



Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho

Maestría en Derecho Empresario

**EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD DE LA RED: HACIA UNA
REGULACIÓN DIGITAL QUE OFREZCA SOLUCIONES
EFICIENTES A LAS NECESIDADES DEL MERCADO ACTUAL**

Autor: Sebastian Rodríguez Morales

DNI: 30.885.437

Tutor de tesis: Santiago Gini

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 30 de octubre de 2020

Índice

ABSTRACT	3
INTRODUCCIÓN	5
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	9
OBJETIVO	10
METODOLOGÍA	11
CAPITULO I - INTERNET Y LA NEUTRALIDAD DE RED EN LA ARGENTINA	
I.1. Reseña histórica normativa.....	13
I.2. Situación actual.....	15
I.3. Proyectos regulatorios no sancionados en la República Argentina.....	18
I.4. Antecedentes jurisprudenciales en materia de neutralidad de red.....	21
CAPITULO II - LA NEUTRALIDAD DE LA RED EN LOS DISTINTOS PAISES	
II.1. Antecedentes. Estados Unidos como pionero.....	26
II.2. Neutralidad de Red en el debate internacional.....	30
II.3. América Latina. Chile como impulsor.....	33
CAPITULO III - EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD DE LA RED Y LA PRACTICA EMPRESARIAL	
III.1. Tasa cero (Zero rating).....	34
III.2. Tasa cero en Argentina.....	36
III.3. Throttling.....	38

**CAPITULO IV – LAS PLATAFORMAS OVER THE TOP.
CUESTIONES A RESOLVER**

IV.1. Significado de su presencia en el mercado.....	40
IV.2. Situación actual de las OTT en Argentina.....	41
IV.3. Argumentos relativos a su regulación.....	43
IV.3.1 Argumentos a favor.....	44
IV.3.2 Argumentos en contra.....	45
IV.4. Consideraciones finales sobre la industria.....	47

**CAPITULO V - EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD DE LA RED
DESDE UN ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO**

V.1. El Principio de neutralidad de la red desde la óptica del análisis económico del derecho.....	49
CONCLUSIÓN.....	54
BIBLIOGRAFÍA.....	59



REFERENCIAS

ENACOM: Ente Nacional de las Comunicaciones (anteriormente AFSCA).

FCC: Federal Commision of Communications (ente regulador de las telecomunicaciones del gobierno federal de los Estados Unidos)

ISP: Proveedores de servicios de internet, “internet service providers”.

LAD: 27.078 “Ley Argentina Digital”.

LSCA: Ley 26.522 “Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual”.

SECOM: Secretaria de Comunicaciones.

TIC: Tecnología de información y comunicaciones.

OTTs: proveedores de servicios denominados Over the Top.



ABSTRACT

El derecho internacional viene trabajando hace tiempo en principios y regulaciones que puedan acompañar el avance tecnológico digital que se ha suscitado en las últimas décadas, que viene de la mano con la internet y el desarrollo de la telefonía móvil, las cuales generaron nuevas formas empresarias y de “hacer negocios” que requieren un marco regulatorio adecuado que las acompañe. Ahora bien, el concepto de neutralidad de red ha sido objeto de variadas discusiones, ya que involucra, no solo cuestiones legales sino también económicas y de competencia.

Por ello, la finalidad del presente trabajo es analizar la regulación relativa al principio de neutralidad en el derecho argentino. Este desafío se centra en analizar su

marco regulatorio actual y proponer lineamientos con fines de lograr un ordenamiento evolucionado que acompañe los avances constantes del sector tecnológico e incentive su desarrollo, a los fines de que este sector pueda ser el motor de una recuperación de la actividad comercial en nuestro país y se generen condiciones para que emprendimientos puedan competir en un marco de equidad y transparencia. En este objetivo, la innovación, el emprendedorismo, la inversión y el desarrollo tecnológico se consideran pilares fundamentales que se deben proteger e incentivar a partir de la creación de un marco jurídico adecuado.

Durante este proceso se analizarán las prácticas empresariales contrarias a la neutralidad de la red, las cuales resultarán familiares a quienes usan tecnologías digitales en el día a día. Además, se analizará la cuestión relativa a los servicios Over The Top, analizando los argumentos a favor y en contra de su regulación.

Creo firmemente que el descómunal crecimiento del mercado tecnológico en las últimas décadas nos deja nuevos servicios y formas de contratación que llegaron para quedarse y mejorar nuestras vidas. Así, si en esta nueva era digital el sector proveedor de servicios de telefonía e internet tradicionales y los sectores de las nuevas tecnologías se enfrentan en lugar de complementarse, esto solo resultaría en un perjuicio para los consumidores y para la sociedad en general. Este trabajo pretende analizar estas cuestiones y proponer un punto de vista respecto de si la Argentina posee el marco regulatorio adecuado para este desafío o debiera generar una regulación superadora en el futuro.

Título: EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD DE LA RED -HACIA UNA REGULACIÓN DIGITAL QUE OFREZCA SOLUCIONES EFICIENTES A LAS NECESIDADES DEL MERCADO ACTUAL-.

Palabras Claves: Neutralidad de la red – Ley Argentina Digital – Over the Top – Ley Argentina Digital – Throttling – Tasa Cero – Convergencia - OTT.

INTRODUCCIÓN

La neutralidad de red ha recorrido un intenso camino desde que fue formulada por el abogado estadounidense Tim Wu en el año 2003, pasando de ser un ambiguo concepto académico a tener una marcada relevancia en materia de políticas públicas. De esta manera, este principio resulta hoy un pilar clave a los fines de lograr una valoración de la internet desde el punto de vista regulatorio y su análisis permite entender la manera en que las distintas facetas de internet influyen directamente en algunos de nuestros derechos constitucionales elementales, tales como el derecho a recibir información, a la libertad de expresión¹, y a la libre competencia², entre otros. Todo ello reconociendo que estos derechos, al tratarse del ámbito digital, se insertan en un contexto donde hay un enorme interés económico e información en juego, además de millones de usuarios y negocios que involucran a países de todo el mundo.

En ese sentido, se comienza con una breve descripción del funcionamiento de internet, que es un conjunto de redes que se comunican a través de diferentes protocolos,

¹ Ar.14 de la Constitución Nacional.

² El art. 42 de la Constitución Nacional en su segundo párrafo prevé expresamente la obligación del Estado en la defensa de la competencia contra cualquier forma de distorsión del mercado y el control de los monopolios.

el más común es el protocolo TCP/IP integrado por: (i) Internet Protocol (IP), que envía paquetes de datos de una computadora emisora hacia una receptora por caminos elegidos por redireccionadores o routers y (ii) Transmisión Control Protocol (TCP), que divide los paquetes de datos para que la información sea enviada en forma ordenada y eficiente. Así, los routers identifican el header -la información situada al principio de un bloque de información que va a ser transmitida- obteniendo información necesaria para la transferencia de esos datos (p.ej. dirección de origen y de destino, entre otras).

Tras esta breve presentación técnica nos adentraremos en el ámbito del derecho, introduciendo el caso de la Argentina, donde como en muchos otros países existe, por un lado, una ley específica que regula los medios de comunicación, tendiente a garantizar la competencia, el acceso y no discriminación arbitraria, evitar monopolios, entre otros resguardos. Así, es la LSCA la norma que regula el citado mercado buscando evitar que se emitan contenidos indebidos y que existan concentraciones en los medios que puedan perjudicar el acceso a la información o atentar indirectamente contra la libertad de expresión. Por otro lado, encontramos a la LAD, una ley que busca iniciar un camino de convergencia y que regula esencialmente el mercado de servicios de TIC. “La LAD consagra la neutralidad de la red y fortalece el rol del Estado como regulador”. (Pautasio, L y M.B. 2015). Al momento no existe en nuestro país una ley convergente entre las industrias de telecomunicaciones y la audiovisual, entendiendo a la convergencia como “un proceso que, habilitado por la digitalización permite la reunión de los mundos de las telecomunicaciones, las tecnologías de información y el audiovisual” (Califano, B. 2017, 4).

En resumen, por una parte, se regulan los contenidos para poder garantizar la pluralidad de opiniones que exige nuestra sociedad en democracia (LSCA), y por la otra, se regulan las comunicaciones y su infraestructura (LAD). Todo ello, teniendo en cuenta

que ninguna de estas leyes son modelos perfectos, ya que, hoy en virtud de la convergencia podemos ver servicios que mezclan ambas industrias. En este sentido, el surgimiento y expansión de la internet fue principalmente considerado en la LAD mediante la consagración del principio fundamental de neutralidad de la red, que establece que “todos los contenidos que circulan por internet deben recibir el mismo trato y no ser discriminados por su origen, uso o aplicación”³ y puede resumirse en la inclusión de los siguientes tres pilares: (i) no bloqueo arbitrario de contenidos⁴, (ii) no discriminación arbitraria de contenidos⁵ y (iii) libre uso de redes, equipos y contenidos.

Ahora bien, si bien su definición resulta ambigua, se adscribe al siguiente concepto, que en un sentido amplio, define a la neutralidad de la red como “el principio según el cual el tráfico de Internet debe ser tratado con igualdad, sin discriminación, restricción o interferencia independientemente de su remitente, destinatario, tipo o contenido, para que la libertad de elección de los usuarios de Internet no esté restringida por favorecer o desfavorecer la transmisión de tráfico de Internet asociado con determinado contenido, servicios, aplicaciones o aparatos.”⁶

En cuanto a la neutralidad de la red únicamente definida en relación a la transferencia de datos, se destaca la siguiente: “la neutralidad de la red busca regular o limitar la capacidad de los proveedores de acceso a Internet de llegar a acuerdos con determinados proveedores de aplicaciones o contenido para, a cambio de un precio o

³ Políticas de Internet: la neutralidad de la red y los desafíos para su regulación - Bernadette Califano. Revista Eptic Online. Vol.15 n.3 p.19-37 2013. Publicado en 02/09/2013.

⁴ Solo se permite el bloqueo de contenidos en casos justificados. P.ej. el bloqueo ulterior a una orden judicial como en autos “David Gutiérrez, Pamela y otros c. Microsoft de Argentina S.A. s/ medidas cautelares”. expte. 377, 2010.

⁵ Hay casos de justa discriminación, p. ej. una orden de bloqueo del acceso a un sitio de pornografía infantil, que por obvias razones carece de la protección de libertad de expresión y todo otro derecho que pudiera amparar los contenidos de la web.

⁶ Model Framework on Network Neutrality (iniciado por el Concejo de Europa y desarrollado por la “Dynamic Coalition on Network Neutrality”) <http://www.networkneutrality.info/sources.html>

tarifa preferencial, privilegiar el tráfico de estos por sobre el de otros. Por tanto, su aplicación implica limitar la habilidad de las empresas que proveen servicios de banda ancha o de acceso a internet de gestionar de acuerdo a sus intereses los distintos paquetes de datos que circulan a través de la red”⁷. Esta definición podría considerarse tomada de la experiencia que vive Estados Unidos en materia de neutralidad de sus redes.

En síntesis, en una legislación sin neutralidad de la red el ISP podría: (i) establecer un costo adicional concreto para el acceso a diferentes tipos de contenidos, no teniendo el consumidor la posibilidad acceder por una misma tarifa a toda la red (p.ej. debería pagar un paquete de video específico para ingresar a Netflix a una velocidad adecuada) y (ii) comerciar una “internet de dos velocidades”, en el cual el consumidor debería pagar un fee diferenciado para acceder de manera óptima a determinado tipo de servicios en la red, mientras en otros servicios su experiencia será a una velocidad de navegación comparativamente limitada.

Como resultado, se presentan dos intereses corporativos claramente opuestos, el de los ISP que buscan evitar toda regulación sobre neutralidad de la red para poder realizar las prácticas mencionadas, argumentando que el cobro de tarifas diferenciadas de mayor velocidad resulta necesario para su reinversión en infraestructura y, en contraposición, el de los emprendedores y los proveedores de contenidos o servicios, que buscan reglamentar el principio de neutralidad de la red para garantizar un correcto funcionamiento en los servicios que ofrecen, promoviendo la competencia y evitando barreras económicas de entrada a la industria.

⁷ Manfred Zink. Regulación de la neutralidad de la red en Estados Unidos y Chile: aspectos relevantes referidos a la regulación en mercados tecnológicos a partir del análisis de dos experiencias regulatorias concretas. Derecho Público Iberoamericano, N° 3, pág. 158. Año 2013

En ese orden, si bien en sus orígenes internet se constituyó como una red de carácter eminentemente “neutral”, hoy en día, y ya hace bastante tiempo, existe una tensión permanente entre viejos y nuevos actores que están involucrados en este negocio, los cuales, al expresarse respecto a la conveniencia regulatoria de las redes, defienden sus intereses comerciales particulares. Por lo cual, si bien hablar de neutralidad de redes absoluta en la actualidad resulta utópico, la web aun maneja ciertos estándares de imparcialidad u objetividad, siendo aun una internet abierta y justa en casi todos los países.

Como conclusión, entendiendo a la neutralidad de la red como principio rector que se encuentra estrechamente vinculado con el acceso universal a la información y también con el derecho a la libertad de expresión, se considera que su correcta aplicación en un sistema jurídico debería garantizar: (i) el acceso igualitario para todos los usuarios de internet -independientemente de quién produzca los contenidos o de la cantidad de usuarios que accedan a aquellos- y; (ii) que los emprendedores que ingresen a un mercado nuevo puedan competir con grandes empresas que se encuentren instaladas y en funcionamiento.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La regulación actual argentina en materia de neutralidad de red en internet no resulta eficiente ya que no otorga protección efectiva a los sujetos involucrados ni genera un ámbito que fomente la inversión empresaria teniendo en cuenta las necesidades actuales del mercado.

