análisis de la constitucionalidad de la causal de despido por faltamiento de palabra en el Perú*. Repositorio Académico de la USMP. Disponible en: <http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/handle/usmp/3151>

Por otro lado, desde la concepción positiva del derecho a la libertad de expresión, según el modelo alemán surgido luego de la II Guerra Mundial, la dignidad de la persona es el principio constitucional por excelencia y a su vez un derecho fundamental. Es así que sobre la base de este se resolverá cualquier posible conflicto con otros derechos, tal como establece el artículo 1 de la Ley Fundamental de Bonn al determinar que “la dignidad del hombre es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”. Los límites establecidos en su artículo 5 son relacionados a los derechos de la juventud y al del honor.

En concordancia con lo anterior, el Estado no tiene un rol neutro, toda vez que nos encontramos a un Estado con un rol más activo, dentro de la lógica de una democracia militante (*wehrhafte Demokratie*), por lo que, por ejemplo, los discursos antidemocráticos y antisistema no encuentran protección jurídica en este modelo.

Es así que, en palabras de BERLIN (1998) no constituyen dos interpretaciones diferentes de un mismo concepto, sino dos actitudes propiamente divergentes respecto a la finalidad de la vida. (...) cada una tiene pretensiones absolutas. Ambas pretensiones no pueden ser satisfechas por completo. En razón de ello, se justifican las distintas interpretaciones del derecho a la libertad de expresión y sus límites de acuerdo al modelo que se siga.

En cuanto al reconocimiento de este derecho, en el Derecho Constitucional peruano se encuentra reconocido desde la Constitución de Cádiz de 1812 (en su artículo 24) hasta la normativa actual en el artículo 2.4 de la Constitución. En el ámbito internacional, lo encontramos reconocido en diversos instrumentos internacionales, haremos principal énfasis en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En primer lugar, establece la prohibición general de la censura previa, lo que significa que se deben dejar circular las ideas libremente pero en caso de exceder los límites de este derecho se aplicará el sistema de responsabilidades posteriores o ulteriores.

Claramente los Estados parte cuando elaboraron la Convención tenían claro que este no es un derecho absoluto y encontraron los fundamentos convencionales para fijar sus límites, por lo que al momento de verificar si se aplicarán o no responsabilidades ulteriores por lo expresado se deberá verificar si estamos ante los dos motivos antes descritos; como veremos el desarrollo jurisprudencial ha permitido determinar con mayor claridad estos.

En el numeral 4 se establece la excepción a la regla de prohibición de censura previa, pero sólo será admitida cuando se busque proteger efectivamente la moral de niños y adolescentes, en caso de que no se buscara esta finalidad sino impedir la circulación de las ideas y expresiones, se activará el sistema de responsabilidades ulteriores.

Finalmente, determina la prohibición absoluta de la propaganda de guerra y apología de odio, que en el contexto de nuestra región tiene particular importancia. En el artículo 14 de la Convención también se reconoce el derecho de rectificación o respuesta cuando se haya afectado a alguien por información inexacta o agravante.

Asimismo, se debe entender que no se trata de un derecho absoluto ni ilimitado debido a que de diferentes formas se encuentran regulados los límites como: la prohibición de la censura previa salvo situaciones excepcionales, el respeto por los derechos de las otras personas, cuestiones de salud, seguridad u orden público, tal como lo afirmó la Corte IDH:

120. Es importante destacar que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, este puede ser objeto de restricciones, tal como lo señala el artículo 13 de la Convención en sus incisos 4 y 5. Asimismo, la Convención Americana, en su artículo 13.2, prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de expresión, que se manifiestan a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, las cuales no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa. Para poder determinar responsabilidades ulteriores es necesario que se cumplan tres requisitos, a saber: 1) deben estar expresamente fijadas por la ley; 2) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática. (Corte IDH, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, pág. 69)

“la " necesidad " y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho

protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, pág. 12)

En cuanto a las características del derecho a la libertad de expresión, se entiende que tiene una doble dimensión: individual, en cuanto permite que cada persona pueda utilizar cualquier medio de difusión para poder transmitir sus ideas, y la colectiva, en tanto la sociedad como conjunto debe tener derecho a conocer e informarse a partir de las expresiones de las otras personas, así como la garantía de protección a los medios de comunicación como fuente de información social.

En este sentido se ha pronunciado múltiples veces la Corte IDH desde el caso de "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001, pasando por el emblemático Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008, hasta el más reciente caso de la Corte del sr. Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017.

