

NEUTRALIDAD DE RED Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN: UNA RELACIÓN EN DEBATE

NET NEUTRALITY AND FREEDOM OF SPEECH: A DISPUTED RELATIONSHIP

Omar Alvarado Escobar*
Miranda & Amado

In this article, the author addresses the issue of net neutrality and its relationship with freedom of speech. Specifically, he studies if net neutrality policies that operate ex ante regulations really have an important and supportive role in the protection of freedom of speech on the internet. Thus, the aim is to review certain premises that support the current regulations that rule net neutrality and the other fundamental rights with which these regulations collide.

In that way, the article gives a conceptual framework of the actors in cyberspace; later, it presents the arguments with which net neutrality has been connected with freedom of speech; and, finally, the author makes a critic about the importance that has been given to net neutrality in the protection of freedom of speech and the possible collisions with other fundamental rights that they may have.

KEYWORDS: Net neutrality, freedom of speech, internet, fundamental rights, ISP.

En el presente artículo, el autor aborda el tema de la neutralidad de red y su relación con el derecho a la libertad de expresión. En específico, busca cuestionar y reflexionar sobre si las políticas de neutralidad de red que establecen regulaciones ex ante en verdad tienen un papel irremplazable y favorecedor en la protección de la libertad de expresión en internet. Así, se tiene el objetivo de revisar ciertas premisas que fundamentan las normativas actuales que versan sobre la neutralidad de red y los otros derechos fundamentales con los que estas regulaciones colisionan.

Con este objetivo, dentro del artículo, primero, se da un marco conceptual de los actores en el ciberespacio; después, se desarrollan los fundamentos con los que se ha venido conectando a la neutralidad de red con la libertad de expresión; y, por último, se realiza una crítica a la importancia que se le ha dado a la neutralidad de red en la protección de la libertad de expresión y las colisiones con otros derechos fundamentales que esta puede conllevar.

PALABRAS CLAVE: Neutralidad de red, libertad de expresión, internet, derechos fundamentales, ISP.

* Abogado. Master of Science (M.Sc.) en Regulación por la London School of Economics and Political Science (LSE). Asociado senior de Miranda & Amado Abogados (Lima, Perú). Correo: oalvarado@mafirma.com.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 7 de febrero de 2021, y fue aceptado por el mismo el 25 de junio de 2021.

I. INTRODUCCIÓN

Internet es la plataforma de difusión de información y opiniones más relevante para la sociedad contemporánea. A diferencia de los medios de comunicación tradicionales, cuya audiencia es limitada, tienen altos costos de publicación e imponen dificultades para encontrar la información que contienen (Harris, 2016, p. 223), internet permite no solo que los creadores de contenido puedan publicar digitalmente sus producciones asumiendo bajas inversiones (Adamson, 2002, p. 272), sino que los usuarios enfrenten menores costos de búsqueda para acceder a los contenidos que necesitan (Body of European Regulators for Electronic Communications [BEREC], 2016, p. 4).

Esta naturaleza del internet es determinante para el cumplimiento de funciones democráticas y culturales vitales (Audibert & Murray, 2016, p. 118). Ha impulsado en el mundo movimientos democráticos como la Primavera Árabe en Egipto y Túnez, donde “seis de cada diez usuarios de redes sociales compartieron su opinión política en línea” (Pew Research Center, 2012) [traducción libre]¹. De igual manera, ha hecho posible que se promueva la participación de comunidades marginadas como la afrodescendiente, la LGBTIQ+ o las minorías religiosas (Free Press, 2019). Internet es, así, uno de los desarrollos más significativos para el empoderamiento de la ciudadanía en la historia, cumpliendo un papel privilegiado en el fomento de un derecho fundamental: la libertad de expresión².

Bajo este contexto, las decisiones sobre el manejo y gestión de internet son centrales en el debate de este derecho fundamental. Siguiendo a Balkin, en un entorno como el actual, liderado por la difusión digital, “las decisiones más importantes que impactarán sobre el futuro de la libertad de expresión no ocurrirán exclusivamente en el mundo formal del derecho constitucional; serán decisiones que versan sobre diseño de tecnologías” (2008, p. 427) [traducción libre]³. Una de esas decisiones tecnológicas es la referida a la adopción y alcances de la implementación de la neutralidad de red.

La neutralidad de red como política pública, representa, en simple, la idea de que los usuarios de internet tienen derecho a que los agentes privados que prestan el servicio de acceso a internet no diferencien en función del origen, destino o propiedad del protocolo o aplicación que se transmite a través de las redes que administran (Jordan, 2007, p. 428).

Basados en este axioma de no discriminación entre contenidos que promueve la neutralidad de red, sus promotores sugieren que esta surge como una herramienta con impacto sobre “política de medios, política social, supervisión de los procesos políticos y de libertad de expresión” (Wu, 2014, p. 70) [traducción libre]⁴. Según un recuento de la literatura más relevante sobre la materia hecho por Brouwer, la neutralidad de red constituiría una política sin la cual no sería posible la libertad de expresión en el ciberespacio (2015, p. 14).

Sin embargo, ¿qué tan cierto es que sin neutralidad de red la libertad de expresión quedaría desprotegida? Este es un debate que ha cobrado protagonismo y que nos obliga a someter a escrutinio esta premisa que parece pacíficamente asumida en nuestro medio. Por ejemplo, en Estados Unidos se sostuvo hace no mucho una intensa discusión pública sobre el dudoso rol de la neutralidad de red en la libertad de expresión. Tras recibir casi 22 millones de comentarios y pese a una intensa oposición de la opinión pública (83% de norteamericanos) (Fung, 2017), en diciembre de 2017 –luego de considerar, entre otras razones, que no se había acreditado que la prohibición *ex ante* de neutralidad de red haya proporcionado un valor adicional significativo para proteger la libertad de expresión por encima de las fiscalizaciones caso por caso– la Comisión Federal de Comunicaciones (en adelante, FCC) votó 3 a 2 para revocar dicha regulación (pp. 93, 159, 253, 296-297).

Si en Estados Unidos –uno de los países con una de las más amplias tradiciones en materia de libertad de expresión– el compromiso de la neutralidad de red a favor de este derecho fundamental es debatido, esto invita, cuando menos, a revisar algunas

¹ Texto original: “six-in-ten social networkers share their views about politics online”.

² Algunos académicos argumentan que el acceso a internet debería ser considerado un derecho humano independiente, mientras que otros expertos argumentan que el Internet es solo una tecnología que facilita el ejercicio de otros derechos fundamentales (entre ellos, el de libertad de expresión). Para efectos de este artículo, asumiremos la última posición planteada.