OBJETIVO

Desde el inicio de la masificación de internet, los operadores jurídicos de diferentes países vienen siguiendo a diversas empresas prestadoras de estos servicios que llevan a cabo prácticas por medio de las cuales, con diversos matices, delimitan la libertad y privacidad en las redes mediante vallas invisibles, intentando realizar acuerdos y generar normas que dichas empresas deberían cumplir ante los consumidores. Al momento de justificar la procedencia de tales acuerdos, los estados han recurrido, entre otros fundamentos, a la necesidad de tutelar los derechos de los consumidores, abastecer adecuadamente al mercado de un correcto acceso a la internet, controlar la libertad en la web, evitar el estrangulamiento ilegal de redes y especialmente, evitar que las empresas involucradas incurran en competencia desleal respecto de sus competidores o ciertos actores en detrimento de otros, o prácticas abusivas con sus usuarios. Esto comenzó a tener lugar debido a la ausencia regulatoria, producto de que la industria recién comenzó a masificarse a finales de la década de los noventa, por lo que, si bien en otras materias existen acuerdos que regulan la práctica desleal y abusiva de las empresas, por ejemplo, en Argentina la industria de hidrocarburos, en materia de internet, hoy en día, son escasas las normas expresas que regulan o estudios doctrinarios que las analicen, por lo cuales, para suplirlas, leyes como la Ley de Defensa de la Competencia y otras se aplican por analogía, no obstante, la falta de normas específicas torna confuso el límite de cuando una práctica se vuelve abusiva, anticompetitiva o violatoria de la libertad de los consumidores dentro del ámbito de internet.

En resumen, la falta de desarrollo normativo, doctrinario y jurisprudencial sobre los ISP en los servicios de acceso a internet que proveen, dificultan tomar un conocimiento cierto de la industria y genera cierta inseguridad jurídica. Ante esta situación. Así, el objetivo general del presente trabajo es analizar el principio de inclusión

de neutralidad de red desde la perspectiva de una indispensable regulación digital con miras a ofrecer soluciones eficientes a tono con las necesidades del mercado argentino actual;

En este proceso se plantearán los siguientes objetivos específicos:

1) Introducir en el análisis los debates actuales relativos a la neutralidad de red, prestando atención a los servicios OTT entendiéndolos como plataformas que han sido disruptivas en este debate;

2) Analizar si la regulación relativa a neutralidad de la red en Argentina es suficiente.

3) Proponer avances legislativos que logren un punto de equilibrio en el cual la normativa pueda proteger a los consumidores, y a su vez, incentivar a las empresas a invertir en el desarrollo de internet y nuevas tecnologías complementarias, con el objeto de que aquellas ingresen a un mercado con reglas de juego justas, claras, equitativas y que fomenten la inversión de nuevos jugadores.



METODOLOGÍA

A los fines de analizar el tema propuesto, el presente trabajo será descriptivo, comprendiendo etapas que se dividen en investigación, introducción, análisis y conclusión. Teniendo en cuenta que el tema de la neutralidad de red, no solo ha tomado relevancia en las últimas décadas con el crecimiento de internet, sino que además se trata de un principio tomado del derecho foráneo, la etapa de investigación literaria incluirá legislación extranjera, especialmente de países que ya han adquirido fluidez normativa en la materia. Además, se examinarán papers y publicaciones en portales de tecnología e

Internet y publicaciones de organismos como la Comisión Europea y el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas, entre otros.

Luego se introducirán los antecedentes regulatorios en nuestro país hasta llegar a la situación actual. y tras este camino, se hará un estudio y evaluación de casos de jurisprudencia argentina relativa a internet.

En la etapa de análisis, se efectuará una comparación respecto a cómo se ha tratado esta cuestión en diferentes países y un análisis de la legislación de países que se han adelantado a la determinación de políticas relativas a la neutralidad de la red. Luego se introducirá el caso de Estados Unidos como país creador del principio de la neutralidad de red e iniciador del debate en cuestión, y el de Chile como pionero en América Latina.

Seguidamente, se explicarán las principales prácticas empresariales que atentan contra la neutralidad y de qué forma tienen lugar en nuestro país, pese a existir una regulación que las prohíbe. Una vez sentadas las bases sobre la materia analizada, se introducirá el tema relativo a los nuevos jugadores que se erigieron en el último tiempo como lo son las plataformas over the top, las cuales enriquecieron aún más la discusión sobre la neutralidad en las redes. Se analizarán argumentos a favor y en contra de su regulación en particular y se emitirá una opinión fundada respecto a su conveniencia.

Finalmente, se tratará la cuestión del tratamiento del principio de neutralidad de la red en nuestro país desde el punto de vista de un análisis económico del derecho y luego se emitirán las conclusiones finales, definiendo la necesidad o no de una regulación adicional en nuestro país y posteriormente se propondrán bases conceptuales a tener en cuenta para esta regulación, a los fines de lograr incentivar la inversión, la competencia en un marco de igualdad, y el desarrollo del ecosistema digital.

CAPÍTULO I

INTERNET Y NEUTRALIDAD DE LA RED EN ARGENTINA

I.1. Reseña histórica normativa.

Con anterioridad a la LAD, internet estaba regulada por un precario marco formado por la antigua Ley de Telecomunicaciones 19.798/1972, sumado a otras resoluciones de las autoridades de aplicación. Esta normativa era complementada por leyes aplicadas hasta el día de hoy por analogía, como la Ley 25.326 de Protección de Datos Personales -tanto la dirección IP como otros datos de los usuarios que pueden viajar por la red son datos personales que exigen a quienes pretendan usarlos la previa obtención del consentimiento libre e informado por parte de su dueño⁸-, y normas como la Ley de Defensa de la Competencia (27.442) y la Ley de Defensa del Consumidor (24.240), entre otras. Luego se sumaron la Resolución SECOM 1/2013 (que reguló el tratamiento de la calidad de las comunicaciones en situaciones de catástrofe o de gravedad) emitida como consecuencia de la imposibilidad de establecer comunicaciones que padecieron los usuarios de telefonía móvil durante el trágico evento de la inundación que sufrió en ese año la Ciudad de La Plata en la Provincia de Buenos Aires⁹ y la Resolución SECOM 5/2013 que aprobó el Reglamento de Calidad de los Servicios de Telecomunicaciones con el fin de proteger los derechos de los usuarios y actualizar los requisitos de calidad de estos servicios para garantizar su eficiencia, en cumplimiento con el artículo 42 de la Constitución Nacional. Vale remarcar que la interrupción de las comunicaciones también

⁸ Art. 5 Ley 25.326. Sancionada: octubre 4 de 2000. Promulgada: octubre 30 de 2000.

⁹ Resolución 1/2013. Publicado en B.O. N 32.613 el 8/4/2013 "*Los prestadores de comunicaciones móviles deben asegurar el funcionamiento adecuado del servicio, incluso en situaciones de emergencia o catástrofe, admitiéndose en este último supuesto, una discontinuidad máxima de una hora para restituir la normalidad del servicio*",

se encuentra tipificada en nuestro Código Penal, que prevé penas para quien las interrumpa o entorpezca.¹⁰

Actualmente el tratamiento de internet como parte de los servicios de telecomunicaciones está enmarcado dentro de una serie de regulaciones, entre las cuales si bien se destaca la LAD, se pueden mencionar la Resolución 97/96 de la SECOM, el decreto 554/97 -declara el acceso a internet como de interés nacional-, el Decreto 1279/97 -declara comprendido en la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión al servicio de internet- y la Ley 26.032 , entre otras.

Vale mencionar que mientras la presente tesis se encontraba en curso, el marco normativo sufrió variaciones por el dictado del Decreto 690/20, que modifico la LAD respecto a considerar a internet como un servicio público, esencial y estratégico¹¹, entre otras cuestiones.

Ahora bien, en relación a la LAD, en el proceso de investigación se pudo observar que el debate del proyecto que inicio la discusión sobre la neutralidad de red en Argentina no tuvo consenso en el poder legislativo en relación a su alcance, ni tampoco en cuanto a las obligaciones de las empresas prestadoras de servicios de internet y organismos de control.¹² Como resultado, esta ley no marcó aspectos claros sobre los sujetos regulados por la norma, no hizo alusión a la gestión de tráfico, ni logro incorporar a su texto obligaciones de información a los operadores con fines de garantizar la transparencia del

¹⁰ Artículo 197 Código Penal de la Nación Argentina: *Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años, el que interrumpiere o entorpeciere la comunicación telegráfica, telefónica o de otra naturaleza o resistiere violentamente el restablecimiento de la comunicación interrumpida. (Artículo sustituido por art. 12 de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)*

¹¹ Art. 1 Decreto 690/20: "Carácter de servicio público en competencia. Se establece que los Servicios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) y el acceso a las redes de telecomunicaciones para y entre licenciatarios y licenciatarias de servicios TIC son servicios públicos esenciales y estratégicos en competencia. La autoridad de aplicación garantizará su efectiva disponibilidad".

¹²En nombre de la convergencia: cambios en la política de regulación de las TIC en Argentina. Bernadette Califano. CONICET.

mercado de internet¹³. Ello, sumado a que los proyectos legislativos en nuestro país orientados excluyentemente a la protección de la neutralidad de la red no tuvieron aprobación del poder legislativo y parecieron ser una respuesta de apuro a la ley que fuera oportunamente sancionada en Chile, cuestión que resulta un error ya que la regulación concreta sobre este tema debería avanzar hacia un diseño legislativo adaptado a las necesidades de nuestro mercado y al contexto local.

I.2. Situación actual.

El cambio principal tras la sanción de la LAD en nuestro país en diciembre del año 2014, es que ahora el Estado tiene la responsabilidad y el deber de garantizar a todos los ciudadanos argentinos el acceso universal a las telecomunicaciones y a las tecnologías de la información y comunicación, con el fin de ampliar la libertad de expresión y el derecho a la comunicación. Estos objetivos que se plasman en su texto parecen consagrar a esta ley como un elemento determinante en el avance de la tecnología, producción del país e inclusión social. De esta manera, se puede notar que la LAD a través de su primera disposición, además de garantizar la neutralidad de las redes, establece el carácter público del desarrollo tecnológico de los servicios TIC, así como también de cualquier recurso asociado a ellos, lo que realza la función del Estado como planificador en esta área. Además, la LAD le otorga al ente regulador facultades para regular las tarifas de interconexión¹⁴, velocidad mínima de conexión¹⁵ y para establecer zonas de promoción e

¹³ Recién el 4/11/2018 el Ministerio de Modernización dictó la Resolución N° 580/2018, por la cual se aprobó el Reglamento de Calidad de los Servicios de Tecnología de la Información y las Comunicaciones

¹⁴ Art. 48 Ley 27.078. — “Las tarifas de los servicios públicos esenciales y estratégicos de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) en competencia, las de los prestados en función del Servicio Universal y de aquellos que determine la Autoridad de Aplicación por razones de interés público, podrán ser reguladas por ésta.”

¹⁵ Art. 58 Ley 27.078 — Velocidad Mínima de Transmisión (VMT). La Autoridad de Aplicación definirá, en un plazo no mayor a ciento ochenta (180) días a contar desde la entrada en vigencia de la presente ley, la Velocidad Mínima de Transmisión (VMT) que deberán posibilitar las redes de telecomunicaciones a los

incentivos para el despliegue de infraestructura con asignación de fondos del Servicio Universal¹⁶.

Por su parte, en su artículo 56 la LAD ratifica la responsabilidad otorgada al Estado de garantizar a todos los usuarios su derecho al acceso, uso, envío, recoger o dar cualquier contenido, servicio, aplicación, por medio de Internet sin ninguna clase de limitación, distinción, discriminación, bloqueo o interferencia. En ese sentido, el Estado como garante de los derechos humanos, asume el deber de fomentar y preservar la diversidad en la gestión de medios, redes y posiciones satelitales, y de desarrollar los mecanismos necesarios para la promoción, desconcentración y fomento del pluralismo y la diversidad en estas áreas¹⁷. Así, se puede observar, como se consagra el derecho de los usuarios al acceso a internet, pero sin establecer en forma directa normas de uso ni limitaciones para ellos, mientras que si han sido expresamente establecidas para los “prestadores de servicios de TIC” -que en realidad es para los ISP- señalando además que se excluye de esta norma toda regulación sobre contenidos. Por otra parte, los inconvenientes económicos relativos a la neutralidad de la red quedan regulados de tal manera que aseguran la “no discriminación de los bits” con finalidades económicas. No

finde asegurar la efectiva funcionalidad de los Servicios de TIC. Los licenciatarios de Servicios de TIC deberán proveer a sus usuarios finales, no licenciatarios de estos servicios, la velocidad fijada. La VMT deberá ser revisada con una periodicidad máxima de dos (2) años

¹⁶ Art. 94 Ley 27.078— (...) La Autoridad de Aplicación formulará un plan de implementación gradual con el objetivo de establecer las pautas y requisitos que los licenciatarios de TIC deberán cumplir en relación a lo dispuesto en los artículos 9° y 10 de esta ley, resguardando el efectivo cumplimiento de la finalidad de la presente.

El plan de implementación gradual tendrá como finalidad primordial fijar las condiciones necesarias para garantizar la competencia y deberá tener en cuenta los siguientes parámetros:

a) Establecimiento de zonas de promoción por plazos limitados que se determinen en razón del interés público. Dentro de los plazos establecidos los licenciatarios de Servicios de TIC con poder significativo de mercado no podrán prestar servicios de comunicación audiovisual (...)c) Establecimiento de incentivos para el despliegue de infraestructura regional y fortalecimiento de actores locales tales como: asignación de fondos del servicio universal, facilidad en el acceso al financiamiento y la inversión, facilidad de acceso a programas de obras públicas, ventajas fiscales, servicio de asesoramiento en materia de tecnología e innovación, entre otros.