Todo lo anterior constituye el estándar de protección garantizado sobre este derecho de forma general, a continuación, desarrollaremos lo desarrollado en relación a este derecho y su ejercicio en internet.

En cuanto al ejercicio de este derecho en internet, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2012) considera que “el artículo 13 se aplica plenamente a las comunicaciones, ideas e informaciones que se difunden y acceden a través de Internet”. En ese sentido, el Relator Especial para la Libertad de Expresión (2011) afirmó que “el entorno en línea no solo ha facilitado que los ciudadanos se expresen libre y abiertamente, sino que también ofrece condiciones inmejorables para la innovación y el ejercicio de otros derechos fundamentales como el derecho a la educación y a la libre asociación”

La necesidad de garantizar este acceso universal tiene como objetivo reducir “la brecha digital” como ha sido incluso reconocido por la Asamblea General de la OEA en la Resolución “Desarrollo de las telecomunicaciones en la región para reducir la brecha digital” (2009) Organización de los Estados Americanos. Asamblea General y la “agenda de conectividad para las Américas. Plan de acción de Quito” (2003)

En ese sentido, la Relatoría Especial para la Libertad de expresión (2013) es de la opinión de que:

“El ejercicio del derecho a la libertad de expresión en Internet depende, en gran medida, de un amplio espectro de actores, principalmente privados, que actúan como intermediarios al brindar servicios como el acceso y la interconexión; la transmisión, procesamiento y encaminamiento del tráfico; el alojamiento de material publicado por terceros y el acceso a este, la referencia a contenidos o la búsqueda de materiales en la red; la realización de transacciones financieras; y la conexión entre usuarios a través de plataformas de redes sociales, entre otros. Existe una gran cantidad de intermediarios y distintas maneras de clasificarlos; entre los más relevantes se incluyen a los proveedores de servicios de Internet (PSI), los proveedores de alojamiento de sitios Web, las plataformas de redes sociales y los motores de búsqueda.” (pág. 29)

En ese sentido, es importante referirnos a lo establecido por la CIDH, a través de su Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE), que ha emitido 2 informes sobre la materia, que sirven para este artículo:

- i) Informe “Libertad de expresión e internet” (2013)
- ii) Informe Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente (2016)

De la lectura conjunta de ambos, en particular del más reciente, se concluye que resulta de vital importancia el Acceso a internet, necesario para asegurar el acceso universal y accesible así como las garantías para el pluralismo de ideas e información propiciando el debate público en la sociedad, mediante la no discriminación tanto de información como en el acceso a internet y nuevas tecnologías y resaltando la importancia de la privacidad analizando

principalmente la vigilancia estatal y por parte de particulares en internet, lo que ha tenido un especial desarrollo estos últimos años en relación al estándar mínimo de protección de defensores y defensoras de Derechos Humanos.

Asimismo, el segundo informe resaltó la importancia del principio de neutralidad en la red que, como se verá en el siguiente apartado determina que las entidades que tienen a su cargo ser intermediarios en la información que la información en internet tienen prohibido interferir o discriminar en el tráfico de internet, es decir, que no pueden disminuir la calidad o velocidad del mismo con la finalidad de direccionar el uso o acceso que se pueda hacer de internet en beneficio de determinado servicio como puede ocurrir con los bonos *zero rating*. Para ello los Estados parte deben garantizar que las normas que lo regulen gocen de independencia, transparencia y con respeto del debido proceso.

Finalmente, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión en su Informe Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente (2016) considera que deben ser principios de internet:

- Principio de acceso universal “se refiere a la necesidad de garantizar la conectividad y el acceso universal, ubicuo, equitativo, verdaderamente asequible y de calidad adecuada, a la infraestructura de Internet y a los servicios de las TIC, en todo el territorio del Estado”.
- El pluralismo y la diversidad como condiciones esenciales del proceso de deliberación pública y del ejercicio de la libertad de expresión deben ser preservados en el entorno digital.
- El principio de no discriminación obliga al Estado a garantizar que todas las personas– especialmente aquellas que pertenecen a grupos vulnerables o que expresan visiones críticas sobre asuntos de interés público– puedan difundir contenidos y opiniones en igualdad de condiciones.
- La privacidad debe ser también un principio orientador del entorno digital. El derecho a la privacidad, según el cual nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia”, es un presupuesto del ejercicio del derecho a la libertad de

expresión en línea que debe ser protegido por la ley y estrictamente promovido en la política pública.