Mayor detalle sobre este interesante debate se puede consultar en las siguientes fuentes: De Hert y Kloza (2012); The Guardian (2016); Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (Recomendación A/HRC/32/L.20, 2016); y Cerf (2012).

³ Texto original: “the most important decisions affecting the future of freedom of speech will not occur in constitutional law; they will be decisions about technological design”.

⁴ Texto original: “media policy, social policy, oversight of the political process, issues of free speech”.

premisas. Pensemos por un momento en el caso de un proveedor de internet privado que decide diferenciar en el tráfico que transporta y darle una ‘porción’ dedicada de la red a un proveedor de contenido que requiere mayor ancho de banda y quien le retribuye ese beneficio (e.g., YouTube frente a TikTok). Bajo las reglas de neutralidad de red establecidas en nuestra regulación, dicha práctica de priorización estaría vedada *per se*⁵. Sin embargo, ¿en dónde entra a tallar en esta ecuación la libertad de expresión? ¿Cómo podría impactar en la libertad de información y opinión de los ciudadanos el otorgar prioridad a un contenido por sobre otro por razones meramente comerciales, que no se inspiran en la censura de algún discurso o contenido? ¿No tienen acaso los propios proveedores de internet, que administran el tráfico, un ‘control editorial’ legítimo –similar al de un medio de prensa– para decidir qué contenido privilegian por sobre otro y, por tanto, no ejercen también estos proveedores de internet su propia libertad de expresión, de empresa y de contratación? ¿Se justifica una regla de prohibición *ex ante* y *per se*, como la pregonada por la neutralidad de red, o sería mejor contar con un sistema de control *ex post* y caso por caso de las intervenciones sobre el tráfico de internet?

El presente artículo se abocará a reflexionar sobre estas interrogantes y poner en tela de juicio un concepto que se da por sentado: que la neutralidad de red es una política pública que favorece, en todos los casos, la protección del derecho fundamental a la libertad de expresión en el ciberespacio.

A tal efecto, la sección II de este documento explorará algunas definiciones técnicas elementales que permitirán a los lectores entender quiénes son los actores involucrados en el ciberespacio, la actividad que desarrollan y lo que se entiende por neutralidad de red. La sección III desarrollará los fundamentos conceptuales y bases normativas que vinculan a la neutralidad de red con la libertad de expresión, repasándose a tal efecto fundamentalmente lo que se ha escrito en la literatura anglo-

sajona, europea continental y los pocos trabajos nacionales sobre la materia. Finalmente, la sección IV examinará críticamente estas bases teóricas y legales presentadas en la sección anterior, para determinar si el rol de la neutralidad de red en la protección de la libertad de expresión es tan profundo como se asume normalmente o si, incluso, colisiona con otros derechos fundamentales.

II. DEFINICIONES

A. Los actores

La arquitectura del internet depende de diversos agentes organizados de manera vertical, que proveen cada uno ciertas funcionalidades (Jordan, 2007, p. 432). Dos de esos actores que interactúan en el proceso de transmisión de la información a través de la red son los denominados proveedores del servicio de acceso a internet y los llamados proveedores de aplicaciones, servicios o contenidos en internet. Veamos.

1. Proveedor de servicios de internet (ISP)

Según la sección de Definiciones del Reglamento de Neutralidad en Red aprobado por Resolución de Consejo Directivo 165-2016-CD-OSIPTEL (en adelante, el Reglamento), un *internet service provider* (en adelante, ISP por sus siglas en inglés) es un operador de telecomunicaciones que presta el servicio público de conmutación de datos por paquetes y permite que sus clientes (usuarios individuales o empresas) accedan a internet⁶.

¿Cómo lo permiten? Los ISP conforman un gran ecosistema de múltiples redes interconectadas que permiten la transmisión de información (Jordan, 2007, p. 437). Los ISP están interconectados y se encargan del enrutamiento de las señales a otros ISP. Esta señal escala a otros ISP medios hasta que es captada por un más grande y veloz *backbone* de internet que constituye el punto de intercambio de internet, desde el cual la señal desciende al ISP de destino, que constituye la conexión de ‘última

⁵ Según el artículo 35.3 del Reglamento de Neutralidad en Red aprobado por Resolución de Consejo Directivo 165-2016-CD-OSIPTEL, se considerará arbitraria la medida asociada a la oferta comercial que establezca una “priorización de cualquier tipo de tráfico, protocolo, servicio o aplicación en los Componentes con Tratamiento Diferenciado; en relación a los equivalentes disponibles en los Componentes sin Tratamiento Diferenciado” (2016). Se entiende que es un ‘Componente con Tratamiento Diferenciado’ aquel grupo de servicios o aplicaciones a los que se le da un tratamiento comercial distinto (con tarifas especiales o gratuitas).

⁶ Reglamento, Anexo I, Definiciones:

18. Proveedor del Servicio de Acceso a Internet: Operador de Telecomunicaciones, que en la forma de persona natural o jurídica, cuenta con el registro correspondiente para prestar el servicio público de valor añadido de conmutación de datos por paquetes (Internet). Se encuentran comprendidos en esta categoría las empresas que se dedican únicamente a prestar servicios de Acceso a Internet; así como los concesionarios de servicios portadores, finales y de difusión, empresas con registro de comercialización de servicios públicos de telecomunicaciones, empresas con registro de operador móvil virtual, que además de sus respectivos servicios autorizados, también presten servicios de Acceso a Internet (Resolución de Consejo Directivo 165-2016-CD-OSIPTEL, 2016).

milla' (Departamento de Comercio de los Estados Unidos, 2014, p. 1; Shuler, 2002).

En ese sentido, los ISP, como controladores del enrutamiento, son capaces de generar un “efecto paralizador en la impartición y recibimiento de datos” (Koops & Sluijs, 2012, p. 511). Los ISP controlan el tránsito de los paquetes de datos a través de la red y, por consiguiente, “están en la posición de guardianes entre el acceso de los usuarios finales a contenido de los proveedores como aplicaciones, servicios, dispositivos y viceversa” (Comisión Federal de Comunicaciones [FCC], 2017, p. 261).