¹⁷ Observación realizada por Fernando Pérez en el artículo “Argentina Digital, un nuevo enfoque para las telecomunicaciones” <https://www.vocesenelfenix.com/content/argentina-digital-un-nuevo-enfoque-para-las-telecomunicaciones>. Publicado en 16 de noviembre de 2019.

obstante, en relación al “control, privacidad de datos y vigilancia” las disposiciones de la referida ley simplemente formulan objetivos, donde la facultad para determinar las “políticas de telecomunicaciones” quedaron a cargo esencialmente en el “Ministerio de Modernización” (Gendler, 2017).

Luego, el artículo 57 indica de forma taxativa las conductas prohibidas para los prestadores de Servicios de TIC, quienes no podrán: “a) Bloquear, interferir, discriminar, entorpecer, degradar o restringir la utilización, envío, recepción, ofrecimiento o acceso a cualquier contenido, aplicación, servicio o protocolo salvo orden judicial o expresa solicitud del usuario; b) Fijar el precio de acceso a Internet en virtud de los contenidos, servicios, protocolos o aplicaciones que vayan a ser utilizados u ofrecidos a través de los respectivos contratos; c) Limitar arbitrariamente el derecho de un usuario a utilizar cualquier hardware o software para acceder a Internet, siempre que los mismos no dañen o perjudiquen la red.” Como puede verse, este artículo establece prohibiciones concretas relativas al bloqueo, discriminación del flujo de datos e impide fijar un costo al servicio de internet relacionado al uso o paginas accedidas. Además, establece que los ISP tampoco podrán restringir el acceso a los hardwares mientras no perjudiquen la circulación de datos por la red.

De esta manera, la redacción de la LAD parece haber sido influenciada por los lineamientos propuestos en la “Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet” en 2011¹⁸, siendo la “neutralidad de red” un aspecto de primordial importancia. Vale remarcar que en esta Declaración se habían adoptado principios Generales con fines

¹⁸ Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet emitida por el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP)”.

de actuar como estándares internacionales, Como el principio de la Prueba Tripartita, por el cual se propone un análisis de tres estándares de manera previa a imponer restricciones a la libertad de expresión en internet, los cuales son: (i) estar previstos por la ley; (ii) perseguir una finalidad legítima (reconocida por el derecho internacional) y (iii) ser necesarias para alcanzar dicha finalidad. Ello, además de instar, entre otros aspectos, a que el eventual bloqueo de un sitio web, dirección IP, etc., sea considerado siempre como una medida extrema, equiparándola a la prohibición de un periódico o de una emisión de radio o televisión.

Se concluye que, si bien resulta indudable que los entornos jurídicos y regulatorios deben preservar la dinámica de internet como un espacio global abierto de colaboración para todos los usuarios, garantizando que permanezca libre de bloqueos, intromisiones, censuras, interferencias o vigilancia, el art. 57 de la LAD debe tender a buscar evitar que, por ejemplo, un ISP ralentice la velocidad de conexión a un determinado servicio en función de acuerdos comerciales o de propiedad que pueda haber realizado con algún competidor de aquellos, pero lo cierto es que este artículo solamente llega a ser una declaración de intenciones que nunca fue reglamentada. Este hueco, en un mercado de internet manifiestamente concentrado como lo es el argentino, género en la práctica diversas conductas por parte de los ISP que van en contra del principio de neutralidad de red que busca consagrar la LAD que se desarrollaran oportunamente en el presente trabajo.

I.3. Proyectos regulatorios en la República Argentina no sancionados.

En Argentina, tras el impulso generado por el tratamiento que empezó a tener la materia de neutralidad de red en la región, se avanzó en el poder legislativo con la

presentación de varios proyectos específicos, entre los que se destacan los siguientes: (i) Proyecto de la diputada Ivana Bianchi (expediente 0744-D-2011) que busca expresamente incorporar el principio de neutralidad de la red en la legislación nacional - el artículo 7 de este proyecto protege a los usuarios de internet y el artículo 9 representa una protección directa a los consumidores-; (ii) Proyecto de la diputada Nélide Belous (expediente 1159-D-2011) que establece obligaciones directas para los ISP - similar al anterior mencionado- y; (iii) Proyecto de la senadora Graciela Di Perna (expediente S-1491-11), que posee una frase de difícil interpretación, ya que indica que los usuarios podrán tener acceso “a todo el contenido sin la intermediación de los proveedores de internet”, lo cual resulta confuso ya que los ISP necesariamente son intermediarios entre los contenidos y los consumidores, además deben realizar intervenciones a los fines de la protección de sus consumidores y del público en general.

Por otra parte, luego de sancionada la LAD, la Cámara de Senadores en el año 2016 dio media sanción a un proyecto de ley de responsabilidad de los ISP que unificaba proyectos previos presentados por la senadora Liliana Fellner (expediente S-1865-15), y el senador Federico Pinedo (Expediente S-942-16) que resulta importante mencionarlo ya que buscó regular la responsabilidad de los ISP para garantizar el derecho a la información y la libertad de expresión, y a su vez los derechos de intimidad, imagen o cualquier otro derecho de las personas que pudiera afectarse en la red. Este proyecto tenía una finalidad loable pero omitió considerar que según su texto los ISP solo resultarían responsables por los contenidos generados por terceros “habiendo sido debidamente notificados de una orden judicial de remoción o bloqueo, omitan dar cumplimiento a la misma en el plazo correspondiente” (art. 4), es decir que dicha orden judicial debería derivar de una acción de amparo promovida para solicitar que se retire, bloquee y/o inhabilite el acceso a estos contenidos, lo que deriva en la vulneración de las normas de

propiedad intelectual y derechos de autor vigentes, que por otra parte también están reconocidos en tratados emitidos por la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI, o WIPO por sus siglas en inglés)¹⁹. En este sentido, la protección que el derecho constitucional otorga a los autores de las obras frente a los abusos, resultaría vulnerada al obligar al autor a recurrir a una acción de amparo para que luego el ISP adquiriera responsabilidad jurídica recién a partir de la notificación judicial, sin siquiera poder el autor reclamar los costos que implico dicha medida cautelar ya que según el texto del proyecto no existe responsabilidad previa por parte del ISP.

Tras ello, también en el año 2016 se avanzó en la creación una Comisión Redactora de la Nueva Ley de Comunicaciones²⁰, que presentó un proyecto de 17 principios que generan una base para el debate de la futura legislación de comunicaciones convergentes. Estos principios buscaron establecer como pilares de la futura ley de telecomunicaciones a la pluralidad, diversidad, acceso a la información, la libertad de expresión, el federalismo y nacionalización de la producción de contenidos y plantean un camino de convergencia de los servicios sobre diferentes redes.

En este orden, aunque aún no se ha presentado una propuesta a medida que solucione los problemas regulatorios que puede tener nuestro país ni que tenga en cuenta la situación social e histórica en la que se propone la nueva legislación, si se tiene en cuenta que la Argentina antes de la LAD era uno de los pocos países que prohibían la competencia de servicios sobre la misma red, la aparición de estos principios parecen dar

¹⁹ Tratado sobre Derecho de Autor de la OMPI. 20/12/1996. <https://biblioteca.ua.es/es/propiedad-intelectual/documentos/legislacion/wct.pdf>

²⁰ La Comisión para la Elaboración del Proyecto de Reforma, Actualización y Unificación de las Leyes 26.522 y 27.078 se creó en el ámbito del ministerio de Comunicaciones con fines de redactar el anteproyecto de una nueva Ley de Comunicaciones, que unificará la LSCA y la LAD.

un gran paso adelante para acompañar el avance de la tecnología, tratando de ordenar la transición desde un régimen de separación de redes y servicios a uno de competencia.

I.4 Antecedentes jurisprudenciales en materia de internet y neutralidad de red.

Como consecuencia del advenimiento de las nuevas tecnologías, comenzó a ponerse de manifiesto la necesidad de los tribunales de tutelar los derechos respecto de prácticas antijurídicas que comenzaron a tener lugar en el ámbito web y en sus contenidos. Por lo que, si bien la jurisprudencia argentina en materia de internet aún resulta escasa, en los últimos tiempos se han sentado precedentes muy valiosos, que hasta el día de hoy se mantienen vigentes. Así, uno de los primeros antecedentes relativos a la protección de derechos personalísimos en internet que vale traer a cuenta es el fallo “Lanata”, en el cual por primera vez se equiparó el correo electrónico con el correo postal en lo que hace a la protección de la privacidad²¹, amparada por el Artículo 18²² de nuestra Constitución Nacional.

En materia de bloqueo de contenidos en internet, se destaca el caso “David Gutiérrez, Pamela c/ Microsoft de Argentina S.A.”²³ en el cual ante una medida cautelar interpuesta por la actora, el juez federal actuante requirió correctamente que, una vez

²¹CAUSA 10389 INT. 6 - "LANATA JORGE S/ DESESTIMACION" – Cam. Nac. Crim y Correc. Cap. Fed. - SALA VI - 04/03/1999 “*el correo electrónico posee características de protección de la privacidad más acentuadas que la inveterada vía postal a la que estábamos acostumbrados, ya que para su funcionamiento se requiere un prestador del servicio, el nombre del usuario y un código de acceso que impide a terceros extraños la intromisión en los datos que a través del mismo pueden emitirse o archivar. Sentadas estas bases preliminares, nada se opone para definir al medio de comunicación electrónico como un verdadero correo en versión actualizada*” eIDial.com - AA4E0.

²² Constitución de la Nación Argentina. Sancionada: 15 de diciembre de 1994. Promulgada: 3 de enero de 1995. “(...) *El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación (...)*”.

²³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal., Sala 3., Dr. Guillermo Alberto Antelo - Dr. Ricardo Gustavo Recondo Dra. Graciela Medina. Fecha: 22/03/2011 - eIDial.com - AF586C -.

individualizados los sitios por la actora, se eliminen las referencias que permitían vincular su nombre a través de los enlaces que permite el buscador de propiedad de la demandada con dichos sitios de contenido pornográfico.

Ahora bien, en los casos en que ha tenido intervención la Corte Suprema de Justicia de la Nación, afianzo la postura que deberían tener los buscadores en internet. Así, nuestro máximo tribunal parece buscar que los motores de búsqueda, en su calidad de intermediarios entre productores de contenidos y usuarios, permanezcan en una posición de neutralidad respecto de los datos que contienen -salvo que estos fueran manifiestamente dañinos-. En ese sentido ha fallado en el caso “Rodríguez, María Belén c/ Google, inc. s/ daños y perjuicios” en el cual rechazó la demanda interpuesta por un modelo contra los buscadores Google y Yahoo tras sostener que los motores de búsqueda sólo pueden juzgarse a partir de la “responsabilidad subjetiva”. En este fallo se destaca la siguiente analogía “Se ha dicho, gráficamente, que responsabilizar a los "buscadores" – como principio– por contenidos que no han creado, equivaldría a sancionar a la biblioteca que, a través de sus ficheros y catálogos, ha permitido la localización de un libro de contenido dañino, so pretexto que habría "facilitado" el daño. Más allá de que la sanción sería injusta, es muy probable que -de seguirse ese criterio "objetivo de responsabilidad-terminarán cerrándose muchas bibliotecas, con gran perjuicio de los lectores (Metropolitan International Schools Ltd. v. Google Inc., Court of Appeal-Queen's Bench Division, Royal Courts of Justice, Strand, London, WC2A 2LL16-07-2009)”.

Los Dres. Lorenzetti y Maqueda expresaron en su disidencia parcial que el hecho de que el buscador tome conocimiento efectivo de que se está causando un perjuicio y, a pesar de ello, no adopte las medidas necesarias para hacer cesar dicha situación lesiva resulta una conducta antijurídica.

Luego, se mantuvo esa posición en el caso “Gimbutas, Carolina Valeria c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”²⁴, en el cual nuestro máximo tribunal rechazó dos demandas que la actora había iniciado contra el buscador: una por vincular su nombre con sitios de internet y otra por la utilización comercial de su imagen. La Corte no le endilgo responsabilidad a Google por indexar las fotografías en su buscador, ya que sostuvo que el servicio se limita a facilitar imágenes al público de internet, pero no las “capta”, ni las “reproduce” ni las “pone en el comercio”, remitiéndose al fallo “María Belén Rodríguez”. Los Dres. Lorenzetti y Maqueda expresaron en su disidencia parcial que el uso de fotografías sin su consentimiento resultaba una invasión de su esfera íntima y ello debía ser reparado.

Por otra parte, en algunos casos se han dictado sentencias con fines de protección de derechos legítimos, pero en las que los medios propuestos para su cumplimiento derivaron en una orden injusta o contraria al derecho por resultar ambigua, Como en el caso de la medida cautelar dictada en “Imagen Satelital SA c/ quien resulte titular del sitio web Cuevana s/ Medidas precautorias”. En este caso el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil número 1, ante un pedido de la parte actora que solicitó se decrete una medida cautelar que ordene a los ISP de Argentina tomar las medidas tendientes para detectar cualquier solicitud que un usuario haga a través del sitio web Cuevana intentando acceder a contenidos de la propiedad intelectual de la actora correspondientes a las series "Falling Skies" y "26 personas para salvar al mundo" y bloquear esos pedidos para que no lleguen a los usuarios. El sentenciante aquí resolvió el pedido ordenando a los ISP a bloquear el acceso de usuarios de Internet al sitio Cuevana cuando estos requieran la reproducción o comunicación de esas obras.

²⁴ eDial.com - AAA18C - Publicado el 13/09/2017.