- El principio de neutralidad de la red fue reconocido por la Relatoría Especial como “una condición necesaria para ejercer la libertad de expresión en Internet en los términos del artículo 13 de la Convención Americana”. Lo que persigue tal principio es que la libertad de acceso y elección de los usuarios de utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio legal por medio de Internet no esté condicionada, direccionada o restringida, por medio de bloqueo, filtración, o interferencia. Sobre este último principio nos referiremos a continuación. (RELE, pág. 13, 14)

PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD EN LA RED

En este punto resulta relevante conocer qué significa este principio y cuál es su importancia en el contexto digital que vivimos y conocer cuál es la protección que existe en este sentido a nivel nacional e internacional.

En ese sentido, encontramos la primera referencia académica a este principio se da a cargo del Profesor Tim Wu de la Universidad de Columbia:

La mejor forma de definir la neutralidad de la red es como un principio de diseño. La idea es que una red de la información que maximice la utilidad para el público aspira a tratar todos los contenidos, sitios y plataformas igualmente. Esto permite a la red transportar todas las formas de información y soportar todos los tipos de aplicaciones. El principio sugiere que las redes de la información son, en su mayoría, más valiosas cuando son menos especializadas -cuando son plataformas para múltiples usos, presentes y futuros. (WU, 2003)

El fin último de esta regla es mantener la arquitectura de Internet tal como fue concebida, esto es, una autopista en la cual la información circula libremente y en condiciones de igualdad, sin otra gestión más que la necesaria para asegurar el tráfico. Por supuesto éste no es un fin en si mismo, sino que responde a la extraordinaria utilidad de Internet como herramienta de libertad de expresión, de intercambio de conocimiento, etc. Permitir el

bloqueo o la discriminación de contenidos por parte de los ISP, desde el punto de vista de la democracia, les otorgaría una poderosísima arma de censura puesta al servicio de intereses privados y desde el punto de vista económico, les garantizaría situaciones cuasi monopólicas que llevarían a una rápida concentración del mercado de las comunicaciones y de los contenidos. (Vargas, P. 2016)

Para entender lo que implica este principio utilizaremos el siguiente ejemplo², si su fuente preferida de información meteorológica proviene del sitio web A, pero su proveedor de Internet ha llegado a un acuerdo para que el sitio B sea el proveedor preferido para todos sus clientes (por ejemplo, entregando el contenido del sitio B más rápidamente que el contenido del sitio A o incluso en lugar del mismo), esto significa que el principio de neutralidad de la red ha sido violado. Precisamente veremos a continuación como los beneficios *zero rating*, o bonos “ilimitados”, responden a esta situación y resultarían violatorios del principio de neutralidad en internet, de acuerdo a todo lo antes desarrollado.

BONOS ZERO RATING

El primer país en adoptar legislación al respecto fue Chile, en donde precisamente se discutió la compatibilidad de los bonos *zero rating* con el principio de neutralidad en internet, generando que se prohibieran de forma definitiva estos bonos. Todo ello teniendo en cuenta que existen derechos fundamentales de la red en peligro al existir sólo una cantidad limitada de canales en los que se pueden expresar las personas, lo que no atiende ni siquiera a la elección del usuario, sino responde a los intereses económicos de las empresas prestadoras de servicios, pues a través de estas redes pertenecientes a los bonos pueden vender servicios específicos, generando una doble ventaja económica, pues elimina la posibilidad inmediata del consumidor de tener además acceso a un mercado libre y está dirigido a los intereses de las empresas antes mencionadas.

La tasa cero- *zero rating*- viola el principio de neutralidad de la red porque los servicios que se benefician de ella sufren una discriminación positiva, permitiendo a los ISPs orientar la elección de los usuarios. Es más, aunque se apela al riesgo de sobrepasar el tráfico máximo

² Que fue extraído del curso Dando forma a Internet – Historia y Futuro de ISOC, cohorte 2.

que permite la red, los servicios con tasa cero atraen un nivel desorbitado de tráfico ya que tienen un coste muy bajo o igual a cero. Esto distorsiona el consume de contenidos y lleva al ‘efecto jardín amurallado’, donde la experiencia del Usuario en la red se limita al empleo de los servicios con tasa cero (IFLA, 2017)

En esa misma línea, REGULATEL (2015) acerca de los efectos de estos bonos:

- Se le considera una estrategia encubierta para abrir mercado;
- Ofrece una visión limitada de lo que es internet (una red abierta, en su concepción);
- Paquete de aplicaciones se ha definido sin necesariamente consultar a los usuarios;
- Presenta riesgos de uso de datos personales en personas eventualmente de mayor vulnerabilidad por falta de alfabetización digital. REGULATEL (2015)

Asimismo, se encuentran quienes defienden que internet debe ser un espacio libre de todo tipo de regulación Estatal, por lo que las empresas mismas al ser parte del mercado económico tienen el derecho a participar de mayor medida, de acuerdo a su alcance económico, por lo que pueden pactar con las empresas prestadoras de servicios para que promocionen sus servicios a través de estos bonos ilimitados. Asimismo, señalan que estos permite el acceso libre a la información en determinadas plataformas, lo que sin duda permite la comunicación entre ciudadanos, facilita la libertad de expresión en sus diversas formas y genera una ventaja económica y para la sociedad.

Al respecto, ambas posturas se encuentran en constante construcción, toda vez que este problema sigue siendo discutido a nivel mundial y, consideramos, no fue considerado detalladamente en nuestro país al momento de regular la materia. Es por ello que se parte de plantear la incompatibilidad de estos bonos *zero-rating*, según el estándar en libertad de expresión en internet que tenemos actualmente, con el principio de neutralidad de la red; lo que ocasionaría la afectación de este derecho y de los compromisos adoptados por el Estado peruano en esta materia.

Decisión de la Comisión Federal de Comunicaciones de EEUU

Finalmente, y en concordancia con lo planteado al inicio del desarrollo del derecho a la libertad de expresión acerca de los dos modelos existentes para la regulación de este derecho en el mundo como lo son el de Europa y el de Estados Unidos, es pertinente analizar la más reciente decisión en materia de neutralidad de red en Estados Unidos dada este 11 de junio y que puede tener un impacto directo en nuestra región, a pesar de ser incompatible con el estándar antes desarrollado.

Al respecto, su Ley de Telecomunicaciones de 1996 considera que el acceso a internet de banda ancha no es un servicio público (como sí lo es la telefonía fija, por ejemplo) sino un servicio de información, lo que en la práctica le permite al Estado ampararse para no fiscalizar ni imponer el cumplimiento de determinados principios (como el de neutralidad) tal como sí lo hace en el caso de servicios públicos.

En el año 2005 se hizo muy conocido lo ocurrido con COMCAST, en cuanto la FCC intentó sancionarlo por incumplir este principio en red, sin embargo en 2010 no fue confirmada esta medida, por lo que estas reglas de neutralidad en red quedan actualmente consideradas como simples recomendaciones no vinculantes a las empresas prestadoras de servicio; servicios mediante los que se ejercen diversos derechos pero el más resaltante el de la libertad de expresión e información.

El pasado diciembre la Federal Communications Commission (FCC) decidió dejar sin efecto las normas que existían en Estados Unidos en materia de neutralidad de red, a pesar de haber sido el primer país en el que se empezó a debatir este principio, decisión que ha sido confirmada el pasado 11 de junio.

Si bien desde el marco territorial, esta decisión tiene un alcance legal dentro de Estados Unidos únicamente; sin embargo, considero que se presentan dos problemas importantes:

El primero de ellos, es que como usuarios consumimos muchos servicios que se someten a la regulación en materia de telecomunicaciones de Estados Unidos (como lo son Youtube y Netflix, por poner un par de ejemplos) y si bien contamos con la regulación específica en materia de neutralidad de internet, el organismo regulador, OSIPTEL, no tiene un rol activo en la supervisión de esto y al ser un escenario tan polarizado, porque tiene intereses

económicos grandes de empresas muy poderosas es posible que se deje llevar por la tendencia en EEUU y nos encontremos en un futuro con situaciones arbitrarias e incoherentes como la siguiente³:

CONCLUSIONES

- El derecho a la libertad de expresión se encuentra reconocido tanto



constitucionalmente como en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Su evolución ha permitido protegerlo en diversos escenarios, del que no queda exento el internet.