2. Proveedor de servicios de aplicación y contenido

De acuerdo con la sección de Definiciones del Reglamento, esta capa de la arquitectura de internet abarca a toda persona natural o jurídica, vinculada o no al ISP, que “provee aplicaciones, servicios o contenidos, soportados en el Acceso a internet, de forma gratuita o con una tarifa determinada” (Resolución de Consejo Directivo 165-2016-CD-OSIP-TEL, 2016, Anexo I, numeral 17). Esto comprende todos los materiales que son almacenados, transmitidos y accedidos a través de la red y que se encuentran disponibles para los usuarios finales en línea (Murray, 2007, pp. 43-44). Así, son proveedores de servicios de aplicación y contenido (en adelante, Proveedores de Contenido) desde el titular de una pequeña web en la que se aloja una tienda virtual que acaba de emerger en pandemia hasta gigantes de internet tales como Amazon, YouTube, Facebook, Google o Netflix.

B. La relación entre ISP y Proveedores de Contenido: gestión de tráfico y neutralidad de red

Para contactar a los usuarios finales a través de la ‘última milla’, los Proveedores de Contenido recurren a las ISP, de quienes son sus clientes.

Estos clientes no cuentan con proveedores que les proporcionen recursos infinitos. Pese a los grandes avances de la era digital, la capacidad de transmisión de las ISP no es ilimitada ni de bajo costo (May, 2007, pp. 204-206). En ciertos escenarios, el tráfico de las aplicaciones consume mucho ancho de banda (por ejemplo, transmisión de un video en alta definición); y esta demanda de tráfico ocasiona una ralentización en la transmisión de información de otros servicios o contenidos (Saunders *et al.*, 2012, p. 11). La capacidad de red es limitada, por lo tanto, el consumo de cada Proveedor de Contenido o usuario final puede crear latencia y retraso entre las conexiones (Doverspike *et al.*, 2010, pp. 55-56).

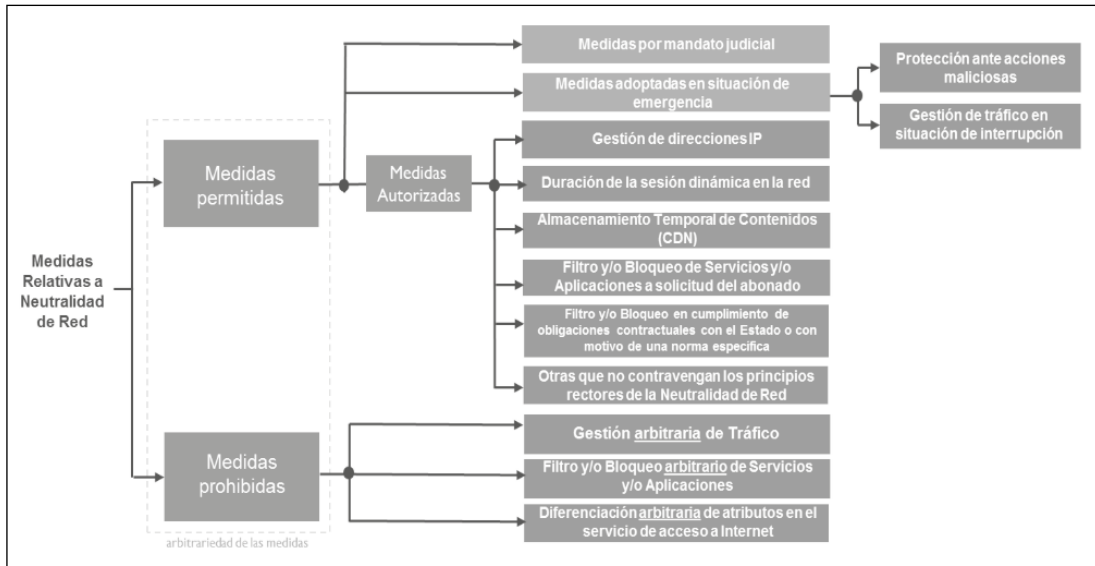
La forma en que los ISP enfrentan esta congestión es a través de la gestión del tráfico que viaja por sus redes. Técnicamente, el tráfico puede ser controlado por los ISP sin diferenciaciones, fundamentando la prioridad en el envío de los paquetes de datos en función de quien llegue primero, independientemente si son clientes o no de la ISP (Jordan, 2007, p. 434). Sin embargo, el protocolo de gestión del tráfico de los ISP puede ser programado con funciones más avanzadas y complejas (BEREC, 2015; Shatz, 2017). Los ISP pueden gestionar el tráfico de la red por razones de administración de la calidad de servicio que requiere cada aplicación (por ejemplo, latencia, pérdida de datos o ancho de red) para aliviar la congestión (BEREC, 2016) o pueden simplemente dar cumplimiento a órdenes gubernamentales (Kreimer, 2006). También ha sido ampliamente documentado que la prioridad puede tener intereses puramente comerciales (Nunziato, 2009, pp. 9-19). Por consiguiente, técnicamente los ISP podrían examinar los paquetes de información de los Proveedores de Contenido que están enrutando, diferenciarlos y privilegiar un contenido por sobre otro.

Sin embargo, frente a esta segunda forma de gestión de tráfico, se erige la prohibición de la neutralidad de red. La literatura califica a la neutralidad de red como una prohibición *ex ante* y *per se* frente a cualquier forma que represente un trato preferente y que implique limitar o degradar un tipo de tráfico de internet o de aplicaciones por sobre otro (Belli, 2016, pp. 18-19), lo cual se produce desde las prácticas más simples de bloqueo hasta algunas más sofisticadas como la asignación de porciones dedicadas de la capacidad de red a la ISP (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE], 2007; Office of Communications [OFCOM], 2013) o el cobro de precios relacionados a la congestión (Hahn & Wallsten, 2006). En otras palabras, la neutralidad de red “determina condiciones básicas para que ninguna aplicación (como Skype o Netflix) sea discriminada arbitrariamente por un proveedor de conexión (como Claro o Movistar)” (Morachimo Rodríguez, 2017, p. 250).

A nivel normativo peruano, el principio regulatorio de la neutralidad de red ha sido recogido por la Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, aprobada por Ley 29904 (2012) (en adelante, Ley de Banda Ancha), y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo 014-2013-MTC (2013).

Conforme a lo establecido en el artículo 6 de la Ley de Banda Ancha, la neutralidad de red implica que los ISP no pueden de manera arbitraria bloquear, interferir, discriminar ni restringir el derecho de cualquier usuario a utilizar una aplicación

Gráfico 1



Fuente: Osiptel (2021)

o protocolo, independientemente de su origen, destino, naturaleza, naturaleza o propiedad (Ley 29904, 2012). Por su parte, el Anexo I numeral 8 del Reglamento califica como medidas de gestión de tráfico que significan una vulneración de la neutralidad de red el “bloquear, interferir, discriminar, restringir o degradar cualquier tipo de tráfico, protocolo, servicio o aplicación, independientemente de su origen, destino, naturaleza o propiedad” (Decreto Supremo 014-2013-MTC, 2013), en tanto ello constituya una forma de gestión arbitraria de tráfico, un filtro y/o bloqueo arbitrario de servicios y/o aplicaciones, o una diferenciación arbitraria de atributos en la oferta comercial. Ver gráfico adjunto donde se muestra un resumen de las medidas autorizadas y prohibidas a los ISP.