Este polémico fallo abrió el debate relativo a la eficacia de las medidas que, en su búsqueda de proteger los derechos de autor de las obras -que en principio solo parecen protegerlo de quienes intenten acceder a dichas obras a través del buscador Cuevana, cuando hay cientos de buscadores similares por los cuales se podría llegar a dichos contenidos- atentan contra los derechos de terceros al libre acceso a la información de internet, ya que del texto de la sentencia se interpreta que quien pretenda acceder a esas obras quedaría bloqueado del resto de los contenidos lícitos del sitio Cuevana. En tal sentido, de esta sentencia surge no solo la cuestión que acarrea una exigencia genérica de “bloquear el acceso”, sin especificar ni en lo más mínimo los métodos, sino que lo que se ve más grave es que de su lectura parece emanar una orden a los ISP de controlar a que sitios web acceden sus usuarios para luego bloquear su acceso. Esta supervisión es a todas luces contraria a la libertad de acceso a la información consagrada en la Constitución Nacional, como así también antieconómica ya que el costo de esta supervisión recaería en los ISP, que por lógica se los terminarían trasladando a los usuarios de sus servicios. En este punto se considera un error no haber tomado como espejo la normativa de la Unión Europea que en su Directiva 2000/31 eliminó la obligación de supervisar de manera activa el uso de los datos de sus usuarios, y que fue seguida luego por los tribunales de justicia de la Unión Europea en sus sentencias relativas a requerimientos de supervisión general por parte de los PSI.

Siguiendo con el análisis de dicho fallo, tal lo mencionado en el acápite 1.1, internet en nuestro país pertenece al ámbito de la regulación de la Ley 25.326 de Protección de Datos Personales, por lo que la catalogación de datos que implicaría un proceso de bloqueo previo por parte de los ISPs se traduce en una intromisión en los contenidos a un nivel más profundo que los headers a los cuales refiere la definición legal

de “tratamiento de datos”²⁵, por lo tanto tiene como consecuencia la necesidad de consentimiento de los titulares de estos datos, según el artículo 5 de dicho cuerpo legal. Además, esos archivos deberían inscribirse en la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales²⁶ y cumplir con la obligación de informar previamente a sus titulares en forma expresa²⁷. Así, en función de este breve análisis podemos concluir preliminarmente que este tipo de proyectos y sentencias dictadas deben ser tenidos en cuenta al momento de dictar futuras leyes, a los fines de no generar injusticias en nuestro marco regulatorio ni incurrir en ulteriores violaciones de derechos, ya que regular y sentenciar en materia de internet nos presenta el enorme desafío de que, por más que quien lo haga puede contar con sólidas bases jurídicas e intenciones justas, al final del día podrá incurrir en errores u omisiones derivadas del desconocimiento de los aspectos técnicos de orden informático, por lo que ambos aspectos -jurídico e informático- deben ser considerados al resolver en litigios derivados del uso de internet, y el caso “Cuevana” debe tomarse como un antecedente importantísimo de que el desconocimiento de uno de estos aspectos puede llevar a una resolución que viole derechos amparados por nuestras leyes o por la propia Constitución Nacional.

CAPITULO II

LA NEUTRALIDAD DE LA RED EN LOS DISTINTOS PAISES.

²⁵ Ley 25.326, Artículo 2°: (...) *“Tratamiento de datos: Operaciones y procedimientos sistemáticos, electrónicos o no, que permitan la recolección, conservación, ordenación, almacenamiento, modificación, relacionamiento, evaluación, bloqueo, destrucción, y en general el procesamiento de datos personales, así como también su cesión a terceros a través de comunicaciones, consultas, interconexiones o transferencias”*.

²⁶ Ley 25.326, Artículo 3° — (Archivos de datos – Licitud). *“La formación de archivos de datos será lícita cuando se encuentren debidamente inscriptos, observando en su operación los principios que establece la presente ley y las reglamentaciones que se dicten en su consecuencia”*.

²⁷ Ley 25.326, Artículo 6° — (Información). *“Cuando se recaben datos personales se deberá informar previamente a sus titulares en forma expresa y clara: (...)”*

II.1 Antecedentes. Estados Unidos como pionero.

Con el surgimiento de la internet comercial como industria emergente aparecieron los primeros operadores de internet o “ISPs”. Este desarrollo se dio primero en los Estados Unidos, donde a raíz de la masificación del uso de internet para comunicarse y enviar documentos fue necesario regular estas actividades, que en principio eran provistas por los operadores de telefonía de cable. Estas empresas argumentaban que este servicio no era de telecomunicaciones, por lo que en 2002 el ente regulador de las Telecomunicaciones en los Estados Unidos, la “FCC,” clasificó a las empresas que brindaban servicios de internet como proveedores de servicios de información y, por lo tanto, no sujeto al Título II de la Ley de Telecomunicaciones que regulaba a los servicios de comunicación.

Luego, ante abusos por parte de las empresas, los consumidores comenzaron a organizarse mediante reclamos y acciones colectivas contra diferentes empresas de telefonía y cableras por romper la neutralidad de la red arbitrariamente en perjuicio de sus usuarios. Un caso paradigmático se dio en el año 2005 cuando la empresa Vonage Holdings realizó un reclamo a la compañía Madison River Communications derivado del supuesto bloqueo de esta última de la posibilidad de que sus usuarios realicen llamadas telefónicas -ante el surgimiento de los VoiP (servicios de voz), estos se utilizaron para sustituir a la telefonía tradicional ya que permitían un importante ahorro a los consumidores-. Esto fue resuelto por medio de una sanción menor y al compromiso de desbloqueo de los VoiP por parte de Madison River Communications, a la vez que comenzó un debate en la FCC tras bloqueos por parte de algunos ISP en servicios VoiP que derivaron en el dictado de una “Policy Statement of Open Internet” que incluía cuatro libertades: (i) elección y acceso a contenido legal sin estrangulación o bloqueo; (ii) libre uso de las aplicaciones y contenidos legales; (ii) conexión de cualquier dispositivo a la

red sin límites mientras no la perjudique; (iv) derecho de obtener información del servicio contratado.

Luego, en 2007, la compañía de cable estadounidense Comcast fue demandada por sus suscriptores ya que tomaron conocimiento que eran interferidos en las aplicaciones denominadas *peer to peer* (que permiten el intercambio de archivos entre usuarios). El reclamo se sustentó en la violación por parte de Comcast del derecho de los consumidores del acceso a contenido legal a través de internet (bloqueo de ciertas conexiones). Si bien Comcast alegó haber realizado prácticas de verificación de contenidos intercambiados a través de la red por sus usuarios, se determinó que lo que realizaba eran actividades de bloqueo del uso de la página BitTorrent -una plataforma utilizada para intercambiar archivos de audio y video-. Ante esto, si bien Comcast se defendió indicando que sus actividades se debían a motivos de saturación de su red en algunos horarios, finalmente quedó manifiesto el propósito de afectar la competencia que le significaba BitTorrent en servicios de televisión por cable.

Como resultado, la FCC ordenó a Comcast cesar en su bloqueo fundamentándose en reglas de neutralidad de la red derivadas de la Ley de Comunicaciones de los Estados Unidos. Ahora bien, como los servicios de internet no pertenecían al Título II de esta ley, es decir, no eran clasificados como servicios de telecomunicaciones, Comcast apeló ante la Corte del Distrito de Columbia, que falló a su favor indicando que la FCC no contaba con facultades que permitan regular a los ISPs²⁸. Esto luego daría pie a más demandas de Comcast contra la FCC por causas similares²⁹. Luego en 2010, la FCC realizó un nuevo intento por afirmar una autoridad regulatoria

²⁸Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia. Expediente No. 08-1291 COMCAST CORPORATION c. federal Comunicaciones Comisión y Estados Unidos de América. 6 de abril de 2010. https://www.eff.org/files/comcast_v_fcc_dc_cir_2010.pdf

²⁹ El 1 de agosto de 2012, Comcast demandó a la FCC nuevamente con respecto a una orden para distribuir Tennis Chanel, Golf Chanel y Versus (Comcast Cable v. FCC & USA, No. 12-1337 (D.C. Cir.))

mediante la aprobación de un nuevo reglamento de neutralidad denominado “open internet order”³⁰ que contaba con el apoyo del entonces presidente Obama y de los principales proveedores de contenidos y servicios, pero las empresas comenzaron a criticar sistemáticamente estas reglas argumentando que, al agregar una mayor participación del gobierno en la industria tecnológica, desalentarían la inversión y resultaban violatorias de la Constitución³¹ e interpusieron numerosos reclamos que pretendían desde invalidar las nuevas normativas hasta prohibir a la FCC dictar cualquier tipo de regulación relativa a la internet.

A pesar de lo expuesto, la Corte de Apelaciones del distrito de Washington D.C. le dio una victoria rotunda a la FCC al rechazar una petición presentada por las asociaciones de la industria de telecomunicaciones, cable e inalámbrica junto con AT&T, CenturyLink y varios proveedores más pequeños, tras confirmar que la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos no resultaba obstáculo alguno a las Reglas Abiertas de Internet de la FCC³². Los ISP desafiaron esa decisión y alegaron que no rechazaban las reglas en sí mismas, sino la dramática expansión de la autoridad de la FCC sobre Internet, con regulaciones estrictas y basadas en un cuerpo legal de 1934. Sin embargo, el tribunal de apelaciones dictaminó que la FCC tenía la autoridad adecuada para reclasificar la Internet de banda ancha bajo el Título II de la Ley de Telecomunicaciones.

³⁰ Ver <https://docs.fcc.gov/public/attachments/FCC-10-201A1.pdf> .

³¹ La Primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América indica que “El Congreso no aprobará ninguna ley con respecto al establecimiento de religión alguna, o que prohíba el libre ejercicio de la misma o que coarte la libertad de palabra o de prensa; o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a solicitar del Gobierno la reparación de agravios.” <http://www.lexjuris.com/lexuscon.htm>

³² Fallo en Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, No. 15-1063. UNITED STATES TELECOM ASSOCIATION, ET AL., c. Federal Communications Commission y los Estados Unidos de América. Resolución del 14 de junio de 2016.

Además, el tribunal dictaminó que las regulaciones de internet abierta deberían aplicarse a los servicios de internet tanto fijos como inalámbricos -los operadores inalámbricos habían argumentado que debían permanecer protegidos de las reglas antibloqueo y discriminación, dada la naturaleza única compartida de sus redes, que podrían verse colapsadas más fácilmente que los operadores de internet por cable- lo que significo en términos prácticos que internet se mantendrá como un servicio público amparado en la neutralidad de red, ya que los jueces reiteraron la prohibición de distinguir entre el tráfico de datos. Luego, en 2015 a raíz de una acción conjunta entre el Partido Demócrata, los principales proveedores contenidos y activistas de la internet libre, la directiva FCC15-24A le dio a la FCC potestad legal para regular a los ISP.

Ahora bien, a partir de 2018 y con la llegada de Donald Trump a la presidencia de los Estados Unidos, se ha revocado esta directiva, e internet pasó de ser un servicio del Título II, es decir, de utilidad pública, como la telefonía o el agua potable, a ser un servicio del Título I, y la banda ancha móvil pasó a ser un servicio móvil comercial. Esta modificación implica que los reguladores no poseerán sustento legal que impida a los ISP disponer el bloqueo, priorización de contenidos o cualquier otra práctica que atente contra la neutralidad de la red, pudiendo aquellos disponer de los carriles rápidos y lentos en la red sin poder evitarlo mediante herramientas legales. Así, en un mercado en que la competencia entre los ISPs es bastante reducida, la empresa con más dominio del mercado podrá actuar a su antojo y dominar aún más el sector.

Lamentablemente, aunque las consecuencias de este cambio regulatorio tardarán en verse reflejadas en la práctica, no será fácil revertir estas acciones, aunque se espera que fiscales de los principales centros como Washington y New York interpongan demandas, así como también que se expidan en la Unión Europea, donde hay grandes intereses económicos, ya que, al tener Estados Unidos una importante influencia en el

ámbito digital mundial, a largo plazo los efectos de estas decisiones podrían trascender a otros países.

II.2. Neutralidad de la Red en el debate internacional.

En este acápite se analizará la situación de las redes en algunos países a los fines de sacar conclusiones de sus experiencias. En ese orden, si bien la necesidad de cada mercado es diferente, en el plano internacional la discusión sobre la neutralidad de la red se ha extendido a las políticas públicas de cada estado relativas a las telecomunicaciones, pero también en lo que hace a la libertad de expresión y de obtención de información, entendiéndose que la neutralidad de la red maximiza el valor de internet para la sociedad en general.

En el caso de Portugal, si bien se aplica la neutralidad de la red, no se regula lo que se denomina la “tasa cero” o “Zero Rating” (explicada más acabadamente en el acápite II.5), es decir que se pueden ofrecer a los consumidores contratos en los cuales ciertas aplicaciones o páginas de internet no consumirán datos del paquete contratado. En este caso, el proveedor aplica tarifas diferenciadas según qué tipo de aplicaciones el usuario busca priorizar (por ejemplo, redes sociales, mensajería, videos, etc.)³³.

Así, estas prácticas son consideradas en Portugal como una estrategia comercial exitosa avalada desde lo regulatorio, siempre que el ISP no ralentice los datos de otras fuentes ³⁴ pero en países menos desarrollados, como por ejemplo Guatemala, -donde la neutralidad de la red se encuentra regulada de forma muy laxa- el negocio esta

³³ <https://www.theverge.com/2017/11/22/16691506/portugal-meo-internet-packages-net-neutrality-ajit-pai-plan>

³⁴ Esto, en definitiva, también se practica en Estados Unidos, ya que por ejemplo allí, los clientes de la empresa AT&T-propiedad de Directv- puede ver gratuitamente sus contenidos.

desvirtuado y desordenado y las empresas ofrecen paquetes con acceso a una sola aplicación pero luego en la práctica los usuarios intercambian tarjetas GSM “chips” y los colocan en los equipos celulares según su necesidad.