³ Que proviene del curso Dando forma a Internet – Historia y Futuro de ISOC, módulo “marcos regulatorios”

- Es así que su ejercicio en internet debe guardar los principios y reglas generales pero adecuándolos a la realidad virtual, los marcos regulatorios deben tener cuidado para no desnaturalizar este derecho ni al internet.
- Específicamente, la Relatoría especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha desarrollado la importancia del ejercicio de este derecho así como sus principios para la garantía del derecho en internet.
- Uno de los principios que tiene mucho protagonismo actualmente es el de la neutralidad de red, el que garantiza que la información sea transmitida al usuario sin ningún tipo de alteración o discriminación, lo que incluye la velocidad, calidad y contenido. Este principio está específicamente regulado en nuestra legislación nacional, incluso el reglamento sobre neutralidad de red ha entrado en vigencia el año pasado y tiene como organismo regulador a OSIPTEL.
- Por otro lado, en la actualidad es una práctica común de las empresas prestadoras del servicio de comunicaciones ofrecer paquetes “ilimitados” que son conocidos también como de *zero rating* o cero costos, que incluye una serie de aplicaciones que no consumen el paquete contratado y en los que se puede navegar libremente.
- El objetivo de este trabajo ha sido analizar la incompatibilidad de estos beneficios con el derecho a la libertad de expresión en los términos constitucionales como en materia de Derechos Humanos a los que el Estado peruano se ha comprometido en garantizar. Toda vez que, orientar la decisión de los usuarios a determinadas plataformas web para expresarse limita su capacidad de expresión, así como también vulnera el principio de neutralidad de internet, que es plenamente necesario para el cabal ejercicio de los derechos en internet, de acuerdo a lo desarrollado por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión.
- Por lo que considero que o el Estado debería modificar su normativa sobre neutralidad de internet y apartarse de sus compromisos internacionales en materia de libertad de expresión, una opción que no considero recomendable, o debería ejercer un efectivo control

desde su organismo regulador a estos beneficios de *zero rating* con la finalidad de llegar a una mejor situación que la actual para el goce pleno y efectivo de los derechos en internet, particularmente de la libertad de expresión.

FUENTES DE LA INFORMACIÓN

Balkin, Jack (2013) *El futuro de la libre expresión en la era digital*. En: Revista electrónica *Cuestión de derechos*, Buenos Aires. Disponible en: <https://www.apc.org/sites/default/files/ADC%20-%20Cuestion%20de%20derechos%20-%20Revista-numero4%20-%202013.pdf>

Berlin, Isaiah (1998) *Dos conceptos de libertad en Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza, Madrid.

Cerda, Alberto (2013) *Neutralidad de la red y libertad de expresión*. En: Revista electrónica *Cuestión de derechos*, Buenos Aires. Disponible en: <https://www.apc.org/sites/default/files/ADC%20-%20Cuestion%20de%20derechos%20-%20Revista-numero4%20-%202013.pdf>, pág. 67.

Declaración de IFLA sobre la Neutralidad de la Red y la Tasa Cero (2017) Disponible en: <https://www.ifla.org/files/assets/hq/news/documents/ifla-statement-on-net-neutrality-and-zero-rating-es.pdf> pág. 3

Frischmann, Brett y Van Schewick, Barbara (2007) *Network Neutrality and the Economics of an Information Superhighway: A Reply to Professor Yoo*. California: Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 351.

Pérez de la Fuente, Oscar (2010) *Libertad de expresión y el caso del lenguaje del odio. Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y la perspectiva alemana*. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho N° 21

REGULATEL (2015) Informe del grupo de trabajo “Neutralidad de la Red y Gobernanza de Internet”. Disponible en: http://www.regulatel.org/wordpress/wp-content/uploads/2015/11/Anexo_5_GT_Neutralidad_y_Gobernanza.pdf, pág. 3

Sar, Omar, Zúñiga, Jesús y Alexandra Cabrera (2017) *El análisis de la constitucionalidad de la causal de despido por faltamiento de palabra en el Perú*. Repositorio Académico de la USMP. Disponible en: <http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/handle/usmp/3151>

Shears, Matthew (2014) *Net Neutrality, Zero-Rating & Development: What's the Data?* Center for Democracy and Technology. Disponible en: https://www.intgovforum.org/cms/wks2014/index.php/proposal/view_public/208

Teruel, G. (2011) *La libertad de expresión en internet y sus garantías constitucionales en el control de contenidos de páginas web*. Tesis Magister Iuris Constitutionalis, Universitatis Hispalensis.

Vargas, Paula (2016) *La regulación de la Neutralidad de la Red en Latinoamérica*. Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información. Universidad de Palermo.

Wu, Tim (2003) *Network Neutrality, Broadband Discrimination*. Journal of Telecommunications and High Technology Law, Vol. 2. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=388863