A partir de lo anterior, no solo bajo la garantía de la neutralidad de red quedará prohibido que un ISP ejerza un bloqueo con fines ‘políticos’ y con impacto sobre la democracia, por ejemplo, al restringir una página web de prensa independiente dedicada a destapar escándalos de corrupción de relevancia para la opinión pública que viene siendo incómoda para los accionistas. Quedará también limitado que un ISP ejerza decisiones de gestión de tráfico inspiradas en razones estrictamente comerciales, como lo sería, por ejemplo, celebrar un contrato que priorice determinado tráfico de datos con contenidos de mero entretenimiento (por ejemplo, el que proviene de Netflix por sobre el de Amazon Prime previo pago de una contribución) o que opte por imponer pagos para el acceso a una

web que proporciona el mismo tipo de contenido (e.g., si Movistar solicita pagos adicionales por acceder al portal web del diario deportivo El Bocón, que compite con los contenidos de su diario Movistar Deportes). Así de amplio es el espectro de protección que proporciona el principio regulatorio de neutralidad de red.

III. NEUTRALIDAD DE RED Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN: LOS FUNDAMENTOS DE ESTE DISCURSO

La gestión de tráfico y la neutralidad de red han sido analizadas desde diferentes perspectivas. Áreas como protección de la privacidad y datos personales (Audibert & Murray, 2016, p. 133; Koops & Sluijs, 2012)⁷, y libre competencia y asuntos de protección al consumidor (Becker *et al.*, 2010; Cooper & Brown, 2015), generan un alto nivel de controversia entre los especialistas. Sin embargo, el aspecto que debatiremos en este trabajo se relaciona con el impacto sobre la libertad de expresión que se argumenta tiene el principio de neutralidad de red.

En el Perú, no existe en la normativa de neutralidad de red una alusión expresa a la libertad de expresión como elemento de sustento. No obstante, esta falta de alusión expresa no debe ser confundida como falta de reconocimiento en el plano nacional. Los instrumentos normativos nacionales aluden al papel que cumple la neutralidad de red para preservar la libertad de elección de

⁷ El argumento de estos autores es que, para decidir si el contenido debe ser bloqueado o priorizado, las ISP tienen la capacidad de inspeccionar el contenido de los datos transportados.

los usuarios frente a cualquier tipo de ‘protocolo, tráfico, servicio o aplicación’, así como al objetivo de potenciar una ‘comunicación plena’, lo que en nuestra opinión traduce un reconocimiento implícito del rol de la neutralidad de red como una herramienta que potenciaría la libertad de expresión. Por ejemplo, la parte considerativa del Reglamento precisa que su finalidad es “preservar la libertad de elección de los usuarios en el acceso a internet, asegurando el libre acceso a cualquier tipo de protocolo, tráfico, servicio o aplicación disponible en internet” (Decreto Supremo 014-2013-MTC, 2013). En la misma línea, el artículo 5.1 del referido Reglamento recoge como uno de los principios rectores de la neutralidad de red el denominado “Principio de Libre Uso”, el cual es enunciado como “[t]odo usuario tiene derecho a la libertad de uso y disfrute, a través del Servicio de Acceso a internet, utilizando cualquier equipo o dispositivo terminal y dentro de lo lícitamente permitido, de cualquier tráfico, protocolo, servicio o aplicación” (Decreto Supremo 014-2013-MTC, 2013).

Por su parte, la Matriz de Comentarios elaborada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones con ocasión de la aprobación del Reglamento de la Ley de Banda Ancha, señala lo siguiente:

[C]on la neutralidad de red no se pretende establecer una limitación irrestricta sobre la posibilidad de que las empresas operadoras puedan implementar medidas de gestión de la red, como las indicadas en el cometario; sino es simplemente, **evitar que ocurran limitaciones arbitrarias, es decir, carentes de sustento, las que por ejemplo podrían restringir los derechos de los usuarios a gozar de una comunicación plena a través de internet [...]** (2013) [el énfasis es nuestro].

En la misma línea de lo enunciado normativamente a nivel local, los pocos trabajos doctrinales nacionales sobre esta política regulatoria sostienen la existencia de esta vinculación (Morachimo Rodríguez, 2016; Villena, 2017), reafirmando así un reconocimiento en el plano peruano, en el sentido que la libertad de expresión y la protección del sistema democrático son valores constitucionales que no podrían garantizarse sin la neutralidad de red.

En el plano internacional, buena parte de los documentos emitidos por organizaciones internacionales y la literatura especializada también dan por sentado que sin neutralidad de red no sería posible garantizar la libertad de expresión en el ciberes-

pacio. Como indica la Relatoría Especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “la neutralidad de red es una condición necesaria para ejercer la libertad de expresión, y es transversal a los principios rectores” (2013, párr. 25). Con ese tenor, como sostiene Tim Wu —a quien se le atribuye haber acuñado este concepto— la neutralidad de red se convierte en “un principio máximo de diseño de red donde el contenido en línea debe ser de acceso universal para todos los usuarios de internet, sin importar el contenido o plataforma” (Wu, 2003, citado por Belli, 2016, p. 16) [traducción libre]⁸. Así, como sostienen sus proponentes, el uso de técnicas de gestión de tráfico puede poner en riesgo el ejercicio efectivo de los usuarios para poder buscar, recibir y compartir información e ideas, o lo que es lo mismo, para ejercer la libertad de expresión (Belli, 2016, p. 19), al punto que diversas voces han categorizado a la neutralidad de red como la verdadera ‘Primera Enmienda’ del internet (London School of Economics and Political Science, 2011).

¿De qué premisas parten los defensores de la neutralidad de red para sostener su papel protector indispensable de la libertad de expresión? A partir de una revisión de la literatura y decisiones de otras latitudes, hemos identificado tres premisas, que desarrollamos a continuación.