Merece un análisis el caso de Australia, ya que resulta realmente curioso. Allí, si bien no existen leyes que protejan la Neutralidad de Red -lo cual resulta en que la Tasa Cero se encuentre muy extendida en el país-, en los hechos la neutralidad está protegida por las fuertes leyes de Protección al Consumidor que prohíben la ralentización y bloqueo a contenidos, sumado a la gran cantidad de competidores que hay en la industria.³⁵

Finalmente, hare una breve referencia a la situación en España, donde quien resulta responsable de aplicar las normas de neutralidad de red no es un organismo regulador independiente sino el propio Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital. Allí, por el momento la neutralidad de red no goza de muchas menciones en la legislación ya que no hay una regulación específica y concreta, limitándose a una mención -bajo la denominación de internet abierto- en la ley de telecomunicaciones española.³⁶

Como conclusión, debe tenerse en cuenta que, si bien la neutralidad de la red es un concepto globalmente aceptado, cuando se comparan países heterogéneos las diferencias se generan en cuanto a la extensión que debe tener este principio rector ya que la gestión del tráfico de datos siempre va a implicar cierto tipo de intervención por parte del ISP -por ejemplo, para asegurar la velocidad de navegación, la seguridad de los datos,

³⁵ actualmente en Australia existen más de 60 ISPs.

³⁶ Artículo 3 apartado J Ley General de Telecomunicación Española: *“defender los intereses de los usuarios, asegurando su derecho al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas en condiciones adecuadas de elección, precio y buena calidad, promoviendo la capacidad de los usuarios finales para acceder y distribuir la información o utilizar las aplicaciones y los servicios de su elección, en particular a través de un acceso abierto a Internet. En la prestación de estos servicios deben salvaguardarse los imperativos constitucionales de no discriminación, de respeto a los derechos al honor y a la intimidad, la protección a la juventud y a la infancia, la protección de los datos personales y el secreto en las comunicaciones”*.

entre otras cosas-, pero lo que se discute desde el punto de vista jurídico es en qué casos esta intervención cruza el límite de la libertad y democracia de la internet libre y abierta.

A mi entender, una legislación adecuada debe complementar la legislación de defensa de la competencia y de protección al consumidor, así como también garantizar cierta neutralidad de la red para evitar dejar la protección de estas libertades de los usuarios atada a la competencia comercial, ya que esto es riesgoso y tiende a generar abusos por parte de las empresas proveedoras, e incluso también de los propios gobiernos -en especial en países con menos recursos de fiscalización por parte de las entidades públicas-. Por otra parte, una legislación que fomente la inversión en infraestructura para una internet más rápida y más accesible y que genere incentivos a empresas para ofrecer sus productos y servicios a través de internet puede abrir una industria con infinitas posibilidades de crecimiento. Ahora bien, dicha regulación siempre debe tener en cuenta derechos fundamentales como lo son el derecho a la intimidad y el derecho a manifestarse libremente. Además, debe protegerse a la sociedad de prácticas antidemocráticas extendidas al mundo digital, como la sucedida en Canadá, donde en 2005 la empresa Telus bloqueó accesos a la web de un sindicato que convocaba a una huelga contra dicha firma³⁷, además de casos de censura ocurridos en China, entre otros.

II.2.2 América Latina. Chile como impulsor.

En América del Sur, el primer país que, en agosto del año 2010, adoptó por ley reglas relativas a la neutralidad de la red fue Chile. Por su parecido normativo, se podría desprender que se basó en la redacción de su regulación en la experiencia estadounidense,

³⁷ <https://www.nytimes.com/2005/08/01/business/worldbusiness/a-canadian-telecoms-labor-dispute-leads-to-blocked.html>

ya que ambas se basan en principios de transparencia, prohibición de bloqueo y no discriminación y establecen una protección del consumidor, obligando a los ISPs a informarles determinadas cuestiones como calidad y velocidad del servicio, así como también brindando incentivos para que nuevos competidores con proyectos digitales puedan asentarse en el mercado digital sin sentirse en inferioridad al competir con grandes empresas que ya se encuentran en una situación sólida.

Debe tenerse en cuenta que Chile detenta un mercado en expansión, con servicios de telecomunicaciones otorgados solo por empresas privadas, donde el estado solo ocupa un rol fiscalizador, por lo que no hubo mayores conflictos al promoverse la neutralidad de la red ya que sus reglas no fueron adoptadas como respuesta a una gran cantidad de situaciones de abuso de los ISPs, sino con el objeto de incentivar a las empresas a generar buenas prácticas comerciales con sus consumidores y a gestionar el tráfico en sus redes en un marco de igualdad, sin arbitrariedades ni discriminación.³⁸

Así, su Ley 20.453 que consagra el principio de neutralidad en la red para los usuarios de internet, autoriza a los ISPs a mantener la administración del tráfico en sus redes, pero prohíbe que esta gestión sea discriminatoria o atente contra la libre competencia. Además, se agregó a la Ley de Telecomunicaciones de Chile el artículo 24 H)³⁹, con un texto similar al que terminaría siendo redactado en los artículos 56 y 57 de

³⁸ Artículo 24 H a) de la Ley 18.168 de la República de Chile 2do párrafo: “...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.” Publicada: 2 de octubre de 1982. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=29591>.

Dicho artículo, en su inciso 1 indica: “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”

³⁹ Artículo 24 H a) de la Ley 18.168 de la República de Chile: “Los proveedores de acceso a Internet serán aquellas personas jurídicas que presten servicios comerciales de conectividad entre usuarios finales o redes de terceros e Internet y estarán sujetos a las siguientes disposiciones: a) No podrán arbitrariamente bloquear, interferir, discriminar, entorpecer ni restringir el derecho de cualquier usuario de Internet para

la LAD. Esto en nada sorprende, teniendo en cuenta que en la redacción de la LAD se tomó como base lo regulado en el país vecino.

Luego, en 2011 fue Colombia⁴⁰, y más tarde Brasil -en 2014 y luego por un decreto reglamentario en 2016- y México, por medio de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión.

CAPITULO III

EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD DE LA RED Y LA PRACTICA EMPRESARIAL

III.1. Tasa Cero o Zero Rating.

A raíz del crecimiento exponencial del mercado de telecomunicaciones, en la actualidad la amenaza más frecuente es la temática del Zero Rating o Tasa Cero, que si bien puede verse justificada en determinados casos (p. ej., la gratuidad de los llamados o accesos a contactarse con policía, bomberos, etc.) tiene su contracara en los casos en los cuales los ISP puedan decidir no cobrar por navegar en determinada aplicación comercial con fines de promoción de aquella o utilizando discriminación negativa -es decir, que estas aplicaciones no les consuman datos del paquete contratado-.

La Tasa Cero es considerada “una práctica comercial por los proveedores de internet que consiste en eximir al cliente o usuario de la cobranza por el tráfico de datos relativos a determinados sitios y aplicaciones de internet”⁴¹. Ahora bien, esta práctica,

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...”

⁴⁰ Artículo 56 de la ley 1450 y Resolución 3502 de la Republica de Colombia, ambas del año 2011.

⁴¹Rossini, C. & Moore T. (2015). Desafíos en la exploración de la Tasa Cero: Visiones de cinco países. Washington, DC: <https://www.publicknowledge.org/documents/exploring-zero-rating-challenges-views-from-five-countries>

que resulta controvertida para parte de la doctrina, también tiene sus defensores, quienes sostienen que promueve la eficiencia económica, incentiva la inversión en infraestructura y le da posibilidades de acceso a internet a mayor cantidad de personas. Otro argumento a favor de aceptar a la Tasa Cero como estrategia comercial válida argumenta que esto no modifica de manera sustancial la forma de utilizar las redes. Es el caso del experto en redes sociales Clay Shirky, quien rechaza la teoría de que los consumidores con acceso a contenidos con Tasa Cero tienden a usar mucho ese contenido y entiende que este uso mayor se da porque las aplicaciones que logran ser promocionadas a Tasa Cero en primer lugar son las más usadas, y cuya popularidad es anterior a la oferta "...los ecosistemas de Internet se caracterizan por efectos de red y una distribución de usuarios en la cual el ganador se lleva todo, con las aplicaciones más frecuentadas disfrutando de un abrumador dominio en el mercado. Así, el consumo de datos libres puede reflejar estas concentraciones, pero de ninguna manera esta ha demostrado que las cree"⁴² Así, podemos observar que las teorías que apoyan a la Tasa Cero como válida y no violatoria del principio de neutralidad de la red se basan en el concepto de que los servicios que ya son dominantes en el mercado no ven un estímulo en el hecho de que se puedan usar sin consumir datos, pero sí representa un beneficio para los usuarios.

Por otro lado, quienes se oponen a estas prácticas las presentan como una forma de discriminación anticompetitiva que atenta contra el mismo espíritu del principio de neutralidad de la red, ya que, en la práctica, la aplicación de la Tasa Cero causa el mismo efecto que se busca evitar con este principio, que es impedir que los ISP prioricen contenidos en sus redes. Además, viola la defensa de la competencia ya que modifica el comportamiento de los usuarios, presionándolos indirectamente a elegir servicios que no

⁴² Clay Shirky, Power Laws, Weblogs, and Inequality, CLAY SHIRKY'S WRITINGS ABOUT THE INTERNET (Feb. 8, 2003), http://www.shirky.com/writings/powerlaw_weblog.html

descuentan datos del plan contratado y los incentiva a usar productos que tienen una posición dominante.

Como conclusión, puede observarse claramente que las posturas que tienden a legitimar estas prácticas tienen un punto de vista claramente comercial, por el contrario, las que la cuestionan la Tasa Cero lo hacen desde un sustento con más tendencia jurídica, y sobre la base de que genera una barrera invisible para las aplicaciones que busquen competir con aquellas que integran este beneficio. Así, si bien todas estas posturas son válidas, lo cierto es que a los fines de su regulación no basta solo con crear un marco normativo que prohíba estas prácticas, sino que esto debe complementarse con una autoridad de aplicación proactiva sumado a políticas públicas complementarias.

III.1.2 Tasa Cero en Argentina.

De una lectura de los artículos 56 y 57 se puede interpretar que la LAD prohíbe prácticas como la Tasa Cero de forma ex ante, es decir, anticipándose a la prohibición de la conducta -contrariamente a lo que sucede en Estados Unidos, donde la autoridad analiza caso por caso las conductas contrarias a los principios de neutralidad de red-. Ahora bien, a pesar de esta prohibición, en la práctica, las empresas de telefonía celular ofrecen a sus usuarios paquetes con promociones de uso de aplicaciones de mensajería sin consumir datos indicando literalmente “WhatsApp gratis”. Sabido es que esta práctica resulta, en principio, una ventaja importantísima para el consumidor que constantemente se comunica utilizando esta aplicación. Ahora bien, este ahorro, que hoy en día no posee mayores consecuencias ante los tribunales dada la ausencia de protección práctica en Argentina de la neutralidad de la red, resulta muy peligroso en el futuro, ya que puede constituirse en la primera semilla para la pérdida total de la neutralidad de red el día de

mañana. El motivo es que la Tasa Cero resulta una conducta sumamente lesiva, ya que, la pregunta que se haría cualquier emprendedor que decidiera lanzar un servicio de mensajería a través de una aplicación móvil que busque competir con WhatsApp, aunque este posea mejores prestaciones y servicios, sería: ¿cómo podría ingresar a un mercado donde WhatsApp goza de un beneficio por el cual los megas consumidos en su aplicación no sean contabilizados? Ahora bien, ante este beneficio -que no puede ser superado de ninguna manera ya que el servicio es gratis, sin consumo-, nadie se aventuraría a competir con WhatsApp, aun cuando se ofrezca mejores servicios.

En síntesis, esta estrategia de “WhatsApp gratis” es lisa y llanamente una práctica de Tasa Cero incompatible con los arts. 56 y 57 de la LAD por atentar directamente con la neutralidad de red. En ese punto, el inciso b) del art. 57 debe interpretarse de manera amplia, es decir, no solo dirigido a que los proveedores no puedan cobrar cargos extra para consumir ciertos contenidos (p.ej. para mirar videos en YouTube), sino también aplicarlo a la discriminación positiva, como lo es el hecho de ofrecer determinado servicio sin costo alguno para el consumidor perjudicando la competencia.

Como conclusión, observando que si bien nuestra legislación prohíbe expresamente favorecer servicios en particular, ENACOM hasta el momento se abstuvo de expedirse, se podría desprender que, más que una falta de fiscalización de parte del ente, se trata de una dilación estratégica puramente comercial ya que en Argentina más del 90% de los usuarios utiliza el servicio de mensajería WhatsApp, por lo que esta práctica fideliza a los clientes de las empresas de telefonía que les brindan este beneficio, lo cual en un principio parecería resultar en una ganancia para todas las partes involucradas pero en realidad resulta una práctica incluso más dañina per sé que la propia ausencia de neutralidad ya que, si bien comercialmente el Zero Rating resulta una

estrategia para publicitar una aplicación propia o de un socio comercial, también implica un “jardín vallado” para otros servicios que compitan en el mercado, los cuales ven menoscabada su posibilidad de tener las mismas reglas de juego, es decir, competir de igual a igual, en este caso, con WhatsApp.