A. Primera premisa: el enfoque social y el modelo de eficacia horizontal de los derechos fundamentales

La visión del derecho fundamental a la libertad de expresión ha evolucionado desde un plano individualista —en el que se le entiende como un derecho subjetivo asociado al libre desenvolvimiento de la personalidad— hacia una visión social, en la que este derecho tiene un enfoque colectivo, relevante por su utilidad para el desarrollo del sistema democrático (Marciani Burgos, 2005; Castillo-Córdova, 2006, pp. 10-11).

Bajo este enfoque social —también denominado habermasiano o madisoniano— medidas preventivas y acciones positivas por parte del gobierno deberían ser tomadas para fomentar la libertad de expresión de los ciudadanos y así asegurar su participación en la esfera pública, permitiéndoles el más amplio acceso a temas de interés público, como educación y política. Del mismo modo, en este enfoque el pluralismo de los medios debe ser protegido proactivamente debido a la importancia de la exponer a la población a diversas posturas políticas y valores culturales (Katholische Univer-

⁸ Texto original: “‘network design principle’ whereby a maximally useful public information network aspires to treat all content, sites and platforms equally, thus granting to all Internet users universal access to all online resources”.

sität Leuven *et al.*, 2009, pp. 5-6; Sunstein, 1994, pp. 1759-1760, 1804; High Level Group on Media Freedom and Pluralism, 2013, pp. 10-11).

Este enfoque social mira con recelo las interacciones entre los privados y reconoce que ellas pueden ser fuente de limitaciones a la participación democrática y pluralismo, porque el poder privado, en algunos casos, es tal que otorga la habilidad de censura (Hudson, 2018). A diferencia de la visión de libertad de expresión negativa –bajo la cual ideas y opiniones son tratadas como cualquier otro bien en los mercados, compitiendo entre ellas y arbitrándose solas, de manera que solo el Gobierno puede lesionar la libertad de expresión, en expresión de lo que se denomina “State Action Doctrine” (Lyons, 2017)–, en el enfoque social los privados también pueden restringir la libertad de expresión. Así, el Estado está justificado para intervenir en el mercado de difusión de información, pues su meta es lograr una cantidad objetivamente deseable de opiniones en asuntos de público y de relevancia social (Nunziato, 2009, p. 31).

Como puede verse, el enfoque social constituye una perspectiva que es deudora de la visión de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, concepto de plena aplicación en el Perú, conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional en diversas sentencias (Expediente 1848-2004-AA/TC, 2004, fundamento 2; Expediente 01643-2014-PA/TC, 2018, fundamento 22). Bajo esta visión constitucional, los poderes privados pueden resultar particularmente nocivos para los derechos fundamentales de los individuos y para la libertad de expresión, en particular (Mendoza Escalante, 2005, p. 228).

La neutralidad de red es una política pública que materializa este enfoque social y de intervención ante posibles violaciones de los privados en el ámbito del ciberespacio. Como reconoce la propia Exposición de Motivos del Reglamento, este marco normativo ha tenido especial atención y en cierta forma se ha inspirado en las disposiciones emitidas en Europa, que sí son explícitas en abrazar el enfoque social y la eficacia horizontal que hemos explicado, al declarar su apoyo proactivo al pluralismo y la democracia frente a actuaciones de privados en el entorno digital (Comité de Ministros de los

Estados Miembros de la Unión Europea, 2007). Es a partir de estos principios que, por ejemplo, en el ámbito comunitario europeo, “muchos de los casos fuertemente informados por las disposiciones de derechos fundamentales de la UE han sido controversias privadas” (Chalmers & Trotter, 2016, p. 33) [traducción libre]⁹, siendo los juicios *Scarlet c. Sabam* (2011) y *Sabam c. Netlog* (2012) –en los que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea calificó que la censura digital de los ISP socavaba la libertad de expresión– ejemplos de la afirmación del enfoque social y eficacia horizontal en el campo de este derecho fundamental. Por ello, es válido afirmar que el legislador peruano ha seguido esta visión social europea al acoger la neutralidad de red como una garantía a la libertad de expresión.

En el mismo sentido, la literatura de respaldo a la neutralidad de red da cuenta de este enfoque social y del concepto de eficacia horizontal en la protección del derecho fundamental a la libertad de expresión, pues sostiene que es ingenuo confiar en las fuerzas del mercado y en las respuestas del sistema de defensa de la competencia a las actuaciones de privados en el ciberespacio. Los privados, a decir de Ohlhausen, no considerarían valores no monetarios como la transparencia del internet, la participación democrática, la diversidad de perspectivas y la libertad de expresión (2016, p. 122). Como ha sostenido Marsden, en su trabajo sobre neutralidad de red, “[t]odos los propietarios de red tienen incentivos para detener el tráfico que es de bajo valor, alto volumen [...]” (2009, p. 16) y sus “agendas difieren en gran medida respecto a la de los gobiernos” (p. 18) [traducción libre]¹⁰. En esa línea, Sunstein precisa que

en lugar de permitir que las nuevas tecnologías utilicen los procesos democráticos para sus propios fines, el derecho constitucional debería ocuparse del aprovechamiento de esas tecnologías con fines democráticos, incluidas las aspiraciones fundadoras de la deliberación pública, la ciudadanía, la igualdad política e incluso un cierto tipo de virtud (1994, p. 1804) [traducción libre]¹¹.

Así, dejar que los ISP decidan quién tiene acceso a su plataforma y en qué medida, puede limitar a una proporción de la población de acceder a los

⁹ Texto original: “Many of the cases in which legislative content had been heavily informed by EU fundamental rights provisions have been private disputes”.

¹⁰ Texto original: “All network owners have incentives to stop traffic flowing over their networks that is low value, high volume [...] whose agendas are very different from those of governments”.

¹¹ Texto original: “instead of allowing new technologies to use democratic processes for their own purposes, constitutional law should be concerned with harnessing those technologies for democratic ends –including the founding aspirations to public deliberation, citizenship, political equality, and even a certain kind of virtue.”

espacios necesarios para su expresión y el pluralismo (Audibert & Murray, 2016, p. 138). Sobre la base de este riesgo, la neutralidad de red se erige para sus defensores, habiendo encontrado también en el Perú espacio en la formulación de políticas públicas de protección de la libertad de expresión.

B. Segunda premisa: la libertad de expresión no solo protege contenidos. El mero acto de transmisión debe también ser tutelado

La protección otorgada por la libertad de expresión tiene, según ciertos autores, una doble faceta: la tutela frente a las intervenciones sobre los contenidos y la tutela frente a las intervenciones denominadas por la doctrina 'neutras'. El primer ámbito se refiere a la garantía clásica que se otorga frente a intervenciones que restringen las ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones. Por su parte, a través del segundo ámbito no se cuestiona la restricción sobre el contenido, sino simplemente intervenciones arbitrarias sobre la forma, tiempo, lugar o medio de transmisión (Huerta Guerrero, 2010, p. 325).

La neutralidad de red, aun cuando se ha justificado principalmente para garantizar la protección del pluralismo de contenidos, también opera asumiendo una tutela 'neutra' de los medios de transmisión. Recordemos que, conforme a la neutralidad de red, debe garantizarse el éxito del mero acto de transmisión de señales en el ciberespacio, sin que sea importante el contenido que este transmita. Será indiferente para que se active la protección de esta política pública que el contenido realmente promueva o no algún factor de interés público.

Esta visión es consistente con el panorama de la Unión Europea, realidad desde la cual se ha tomado prestada la noción de la neutralidad de red como garante de la libertad de expresión. A pesar del silencio *prima facie* que mantienen el artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950) y el artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000) en relación con la protección de las 'formas' o 'medios' de expresión, Belli y Van Dijk interpretan que, dado que la jurisprudencia atribuye la cobertura más amplia, el mero acto de transmisión debería estar dentro del alcance (2016, p. 23; 2006, p. 783). También en Europa, De Hert y Kloza plantearon una opinión similar y mencionaron, entre otros,

los casos *Oberschlick c. Austria* (1991) y *De Haes y Gijssels c. Bélgica* (1992) —en los que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos expresó que el artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no solo tutelaba la esencia de las ideas expresadas sino también la forma en que se transmiten— y el asunto *Öztürk c. Turquía* (1999) —en el que se argumentó que "cualquier restricción impuesta a los medios necesariamente interfiere con el derecho a recibir y difundir información" (2012, p. 8) [traducción libre]¹²—.

Por lo anterior, el acto de transmisión de bits de los ISP (sin importar el mensaje que se transmita) es protegido por la neutralidad de red y debe ser garantizada su consecución como un elemento protegido por la libertad de expresión.

C. Arquitectura abierta

Para un sector importante de la literatura, el protocolo de tecnología que rige la transmisión de bits en la web se basa en una arquitectura abierta, conforme a la cual deben ser los usuarios quienes decidan e impulsen el crecimiento del internet (Murray, 2007, p. 70-74). Para el diseñador de este protocolo, Berners-Lee, la arquitectura abierta refleja también un enfoque filosófico: el ciberespacio debe ser un recurso universal, capaz de crecer de manera ilimitada y sin generar cuellos de botella o puntos de control (*gatekeepers*) (Lessig, 2001, p. 37).

Este principio de arquitectura abierta se conoce como 'Diseño de Extremo a Extremo' o *End-to-End*. Según este principio, la inteligencia de la red debe estar descentralizada y descansa en los usuarios finales (es decir, quienes se encargan de seleccionar los datos de los Proveedores de Contenido a los que quieren acceder), por lo que son ellos quienes deben ser la única fuente de control del destino de la comunicación en lugar de que lo haga el *gatekeeper* intermedio que se encuentra a lo largo de la ruta que toman los bits transmitidos (Saltzer *et al.*, 1984, pp. 277-288). Para que la red funcione en toda su potencialidad y magnitud, el crecimiento debe fundarse en el reconocimiento del concepto de que los bienes digitales son comunes, creados bajo una lógica de compartición dirigida por los propios usuarios y sin ánimo de centralización bajo una única propiedad privada o pública intermedia. Si se dependiese de esos pocos propietarios intermedios, la rapidez del crecimiento de la red sería, se sostiene, carente de dinámica (Mackinnon, 2012, pp. 52-54),

¹² Texto original: "any restriction imposed on the means necessarily interferes with the right to receive and impart information".

Enfocarse en la inteligencia de los anfitriones finales para promover el crecimiento de la red bajo el principio *End-to-End*, como sugiere Lessig, implica que la red debe ser capaz de proveer el servicio a un nivel básico que consiste, exclusivamente, en garantizar la transmisión de la información desde y hacia esos usuarios finales (2001, p. 35). Y esta presunción, según Wu, puede ser traducida en la afirmación que “la red debe ser neutral para todas las aplicaciones” (2003, p. 146) [traducción libre]¹³; de lo contrario, no se podrá asegurar la correcta transmisión de información y los puntos finales donde se encuentran los usuarios serán puestos en un segundo plano.

Así, bajo el principio *End-to-End*, se entiende que el usuario es el promotor del crecimiento de la red y tiene la posición exclusiva de decidir qué datos recibir (y cómo hacerlo), o lo que es lo mismo, una ‘garantía total de transporte de bits’. Y, bajo esa premisa de arquitectura de red, se asume que el usuario tiene una autonomía absoluta en la decisión de contenidos a los que acceder, en ejercicio de su libertad de expresión, sin que el ISP pueda limitarla.

IV. ¿LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ES REALMENTE UN FUNDAMENTO VÁLIDO PARA LA NEUTRALIDAD DE RED? UNA POLÍTICA PÚBLICA SOMETIDA A ESCRUTINIO

En esta sección, evaluaremos críticamente cada una de las razones esgrimidas en la sección III, con el fin de determinar si estas brindan bases adecuadas para sostener el papel esencial de la neutralidad de red en la ecuación de protección de la libertad de expresión en el ciberespacio.

A. ¿Realmente las medidas de gestión de tráfico en la red son una amenaza a la libertad de expresión? Cuando la anécdota se convierte en regulación

La neutralidad de red, como regla de protección *ex ante* de la libertad de expresión bajo un enfoque social, parte de una premisa clave: que las fuerzas del mercado no son confiables, porque las interacciones libres entre ISP privados y Proveedores de Contenido son propensas a restringir discursos y opiniones a través de las medidas de gestión de la red. En este contexto, las intervenciones precautorias serán preferibles en lugar de las respuestas *ex post*.

Sin embargo, es inevitable cuestionarnos esta premisa. Si el mercado de los ISP es un mercado competitivo (poco propenso a carecer de ella), entonces son bajos los incentivos para establecer medidas que sean poco populares ante los usuarios (como lo serían bloqueos o priorizaciones de contenidos contrarias a sus intereses). La competencia disciplina la probabilidad de medidas de gestión de tráfico que afecten al público del servicio. Esta comprobación es crucial, dado que si es baja la probabilidad de resultados perjudiciales contra los Proveedores de Contenido y estos resultados no han ocurrido de manera repetida, la teoría sostiene que adoptar una solución regulatoria preventiva –en la forma de las reglas *ex ante* de neutralidad de red– es cuestionable (Shavell, 1993; pp. 255-287; Hodges, 2015, p. 251).