III.2 Throttling

Se define así al “estrangulamiento de ancho de banda” o ralentización intencional del servicio de internet por parte del ISP, o en otras palabras limitar cuanto rápido una persona puede navegar en la web. Si esta práctica se produce como reacción del ISP para regular el tráfico de las redes y minimizar la congestión, en principio es considerado legal, pero estas actividades benefician en poco y nada a los usuarios, quienes buscan navegar lo más rápido posible por internet y de forma libre. Por otro lado, lo que si hacen estas prácticas es beneficiar cuantiosamente a las empresas ya que, a través del throttling un ISP puede reducir la congestión en sus redes y la cantidad de datos que se tienen que procesar a la vez, evitando la necesidad de comprar equipos más eficientes para poder absorber la demanda de tráfico de sus clientes. Otra razón es para incentivar a sus clientes a pagar un fee más caro para tener un límite mayor de banda o para limitar la velocidad de navegación cuando el usuario alcanza el límite de los datos contratados. Debido a que estas prácticas pueden ser vinculadas con un servicio deficiente por los usuarios, en la actualidad son consideradas un arma de doble filo para los ISP, motivo por el cual esta práctica ha mutado por otra denominada capping, que implica agregar anuncios publicitarios en la navegación.

El throttling viola la neutralidad de red cuando se utiliza para: (i) discriminar la velocidad de navegación de una página respecto de otras arbitrariamente o; (ii) cuando se

utiliza de una manera "engañosa o injusta" -por ejemplo, llamando a un plan "ilimitado" y luego limitando los datos de los usuarios-, por lo que si bien internacionalmente se ha entendido la importancia de combatir el throttling ilegal, muchos países se encuentran en un dilema respecto del límite entre la protección de los consumidores y el resguardo de los ISP, ya que estos últimos realizan cuantiosas inversiones en infraestructura para sostener la demanda de los usuarios y para agregar mayor efectividad en sus servicios de acceso a internet.

En el caso de Estados Unidos, la FCC ha intentado resolver este tema mediante el dictado de las Reglas Bright Line o Reglas de Neutralidad de Internet, que son normas o estándares compuestas de factores objetivos que dejan mínimo margen de interpretación. Las reglas aplicadas a los ISP fueron (i) no bloqueo del acceso a contenido legal, aplicaciones, servicios o dispositivos no dañinos; (ii) no estrangulamiento del tráfico legal de Internet sobre la base de contenido, aplicaciones, servicios o dispositivos no dañinos y (iii) No prioridad paga, es decir, favorecer cierto tráfico legal de Internet sobre otro tráfico legal a cambio de remuneración "carriles rápidos".

CAPITULO IV

LAS PLATAFORMAS OVER THE TOP. CUESTIONES A RESOLVER

IV.1. Significado de su presencia en el mercado.

Es indudable que internet potencio la difusión y acceso de contenidos para los habitantes de todo el planeta, incorporando servicios y actores que, con espíritu emprendedor, generaron nuevos modelos de empresas que ofrecen nuevos servicios diferentes a los ofrecidos por las empresas tradicionales de comunicaciones y transmisión de información. De esta manera, comenzaron a ofrecerse productos y servicios a través

de plataformas en línea que ponen a disposición de los usuarios mensajería, audios, videos, entre otros, a partir de lo cual el consumidor puede interactuar con el contenido, lo que le otorga al usuario un rol totalmente activo respecto de los servicios de telecomunicaciones tradicionales, en los cuales el consumidor dependía enteramente de lo que ofrecían las empresas. Así, se comenzó a denominar Over the Top a estos servicios en los cuales a través de una inscripción el usuario accede a diferentes servicios personalizados entre los que puede luego elegir contenidos, o contar con mayores opciones para contratar transportes, alojamientos, y los más diversos productos y servicios en un mercado en continua expansión.

Si bien el término OTT se usa para categorizar los servicios descritos, no hay consenso al respecto dado que su definición no es unívoca. A mi criterio, la definición más exacta sería que es “el contenido, servicio o aplicación que es provisto al usuario final en la internet abierta”⁴³. El punto en común de estas plataformas es que se sitúan por sobre la estructura de un proveedor de internet o ISP, y proveen servicios a demanda, generalmente por medio de la introducción de un usuario y contraseña. Su dependencia del servicio de internet para cumplir con sus objetivos es total. Por lo tanto, el funcionamiento de las OTTs involucra necesariamente tres partes complementarias: (i) fabricantes de equipos (computadora, celulares, etc.); (ii) PSI y; (iii) proveedores OTT.

⁴³ Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas.

Pese a que el surgimiento de estas plataformas es muy reciente (Skype inició en 2003 y Netflix lanzó sus transmisiones vía streaming en 2007 en los Estados Unidos), estos servicios gozan de un papel muy relevante en el mercado ya que en EE. UU. siete de cada diez personas acceden a videos a través de OTTs. La Ciudad de Buenos Aires por su parte, en 2018 ocupó 502.801 plazas en 110.273 ofertas de alquiler temporario por Airbnb, mientras que unas 432.562 plazas se ocuparon en 5.825 alojamientos hoteleros registrados⁴⁴, lo que muestra que la aplicación de alojamiento ha tenido más demandas que todo el mercado de hotelería tradicional en conjunto.

IV.2. Situación actual de las OTT en Argentina.

En Argentina no están regulados específicamente los servicios OTT. La LAD, como se ha dicho, regula las telecomunicaciones y sus recursos asociados en su artículo 2, que establece que sus disposiciones tienen por fin “(...) reconocer a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) como un factor preponderante en la independencia tecnológica y productiva de nuestra Nación (...), pero también se desprende que no abarca los OTT ya que excluye explícitamente en su artículo primero “(...) cualquier tipo de regulación de los contenidos, cualquiera fuere su medio de transmisión.” Si bien luego se ha intentado avanzar a los fines de generar un marco regulatorio moderno y plural que contemple las nuevas tecnologías⁴⁵, por ahora, lo más cercano ha sido el dictado de unos principios que guiaran el proyecto de ley, que podrían contemplar ciertos aspectos de registro vinculados a las OTT y el Decreto N° 1340/2016, que si bien no hace referencia a las OTTs, se ocupó de establecer normas para alcanzar una mayor convergencia, así como mejores condiciones de competencia de redes y

⁴⁴ Datos recabados por la Federación Empresarial Hotelera Gastronómica de la República Argentina <https://www.ahrcc.org.ar/informacion/10070#>

⁴⁵ ENACOM creó en su momento una comisión para la “Elaboración del Proyecto de Reforma, Actualización y Unificación de la LAD y LSCA”

servicios, además de promover el despliegue de redes y la penetración del acceso a internet de banda ancha en todo el territorio nacional. Esto es un gran paso ya que lo que en definitiva permite unificar la prestación de todos los servicios en una única categoría es la convergencia.

Este decreto 1340/2016 comienza con una mención al Decreto 267/2015⁴⁶ reconociendo la necesidad de una nueva reglamentación de las LAD y LSCA para incentivar a los ISP a alcanzar un mayor grado de convergencia de redes y servicios en condiciones de competencia, así como también ratifica el compromiso de que las empresas mejoren la calidad y cantidad de las comunicaciones móviles. Además, posee cuatro puntos fundamentales: (i) intenta generar mejores condiciones de competencia con fines del ingreso de nuevos operadores de telefonía móvil al mercado; (ii) permite a las compañías de televisión satelital brindar internet satelital, siempre que cumplan con los permisos requeridos; (iii) fomenta inversiones en nuevas tecnologías para avanzar en la convergencia de medios; (iv) busca ampliar la protección de los usuarios respecto de conductas anticompetitivas promoviendo la realización de acuerdos para fijar condiciones técnicas, económicas y legales no discriminatorios por parte de los ISP que creen barreras de acceso a nuevos competidores.

Como corolario vale decir que, más allá de lo eminentemente regulatorio, en Argentina y en el mundo, el arribo de las plataformas OTT ha generado gran discordia en diversos ámbitos que exceden el presente trabajo. De esta manera, servicios como Netflix, HBO Live, entre otros, generaron que la discusión ya no solo fuera sobre la conveniencia de regularlos, sino también el tipo de regulación aplicable, el ámbito territorial y el

⁴⁶ 2do párrafo Decreto 1340/2016 "(..) el PEN dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 267 del 29 de diciembre de 2015 a los efectos de proceder a la modificación de diversos aspectos de las Leyes Nros. 26.522 y 27.078, pues esos instrumentos regulatorios no contemplaron elementos fundamentales de la realidad actual de la industria de los medios y las telecomunicaciones, generando distorsiones en la competencia, costos significativos para el interés general y perjuicios para los usuarios y consumidores".

método para que pueda haber una competencia justa entre los servicios ofrecidos por las plataformas OTT y los ofrecidos por los ISPs. Las plataformas OTT generaron también una disrupción por la dificultad que presenta de gravación de impuestos a sus servicios, generando un fuerte cimbronazo en el ámbito jurisdiccional impositivo, ya que, como es característica de estas plataformas, la mayoría de las empresas detrás de ellas son extranjeras, por lo que generan mínimos o nulos aportes a las economías locales de las cuales captan clientes constantemente. Estas empresas tampoco pueden ser fácilmente alcanzadas por las normas sectoriales o gremiales de dichos países, cuyas legislaciones versan sobre contenidos, impuestos y demás cuestiones, pero están orientadas únicamente a ser aplicadas a servicios tradicionales. Argentina por su parte lo intento contener mediante la aprobación de la ley 27.430 en 2017, por la cual comenzó a aplicarse a los proveedores OTT que ofrecen servicios fuera del país, con contenidos consumidos en Argentina, el impuesto al valor agregado del 21%, aunque al día de hoy aún resulta de difícil implementación práctica.



IV.3. Argumentos relativos a la regulación de las OTTs.

Es sabido que actualmente los servicios a través de internet, aplicaciones, mensajería, etc. se están expandiendo rápidamente debido a que la barrera de entrada resulta considerablemente más baja que el caso de los ISPs, los cuales deben cumplir con licencias y obligaciones regulatorias, que resultan ampliamente excluyentes, además de la alta inversión que conllevan. Esto ha generado una discusión internacional en relación a su regulación ya que la mayoría de los ISP han reaccionado exigiendo que las empresas que explotan servicios OTT sean reguladas de la misma manera que los servicios de provisión de internet.

A continuación, se enumeran los argumentos a favor y en contra de su regulación. Se debe considerar que cada país posee su propio marco regulatorio para las empresas de internet y tecnología, por lo que, más allá de la naturaleza global de esta industria, su conveniencia regulatoria debería considerarse teniendo en cuenta las circunstancias locales,

IV.3.1. Argumentos a favor.

Las corrientes más conservadoras asimilan a las empresas que explotan plataformas OTT con los ISPs, indicando que debería balancearse la situación regulatoria de ambas industrias. Los tres principales argumentos a favor de la regulación son los siguientes:

1. Las aplicaciones OTT resultan “free riders” respecto de los ISP. Es decir, que se ‘suben’ a los servicios que ofrecen los ISP, pero no comparten costos, ya que no les pagan a los ISP por usar sus redes, módems y cableado, de esta forma los OTT utilizan la infraestructura colocada por las empresas tradicionales de comunicación, sin realizar acuerdo con ellas ni aporte alguno, teniendo un impacto negativo en estas últimas. Esta teoría indica que se debe lograr una regulación que equilibre las condiciones de juego y que los ISP deberían crear carriles rápidos para el tráfico de algunos datos a cambio de un precio o tarifa por parte del proveedor OTT. “El argumento del ‘free rider’ se basa en la noción de que todos los proveedores de OTT deben usar operadores de redes para prestar sus servicios. Particularmente, está confirmado que, a medida que los OTT se vuelven más intensivos en ancho de banda, fuerzan cada vez más la infraestructura de red, lo que requiere el aumento de la capacidad de la red por parte de los operadores, lo cual es costoso. Los defensores sostienen que los

proveedores OTT no contribuyen directamente a los costos de las actualizaciones o la construcción, pero cosechan los beneficios de las inversiones de los operadores, por lo que los OTT ellos son ‘free riders’ en las redes de los operadores. Para remediar este problema, los partidarios del costo compartido afirman que deben desarrollarse mecanismos para que los proveedores de OTT puedan compensar directamente a los operadores por actualizaciones necesarias.”⁴⁷

2. Necesidad de neutralidad regulatoria “mismo servicio, mismas reglas”.

Este argumento es usado por quienes ven a las aplicaciones OTT como competencia directa de los servicios de comunicación tradicionales -en particular los que ofrecen servicios de comunicación y VoIP- e indican que se debe nivelar la competencia mediante un paraguas regulatorio que nivele el campo de juego entre ambas industrias.

3. Desincentivo de inversión en infraestructura e innovación por parte de los ISP. Este argumento indica que no regular a quienes exploten servicios OTT acarrea un impacto económico negativo en los operadores y que congela la expansión de la internet en todo el mundo, en especial en zonas menos accesibles.

IV.3.2. Argumentos en contra.

En la Asia Internet Coalition, Smart Regulation for OTT Growth se han rebatido los tres argumentos principales de quienes sostienen la necesidad de regular las OTT de la siguiente manera:

1. La regulación no es necesaria para “nivelar el campo de juego” entre los ISP y quienes explotan servicios OTT -por la supuesta ventaja injusta de mercado de

⁴⁷ Asia Internet Coalition, Smart Regulation for OTT Growth, octubre de 2015. Ref: https://aicasia.org/wp-content/uploads/2015/10/AIC-White-Paper-on-OTT_Final2.pdf

estas últimas al no pagar tasas ni impuestos, ni serles requeridos un determinado nivel de calidad de servicio-. Ello, debido a que (i) las plataformas OTT no ofrecen el mismo servicio que los operadores tradicionales; (ii) no controlan infraestructura crítica; (iii) enfrentan un mercado más propenso a la competencia que los servicios de comunicación tradicionales, siendo que además estos se ofrecen según la regulación y por empresas asentadas en los países donde se desarrolla el servicio, y no globalmente como el caso de las OTTs.

Esta teoría concluye que si lo que se busca es nivelar el campo de juego para promover inversiones, la solución no parece ser agregar regulaciones a las plataformas OTT, sino que, por el contrario, debería flexibilizarse la regulación a los proveedores de servicios de TIC tradicionales para lograr una mejor simbiosis entre ambos extremos. Ya que, de la otra forma, con los costos de ingreso que hoy tienen las empresas de telefonía tradicional, las start ups no podrían ingresar al mercado.