La literatura y evidencia sugieren que es poco probable que haya un ambiente anticompetitivo en el segmento de las ISP. Esto ocurriría si hubiese factores concurrentes como escasez en la red, así como la falta de alternativas suficientes en el lado de la oferta (ISP) y una baja demanda insatisfecha que hace poco probable el crecimiento de proveedores en ese nicho. Sin embargo, este es un mercado en competencia, por lo que la presencia de ISP (actuales o potenciales) modera su funcionamiento.

En efecto, como Sunstein reconoce cuando explica la posición de quienes apoyan una intervención menos proactiva en el ciberespacio, la escasez ya no es un problema en un mundo de nuevas tecnologías (1994, pp. 1787-1788). A diferencia de otros sistemas de comunicación con tendencia monopólica en los que la red es manejada por una empresa dominante y donde otros operadores enfrentan limitaciones técnicas o económicas para duplicar el cuello de botella (Horwitz, 1991, pp. 27-29, 34), “[l]os ISP no operan en un monopolio natural. La competencia en la industria, pese a ser imperfecta, es real y está creciendo” (Ohlhausen, 2016, p. 149) [traducción libre]¹⁴. A menos que surgiera un cuello de botella y la posición de un ISP no fuese replicable, estos no deberían estar sujetos a obligaciones de transporte universal, como se exige vía la neutralidad de red.

En el Perú, el regulador ha reconocido que los distintos mercados del sector de telecomunicaciones, incluyendo aquel en el que operan los ISP, han presentado “ganancias en competencia” y un “incremento en los niveles de intensidad competitiva”, tras ponderar mejoras en indicadores como

¹³ Texto original: “networks should be neutral as among applications”.

¹⁴ Texto original: “ISPs do not operate in a natural monopoly. Competition in the industry, though imperfect, is real and growing”.

precio, calidad, usuarios y concentración de mercado (Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones [Osiptel], 2018). Es de público conocimiento lo dinámico de la competencia en el segmento de internet móvil y empresarial, por lo cual existe una importante rivalidad entre los distintos ISP de ese rubro. Por su parte, si bien a la fecha de redacción de este artículo se aprecia un alto nivel de concentración en el servicio de internet residencial entre los dos principales operadores (Movistar y Claro), también es cierto que se viene produciendo una penetración exponencial de operadores que, principalmente, recurren a conexiones satelitales y de fibra óptica de gran velocidad para ir ganando terreno en el mercado (Semana Económica, 2019). De hecho, nuevos jugadores como Win, Ultra, Fiberlux y Gpon ya comenzaron a quitarle participación a los dos agentes tradicionales en Lima y buscan ampliar su cobertura agresivamente hacia otras ciudades (Semana Económica, 2021). Esta situación, sumada al hecho que existe aún una muy baja tasa de usuarios del servicio de Internet fijo –se estima que solo 7 de cada 100 peruanos lo tienen en sus hogares, según cifras oficiales difundidas por El Comercio (2020)–, muestran una demanda desatendida que da las condiciones adecuadas para el crecimiento de la oferta y una aún más intensa competencia.

Si prestamos atención a lo que sucede en otras latitudes, la evidencia reafirma la competitividad del segmento de ISP y, por tanto, la poca (o casi nula) probabilidad de que un agente dominante incurra en prácticas de gestión de tráfico indebidas, pues la competencia lo disciplina.

Por ejemplo, el mercado de los ISP en Europa –una de las realidades con la regulación más estricta en materia de neutralidad de red– muestra un comportamiento competitivo saludable, sin condiciones estructurales que impidan el acceso o permanencia de operadores. Aunque se argumenta que los efectos de la agrupación y la red probablemente amenazarán la estructura del mercado de los ISP en el futuro (ISPreview, 2017), “el consumidor europeo promedio tiene una selección de varios proveedores de acceso” (Audibert & Murray, 2016, p. 126) [traducción libre]¹⁵. En el Reino Unido, hasta el 7 de febrero de 2021 habían 212 ISPs (ISPreview, 2021). Un estudio conducido por Rebbeck y Yardley, reveló que el Reino Unido era el mercado de banda ancha fija más competitivo (se encontró una menor concentración del mercado y una disminución constante de los precios), mientras que, en el resto de los países europeos analizados, el índice de concentración (HHI) reveló mercados moderadamente concentrados con condiciones de competencia viables (2015, pp. 25, 33). Ver gráfico 2.

En Estados Unidos –país en el que el mercado de ISP está tradicionalmente más concentrado porque el servicio lo prestan los principales operadores de cable (Audibert & Murray, 2016, p. 126)–, se puede decir que existen presiones competitivas entre las empresas. Según los datos recopilados hasta diciembre de 2013, el Departamento de Comercio estadounidense encontró que, de las velocidades de descarga más populares en ese momento, “el 98% de la población tenía al menos dos opciones de ISP móviles y el 88% tenía dos o más ISP fijos disponibles para ello” (2014, p. 1) [traducción libre]¹⁶.

Gráfico 2

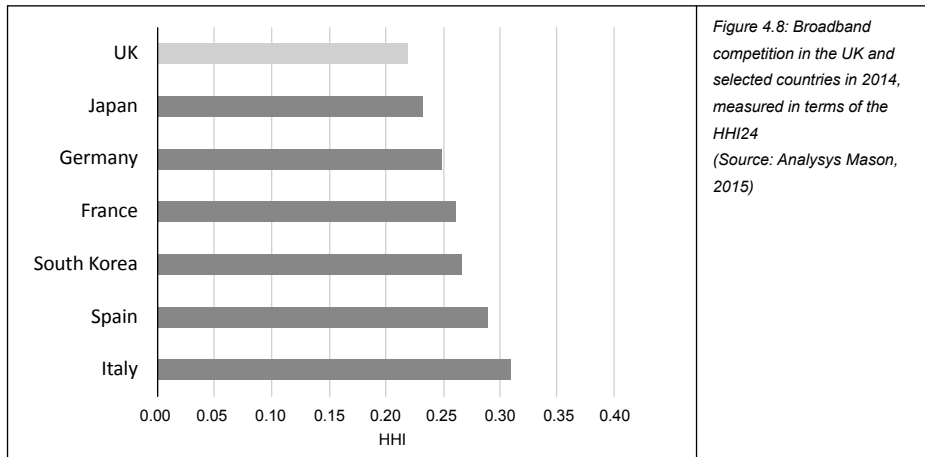


Figure 4.8: Broadband competition in the UK and selected countries in 2014, measured in terms of the HHI₂₄ (Source: Analysys Mason, 2015)

Fuente: Rebbeck & Yardley (2015)

¹⁵ Texto original: “the average European consumer has a choice of several access providers”.