2. Las OTTs no son “free riders”; este argumento ha sido rebatido alegando que es inexacto ya que quienes brindan servicios en plataformas OTT invierten enormes sumas en otros tipos de infraestructura, como lo son centros de datos, cables submarinos y servidores para transporte de datos de manera más económica y eficiente, estas erogaciones contribuyen al crecimiento de los ISPs, ya que estos cobran a sus usuarios en función de su uso de datos, generalmente en un sistema escalonado basado en la velocidad y/o cantidad de datos utilizados cada mes, datos que muchas veces son consumidos en plataformas OTT.

3. Los servicios OTT no impactan negativamente en el mercado de los servicios de comunicación tradicional, esta postura se defiende por evidencia que muestra que estas empresas siguen en crecimiento e incluso que los ISP están entrando

cada vez más frecuentemente en el negocio de los proveedores OTT ofreciendo servicios en competencia.

IV.4. Consideraciones finales sobre las plataformas OTT.

Habiendo enumerado en los párrafos precedentes los argumentos que sustentan cada postura, se debe reconocer a las plataformas OTT como un enorme elemento de valor agregado a la internet, que permite el contenido personalizado de servicios y la comunicación accesible entre personas de diferentes partes del mundo, por lo que imponerles a estos servicios regulaciones de la telefonía tradicional, caracterizada por las enormes barreras de entrada, cambiaría su naturaleza competitiva, que es su mayor valor ya que, mientras la mayoría de los países posee un número pequeño de empresas ofreciendo servicios de internet y banda ancha, el mercado de las plataformas OTT, por el contrario, es mucho más dinámico y brinda precios mucho más accesibles a sus consumidores.

De lo expuesto puede observarse que quienes sostienen que la actividad de los proveedores OTT no debería regularse fundamentan su opinión en que estas aplicaciones son un elemento fundamental en la cadena de valores de la internet y su innovación genera una internet más rica, estimulando el consumo de los servicios de banda ancha ofrecidos por los ISPs, por lo que imponer regulación adicional no solo desincentivaría la inversión, sino que además podría generar nuevas reglas ambiguas o innecesarias en los diferentes países que haría muy difícil su aplicación jurisdiccional, ya que la internet es global y no tiene límites territoriales, por lo que ni las propias empresas que explotan los servicios OTT tienen control total de quienes acceden a sus contenidos -p.ej. en países donde internet es libre cualquier persona puede acceder solamente contratando un plan de datos-

. De esta manera, controlar esta situación generaría un altísimo costo para monitorear o limitar accesos.

Así, una eventual regulación nacional de las plataformas OTT no podría ser efectivamente aplicada en un servicio meramente extraterritorial en el cual los proveedores en la mayoría de los casos ni siquiera tienen presencia física en el país donde se consume el servicio ni tampoco control sobre quien accede a sus servicios. Por lo que para que los servicios OTT puedan caer sobre alguna jurisdicción, la empresa que los provee debería tener mínimamente, servers instalados en su territorio para su monitoreo -lo cual sería un costo enorme para el proveedor y terminaría eliminando el acceso de los usuarios a muchos servicios- además de los ya mencionados costos de revisión regulatoria y compliance de cada territorio donde el proveedor quiera brindar servicios, lo que hace impracticable a la industria. De hecho, por su naturaleza global, su regulación en un país en particular podría iniciar una disputa con otros países que, para proteger a sus propios operadores, cree barreras a la competencia y destruya la innovación en el área.

En síntesis, si bien quienes exploten plataformas OTT deben cumplir con las correspondientes normas tributarias, societarias, y las que correspondan por su actividad empresarial, toda normativa adicional que pretenda equipararlas a las ISP amenaza su globalidad, fragmentándoles el acceso al mercado e imponiéndoles cargas de imposible cumplimiento a quienes deseen ingresar al mercado y que implican llevar un monitoreo a empresas globales que ni siquiera en la mayoría de los casos cuentan con representación en esos países, si es que dicha regulación pudiera siquiera aplicarse.

Además, someter a todos los potenciales proveedores OTT a licencias y obligaciones regulatorias requiere un monitoreo estricto incluso del acceso de internet que no solo es de un costo altísimo para el estado, sino que, en Argentina, implica la

violación de derechos constitucionales de los usuarios de internet, como al Artículo 13 y 19 de nuestra Constitución Nacional en cuanto a la libertad de expresión y actos privados.

Como conclusión, la necesidad o no de regulación debería verse desde un punto de vista comercial, pero considerando el resguardo de derechos básicos como la libertad de las personas, privacidad, etc. En tal sentido, se entiende que pretender que quienes explotan plataformas OTT compartan costos con los ISPs u obligarlos a hacer contratos con aquellos para asegurarles que los usuarios de internet accedan a sus servicios a mayor velocidad, en lugar de incentivar a la inversión la desalentaría, ya que frente a ausencia de acuerdos entre las partes se daría el caso de que los ISPs denieguen a sus usuarios acceso a aplicaciones ya instaladas en el mercado, como podrían ser las de mensajería (WhatsApp, Skype etc.). Además, derivaría en costos de ingreso al mercado que hagan imposible la participación de nuevos jugadores, esto en definitiva terminaría impactando en un menor consumo de datos de los usuarios e incluso reduciría los ingresos de los ISP e impediría futuras inversiones en el sector.



CAPÍTULO V

ANÁLISIS ECONOMICO DEL DERECHO RESPECTO DEL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD DE RED

V.1. El Principio de neutralidad de la red desde la óptica del análisis económico del derecho.

Con miras a tratar de equilibrar la actividad de los ISP en su posición empresaria con los derechos de los usuarios, ya sea como consumidores, a obtener un servicio adecuado, y como sujetos de derecho, a proteger su privacidad y acceso al servicio

universal de la red de redes, se busca realizar un análisis desde el punto de vista de la economía del derecho, ya que, si bien es el derecho el que debe regular el comportamiento de los ISP para evitar abusos por parte de las empresas, un exceso en la regulación implicaría consecuencias igualmente graves que la desregulación en esta materia, ya que si el empresariado no encuentra incentivos en la inversión en internet y tecnología, no hay industria viable.

Para entender este análisis habrá que tomar conceptos como el de equilibrio, conceptualizado desde una óptica económica que, según Pareto, es "...una situación tal que los individuos consumidores y todos los agentes productores y oferentes se encuentran en el punto en el que no pueden mejorar su utilidad sin perjudicar la del otro..." (p.). Es decir, la búsqueda de una noción mínima de eficiencia, o el mejor uso de los medios para alcanzar un objetivo predeterminado -se habla de estar en la frontera de eficiencia cuando se maximiza el valor de un costo dado, siempre que lo producido tenga demanda en el mercado. y el de equidad, ya que al ser el aspecto legislativo una decisión pública, también deberá tener en cuenta esta arista, que puede modificar la variable de eficiencia en la búsqueda de que una persona o grupo de personas este mejor a costa de que otras personas o grupos de personas estén peor (por ejemplo, aplicando impuestos a personas con mayor poder adquisitivo para que, por ejemplo, se pueda brindar acceso a internet a personas o instituciones educativas carentes de recursos).

En tal sentido, se entiende la neutralidad de la red como principio en el que se estipula principalmente que se prohíbe la discriminación arbitraria en la web, por lo que debe aplicarse con el objeto de lograr una fluencia eficiente de la gama informativa y un acceso a internet sustentado en una regulación que le otorgue al ciudadano común y al empresario el derecho de acceder y utilizar internet libremente, lo que plantea los siguientes supuestos de análisis:

Análisis desde la Noción Equilibrio: Desde la perspectiva del derecho económico, es importante que el poder legislativo argentino estudie a profundidad la democratización del uso del internet, con miras a apoyar la creación, distribución del espectro y establecer lineamientos a los que deben someterse los proveedores de este servicio. Si bien es sabido que estas grandes compañías invierten en toda una infraestructura operativa, no se debe desconocer que el usuario para acceder al mismo debe pagar su acceso; por tanto, si se exigiera a empresas minoritarias, como lo son las que poseen emprendimientos mediante plataformas OTT, un pago extra para hacer uso eficiente de la red, ciertamente generaría un costo que se le va a adicionar al consumidor final, generando así que el usuario pague el uso de la internet y además una altísima cuota extra por cada servicio que dependa de una plataforma OTT, por lo que se reducirá el número de plataformas que cada usuario va a estar dispuesto a abonar. En tal sentido, es importante que el Estado, en uso de sus facultades, establezca lineamientos pragmáticos y sustentados en el derecho económico para transferir la menor cantidad de costos al usuario de la red, a fin de garantizar una verdadera democratización de la internet.

Así, entendiendo que, lo que genera la dinámica del mercado son, por un lado, las empresas que determinan qué producir y, por otro lado, los ciudadanos que deciden qué comprar, este mercado en su operatividad tiene como fin principal producir y generar cada vez más riquezas. En este sentido, si bien el libre comercio está por sobre cualquier derecho ciudadano, el Estado puede intervenir a fin de que los fallos de mercado sean ajustados con miras a garantizar eficiencia y equidad. De manera que, para el caso del objeto de estudio, es el Estado quien debe regular las acciones de los ISP a fin de garantizar, tanto la libre competencia -evitar monopolios- como el derecho de los consumidores al libre acceso a internet sin más costos que los derivados por el uso que ya han pagado. Ello, utilizando el principio de neutralidad de la red como pilar legislativo.

Ahora bien, el punto de equilibrio señalado por Pareto⁴⁸ visto desde el objeto de estudio evidencia los siguientes actores fundamentales: (i) las empresas que invierten y crean la infraestructura necesaria para la operatividad de la internet, (ii) las empresas que toman de las primeras el espectro a fin de desarrollar emprendimientos, (iii) los usuarios o consumidores finales de los diversos servicios que ofrece la internet y (iv) el Estado que funge en este caso como ente regulador. Cada actor señalado, define sus objetivos y éstos entran en contrariedad con los del otro al verse limitado o perjudicado desde el punto de vista económico y legal principalmente. Es por ello que, establecer un punto de equilibrio requiere de la participación no solamente en el ámbito jurisprudencial sino también económico del Estado; por lo que en este caso, es necesario garantizar el derecho de los usuarios para acceder a un servicio eficiente y de calidad, evitar la proliferación de monopolio por parte de las empresas prestadoras del servicio a internet (limitando el derecho de libre elección de los consumidores), al tiempo que debe ofrecer oportunidades de crecimiento a dicho empresariado, mediante reducción y/o exoneración de impuestos, disminución de trabas burocráticas, entre otros.

Teniendo en cuenta que muchas empresas optan por una externalización de los costos, trasladando ciertas actividades a determinadas naciones en las que, por ejemplo, la legislación laboral es más flexible y los equipos de producción más económicos, en la Argentina se puede afirmar que, tanto la legislación como el costo de producción del servicio desarrollado por las compañías que ofrecen como producto el acceso a internet, se ven beneficiados por el acceso a una mano de obra relativamente económica y una amplia demanda de este servicio por parte de la población en general, lo que indica que si se genera un marco regulatorio adecuado acompañado de reglas claras que denoten una

⁴⁸ En análisis económico se denomina óptimo de Pareto al punto de equilibrio en el que ninguno de los sujetos u entes afectados puede mejorar su situación sin reducir el bienestar de cualquier otro sujeto.

seguridad jurídica sostenible, se develaría una dinámica creciente de empresas en el mercado.

Ahora bien, la rentabilidad de las empresas que crean toda una infraestructura a los fines de ofrecer el servicio de internet en la población, es producto de la consideración de múltiples factores, entre ellos el rendimiento, beneficios, el mercado, los riesgos, entre otros. Por ello, se debe procurar que las empresas puedan ofrecer una opción caracterizada por su eficiencia y con la garantía de ciertos beneficios que permitan la captación de clientes de manera que se permita al usuario optar por la alternativa que más se acerca a sus intereses y necesidades en un entorno en donde las empresas tienen las mismas oportunidades. En tal sentido, la competencia se realiza en función de los servicios y beneficios que ofrecen las empresas a los usuarios, promoviendo un entorno de libre competencia al tiempo que se elimina la consolidación de monopolios.

Por otro lado, una excesiva regulación en los precios o agregar medidas intervencionistas podrían derivar en una decreciente inversión y consiguientemente en una afectación del servicio provisto por parte de estas empresas, incluyendo a las compañías que utilizan el acceso a internet para el desarrollo de otros bienes y servicios, por lo que el excesivo intervencionismo del estado en la industria de internet podría incrementar el costo final de dichos bienes y servicios derivados del exceso de cumplimiento de las normas que quizás ya no serán muy atractivos para la población en función de la relación precio-calidad-eficiencia como lo es ahora, disminuyendo la demanda de estos productos y la tendencia de dichas empresas a disminuir su crecimiento, con posibilidades de desinversión en el sector e incluso hasta de decidir discontinuar su inversión en la industria.

En conclusión, desde el punto de vista del derecho económico, se estima conveniente que el Estado argentino estudie a profundidad la democratización del uso a

la internet, con miras a apoyar la inversión privada y la distribución del espectro, al tiempo que se establecen los lineamientos a los que deben someterse los prestadores del servicio, garantizando la protección al consumidor, en un marco de convergencia. Además, se debe tener en cuenta que las corporaciones se valen de la externalización de costos para funcionar y crear la infraestructura necesaria minimizando los costos sin ser perjudicados en sus ganancias.

CONCLUSIÓN

Considerando que el objeto de este estudio es la búsqueda de una regulación con inclusión del principio de neutralidad de red que contemple las necesidades del mercado argentino, se comienza señalando que la neutralidad de la red como política pública involucra diferentes posiciones y sujetos de la sociedad con intereses contrapuestos. Así, en todos los países donde se discute éste principio los sectores emprendedores digitales abogan por su libertad de expresión, sosteniendo que debe regularse y asegurarse la neutralidad de las redes para que los usuarios puedan acceder libremente a sus contenidos, y, en contraposición, gran parte del sector empresarial de ISPs argumenta que toda regulación restrictiva a sus libertades juega en contra de la inversión, considerando que ciertas obligaciones que les son aplicables a ellos por tener dominio en el mercado, deben también aplicarse a pequeñas y medianas empresas que funcionan a partir de este servicio para ofrecer sus productos.

En nuestra región, se destaca que la primera experiencia, en Chile, tuvo como influencia los lineamientos de Estados Unidos, ya que, ambos países no solo se limitaron a sancionar discriminaciones anticompetitivas, sino que, además, se ocuparon de prohibir la discriminación en la red de manera más amplia, es decir, de evitar que haya “ganadores

o perdedores” y que todos los datos en la red se traten de igual manera. Esto ha sido el resultado de la búsqueda de tutelar principalmente dos bienes jurídicos: Las relaciones comerciales -mediante la protección al consumidor, evitando todo abuso de poder por parte de los ISP- y la libertad de información, mediante reglas protectoras contra los incentivos que puedan tener los ISP de discriminar el tratamiento del tráfico en la red⁴⁹, reconociendo a internet como principal fuente de información ya que, su contenido no posee control de un guardián.

Ahora bien, a pesar de que Estados Unidos fue el primer país en reivindicar el libre intercambio de datos, en la actualidad aún sigue manteniendo la dicotomía respecto a si internet debe ser tratado como servicio público o meramente de telecomunicaciones, lo que en la práctica implica que aún se discute si, por ejemplo, Netflix debe abonar a los ISP un canon para que sus datos viajen por carriles rápidos. -En este sentido, con la gestión del presidente Trump y su cambio de paradigma tras la decisión de eliminar las normas de neutralidad de red, se marcó un claro retroceso en las políticas públicas estadounidenses, dándole poder a los principales jugadores para que elijan cuáles serán los ganadores y perdedores en la esfera online. En ese orden, si bien la ausencia de neutralidad podría incluso aumentar la cantidad de usuarios, esto carecería de sentido si luego los ISP seleccionan los contenidos según sus intereses, lo que podría transformarse en una especie de vuelta a la época de la televisión, donde eran muy limitados.

Es dable remarcar que, de proseguir este avance, no se considera factible que los cambios mencionados afecten a las empresas argentinas, siempre y cuando no se modifique el espíritu de la LAD, por lo que, en el corto plazo los usuarios en nuestro país

⁴⁹ Esto lo reconoce expresamente la FCC en el reporte previo a la resolución por la cual se introdujo la neutralidad de la red. En Chile, si bien no se menciona expresamente, se desprende del Artículo 24 h) inciso I de la Ley de Telecomunicaciones -la cual está en línea con el Artículo 2 de dicha ley que reza “Todos los habitantes de la República tendrán libre e igualitario acceso a las telecomunicaciones-.

no serían considerablemente afectados. Ahora bien, debe considerarse que las empresas de contenidos de Estados Unidos, derivan sus costos generales a todo el universo de usuarios internacionales. Otra posibilidad sería que opten por reducir la calidad de sus contenidos, ya que resultaría más costoso producir u obtener licencias.

Así, puede observarse que, del modelo económico, político y social adoptado por la nación estadounidense se destaca históricamente un tratamiento gubernamental en permanente apoyo hacia la inversión privada, y a las grandes corporaciones que invierten sumas exponenciales en tecnología, contrariamente a lo que sucede en Argentina, donde se develan políticas públicas con acciones y regulaciones hacia la protección de lo público. Ello, ya que al estudiar los preceptos fundamentales de la LAD se evidencia el carácter público del desarrollo tecnológico en manos del Estado como planificador y corresponsable en la generación de empleo en este sector.

En este sentido, se considera que la Argentina no solo debería sostener la neutralidad de la red sino, además complementar su protección mediante una normativa que asegure igualdad de oportunidades a quienes pretendan invertir con el objetivo de que internet pueda devolverles esa inversión, logrando transformarse en una herramienta de desarrollo constante y de sostenido crecimiento. Esto debería llevarse a cabo teniendo en claro las necesidades actuales del mercado tecnológico local, evitando caer en una excesiva regulación que genere una desinversión por parte de las empresas.

Por ende, si bien internet en el plano jurídico constituye un reto para su abordaje, dada su naturaleza de permanente cambio y diversidad de elementos de carácter técnico -se ha dicho que “la ley es catalogada como el instrumento de regulación más inconveniente en mercados tecnológicos, al tener el proceso legislativo menores capacidades de mutabilidad y flexibilidad y, asimismo, tener como objetivo primordial el acoger el debate político y no el de evaluar complejidades técnicas en detalle”(Zink,

Manfred, 2013), resulta indudable la necesidad de que nuestro país logre un cuerpo jurídico con mayor solidez que acompañe el proceso de convergencia y el desarrollo tecnológico de la fuerza productiva argentina, al tiempo que incentive su crecimiento para el fomento de nuevas y diversas actividades productivas que puedan competir en un contexto de equidad y transparencia. En definitiva, más allá de los principios propuestos en la LAD resulta necesaria una ley integral que abarque situaciones concretas y delimite prácticas a sancionar, complementada por una regulación que defina un procedimiento de protección claro y explícito. Todo ello, teniendo presente que lograr una regulación de convergencia no implica únicamente unir marcos normativos divergentes sino también consolidar los derechos consagrados en nuestra Constitución Nacional.

Es importante en este proceso tomar en cuenta el puntapié iniciado por la Comisión Redactora de la Nueva Ley de Comunicaciones en el marco del Proyecto de Reforma, Actualización y Unificación de las Leyes LSCA y LAD, ya que genera lineamientos importantes para el debate de una futura legislación que resguarde el principio de neutralidad de la red. Por otra parte, la normativa complementaria debe considerar que gran parte de la actividad en internet forma parte del reducto de libertad individual resguardado por el derecho a la intimidad y protegido por el Artículo 18 de nuestra Constitución, leyes como la 25.326 y por el Artículo 1770⁵⁰ del Código Civil y Comercial de la Nación, del cual se infiere que quien acceda a información más allá de los headers, viola el derecho a la intimidad, y deberá responder por los daños y perjuicios causados por estas conductas, como sucedió en el fallo “Lanata”.

En este orden de ideas, es preciso subrayar que la ausencia actual de un corpus legal a tono con los preceptos constitucionales y democráticos que sean garantes de la

⁵⁰ Código Civil y Comercial de la Nación. Art. 1770 “Protección de la vida privada...”.

neutralidad de la red, trae como consecuencia una desprotección de la libertad de los usuarios, quienes terminan sucumbiendo a la competencia comercial entre las empresas que se manifiestan tácitamente a través del ofrecimiento de servicios como “WhatsApp gratis” o streaming pertenecientes a las propias operadoras, entre otras conductas que el regulador omite sancionar. Esta inacción deja manifiestamente a la LAD como una mera declaración de intenciones dado el papel protagónico que debe tener el Estado en pro de establecer lineamientos pragmáticos a fin de garantizar una verdadera democratización de este derecho, el resguardo de los derechos fundamentales de la ciudadanía y su protección como usuarios. En síntesis, no sólo no se avanzó con una reglamentación que garantice la efectividad del principio de neutralidad de red, sino que el ENACOM parece avalar conductas empresariales que van manifiestamente en contra de sus preceptos.

A partir de lo expuesto, se interpreta que la LAD pareció haberse sancionado obviando el debate que necesariamente debería anteceder a una regulación de neutralidad de red en el país, dado que no estableció una definición precisa sobre los sujetos regulados por la norma, así como tampoco profundizó respecto de la gestión de tráfico y si bien hubo modificaciones posteriores, fueron realizadas sin ningún tipo de debate público, decididas por el poder ejecutivo, o para favorecer a determinados grupos empresarios, como el caso del decreto 267/2015. De manera que, si bien la LAD logró poner fin al debate en su momento, aun se requiere avanzar en un cuerpo normativo bien estructurado y más integral a partir del cual se sienten las bases para un ejercicio eficiente del principio de neutralidad de la red.

Bibliografía

- ALBORNOZ, LUIS, *Redes y servicios digitales. Una nueva agenda político-tecnológica*, en Albornoz, Luis (comp.) Poder, medios, cultura. Una mirada crítica desde la economía política de la comunicación, Paidós, Buenos Aires, 2011.
- BRAMAN, SANDRA, “Defining Information Policy”, en Journal of Information Policy, Vol.1, 2011, pp. 1-5 - https://www.researchgate.net/publication/281600906_Defining_information_policy.
- CALIFANO, BERNARDETTE, “En nombre de la convergencia: cambios en la política de regulación de las TIC en Argentina”, en Estudios em Comunicacao, n° 24, Ed. Universidade da Beira Interior, 2017- 25 p.
- CREMADES GARCIA, JAVIER (coord.) *Derecho de las telecomunicaciones. (tomo 3)* 1a ed. España: La Ley Actualidad - Ministerio de Fomento, 1997 - 1357 p.
- DROMI, Roberto. *Telecomunicaciones. Interconexión y convergencia tecnológica* 1a ed. Buenos Aires-Madrid: Ciudad Argentina, Hispania Libros, 2008 - 264 p.
- D’ AVILA, Juan Blanco. “Perspectivas regulatorias de la neutralidad de la red en Estados Unidos”, en Revista de Derecho Comunicaciones y nuevas tecnologías, 2007 - <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7510291>
- FONTANALS, Gustavo. “Las Políticas de neutralidad de la red. Su legislación en el mundo y América Latina”- <http://papel.revistafibra.info/las-politicas-neutralidad-la-red-legislacion-mundo-america-latina/>
- GENDLER, Martín Ariel. (2017). “La Neutralidad de la Red: Debates y acciones en Argentina.” Buenos Aires: XXXI Congreso alas Uruguay.

- LUPI, V. (23 de diciembre de 2017). “Mindere. Obtenido de Argentina e Internet: No tan Neutrales”- <https://mindersgroup.net/noticias/argentina-e-internet-no-tan-neutrales/>
- PAUTASIO, Leticia y Massare, Bruno (08 de mayo de 2015). “Info-Technology. Obtenido de Argentina Digital En Detalle: Qué Cambios Plantea La Nueva Ley De Telecomunicaciones”: <https://www.infotechnology.com/internet/Argentina-Digital-en-detalle-que-cambios-plantea-la-nueva-ley-de-telecomunicaciones-20150508-0008.html>
- PÉREZ, Fernando (16 de noviembre de 2019). “Voces en el Fénix. Obtenido de Argentina Digital, un nuevo enfoque para las telecomunicaciones”: <https://www.vocesenelfenix.com/content/argentina-digital-un-nuevo-enfoque-para-las-telecomunicaciones>
- ROXBERG, Emily R., “FCC Authority Post-Comcast: Finding a Happy Medium in the Net Neutrality Debate”, Journal of Corporation Law, Vol. 37, 2011: <https://www.questia.com/library/journal/1G1-276276282/fcc-authority-post-comcast-finding-a-happy-medium>
- TOMEIO, Fernando. *Redes sociales y tecnologías 2.0*. Vol. 2. Ed. Astrea. 2014 - 248 p.
- TOMEIO, Fernando. “Buscadores de Internet: un fallo histórico”. Revista Jurídica Argentina La Ley, número: 2014 – F.
- ZINK, Manfred. “Regulación de la neutralidad de la red en Estados Unidos y Chile. Aspectos relevantes referidos a la regulación en mercados tecnológicos a partir del análisis de dos experiencias regulatorias concretas”. Revista de Derecho Público Iberoamericana. N°3 p 155-186. Octubre de 2013.

Referencias normativas

- Ley N° 26.522 “Servicios de comunicación audiovisual”. Regúlense los Servicios de Comunicación Audiovisual en todo el ámbito territorial de la República Argentina. Sancionada: octubre 10 de 2009. Promulgada: octubre 10 de 2009.
- Proyecto de ley sobre régimen para proveedores de servicios de Internet. Autor: Federico Pinedo. Trámite legislativo N° 8793/10.
- Proyecto de ley sobre régimen para neutralidad de red. Autor: Nélica Belous. Trámite legislativo N°1159/11.
- Proyecto de ley para la neutralidad de la red en el servicio de acceso a Internet. Autor: Graciela Di Perna. Trámite legislativo N°1491/11.
- Proyecto de ley sobre principio de neutralidad de red. Autor: Ivana Bianchi. Trámite legislativo N° 009/11.
- Resolución Secretaria de Comunicaciones N° 1/2013. Publicada en B.O. N 32.613 el 8/4/2013.
- Resolución Secretaria de Comunicaciones N° 1/2013. Publicada en B.O. N 32.671 el 2/7/2013.
- Ley N° 27.078. “Argentina Digital” Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Sancionada: diciembre 16 de 2014. Promulgada: diciembre 18 de 2014.
- Decreto N° 267/2015. “Creación. Ley N° 26.522 y N° 27.078. Modificaciones”. Buenos Aires, 29/12/2015.
- Decreto N° 1340/2016. “Normas Básicas. Implementación”. Buenos Aires, 30/12/2016.
- Decreto N° 690/2020. “Ley N° 27.078. Modificación”. Buenos Aires, 21/08/2020.

- Directiva N° 2000/31/CE del parlamento europeo de fecha 8/6/2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior.
- “In the Matter of Preserving the Open Internet Broadband industry practices”, expediente N° 09-191, Report and Order, FCC 10-201.



Universidad de
San Andrés