¹⁶ Texto original: “98 percent of the population had a choice of at least two mobile ISPs, and 88 percent had two or more fixed ISPs available to them”.

Mientras que, en un informe del 2015 de la FCC, este regulador confirmó dichos números, añadiendo que los ISP han continuado actualizando y expandiendo sus redes (p. 65).

Las voces opositoras han afirmado que, a pesar del gran número de ISP, los consumidores no ejercen presiones competitivas sobre las decisiones anteriores y, por lo tanto, el mercado no puede prevenir prácticas de gestión de red que conduzcan a violaciones de la libertad de expresión. Cooper y Brown afirman que los consumidores tienen una capacidad limitada para cambiar de ISP porque desconocen qué significan estas medidas, enfrentan barreras de mercado y no están interesados en las políticas de gestión del tráfico (2015, p. 1). Sin embargo, incluso en tales condiciones, vale la pena mencionar la existencia de pocos incidentes de gestión de tráfico violatorios de la neutralidad de red en Perú, así como Europa y Estados Unidos, dos realidades que reportan, además, casos de poca escala, según relata Marcus (2016, p. 259).

En el Perú, por ejemplo, Morachimo Rodríguez da cuenta que en el 2009 –bajo la vigencia de una norma sectorial anterior al Reglamento (aunque de contenido similar)– el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, Osiptel) sancionó a Telefónica del Perú por bloquear un puerto en un contexto de emergencia (2019, p. 4). Por su parte, el propio regulador de telecomunicaciones, en su portal oficial, difunde la existencia de un caso adicional, referido al bloqueo de puertos lógicos implementado por Claro en el periodo 2017-2018, que afectó el envío y/o recepción de correos entre servidores y generó problemas en la transferencia de archivos de manera remota desde terminales con el sistema operativo Windows de los usuarios (Osiptel, 2020). En suma, a la fecha de esta investigación (febrero de 2021), solo dos casos atestiguan la aplicación de gestiones de tráfico que ameritaron la sanción del regulador.

A nivel europeo, Marcus da cuenta de la aseveración de BEREC, organismo que aseguró que “muy pocas autoridades regulatorias nacionales han reportado incidentes relevantes respecto a la neutralidad de red [solo dos incidentes ninguno de los cuales requirió acción regulatoria explícita]” (2016, p. 266) [traducción libre]¹⁷, mientras

que Belli resaltó que los usuarios afectados por algún tipo de restricción en la gestión del tráfico centraron sus cuestionamientos propiamente en bloqueos y no en otras prácticas prohibidas por la neutralidad de red, como la priorización de líneas y contenidos (2016, p. 22). May afirma que, por su parte, Estado Unidos ha experimentado una tendencia similar, porque “[a] excepción de algunos incidentes aislados y solucionados rápidamente”, los ISP no han “bloqueado, impedido o restringido el acceso de los suscriptores a las aplicaciones de Internet o el contenido de entidades no afiliadas” (2007, p. 199) [traducción libre]¹⁸.

Como puede verse, las limitaciones a la libertad de expresión no han sido comunes en el ámbito de los ISP y “no es obvio que un ISP maximice las ganancias al comprometer el valor de su red al negar a los consumidores su contenido preferido” (Ohlhausen, 2016, p. 130) [traducción libre]¹⁹. Esto probablemente explica por qué al discutir la introducción de neutralidad de red en Europa, se reconoció que “existe cierta incertidumbre acerca de si las disposiciones actuales [nos referimos a las disposiciones *antitrust* y de protección al consumidor] [...] son suficientes para lidiar con el bloqueo de los servicios de la sociedad de la información” (Comisión de las Comunidades Europeas, 2007, p. 99). Las fuerzas del mercado, entonces, no han sido una limitación significativa y constante para la capacidad de transmitir bits a través del ciberespacio, poniendo en tela de juicio la necesidad de una regulación, que parece basarse en la anécdota. Ante incidentes aislados, bien puede acometerse la protección a través de herramientas de control *ex post* de conductas, canalizables a través de denuncias de competencia, de protección del usuario del servicio de telecomunicaciones o incluso vía demandas de amparo.

B. ¿La neutralidad de la red fomenta el pluralismo y otros valores democráticos?

De acuerdo con el enfoque social de la libertad de expresión, se requiere la intervención proactiva del gobierno en el mercado para alentar un mayor número de opiniones y discursos imparciales, ya que esta condición es un requisito previo para lograr el pluralismo de los medios, así como el compromiso democrático con los asuntos públicos (Sunstein, 1994, p. 1759-1760).

¹⁷ Texto original: “BEREC noted as recently as June 2014 that “very few NRAs have reported specific relevant net neutrality incidents.” BEREC noted only two incidents, neither of which required explicit regulatory action”.

¹⁸ Texto original: “Except for a few isolated and quickly remedied incidents, neither the cable operators nor the telephone companies providing broadband Internet services have yet blocked, impaired, or otherwise restricted subscriber access to Internet applications or the content of unaffiliated entities”.

¹⁹ Texto original: “It is not obvious that an ISP would maximize profit in compromising the value of its network by denying consumers their preferred content”.

La neutralidad de red no implica la valoración de la naturaleza de los discursos afectados por la gestión del tráfico de ISP ni si dichas decisiones constituyen censuras por el contenido o se basan en un interés comercial (desvinculado del contenido o mensaje). Siendo ello así, la pregunta que surge es si el mero objetivo de tener más Proveedores de Contenido capaces de transmitir su contenido (sin importar de qué trate este) podría efectivamente llevar al pluralismo y potenciación de la deliberación democrática.

Este cuestionamiento arroja una respuesta dudosa y discutible en el mejor de los casos. El pluralismo, como acertadamente ha sido explicado en la literatura, se sostiene en que exista una variedad de los siguientes elementos: (i) propietarios o agentes que ejercen control, (ii) tipos y géneros de medios, (iii) puntos de vista políticos, (iv) expresiones culturales, e (v) intereses locales y regionales (Katholische Universität Leuven *et al.*, 2009, p. 5). El pluralismo de opinión, además, depende de la situación de los Proveedores de Contenido en su relación con los actores políticos (High Level Group on Media Freedom and Pluralism, 2013, p. 13.), la representación justa y diversa que incluye puntos de vista e intereses de las minorías (Katholische Universität Leuven *et al.*, 2009, p. 9), entre otros factores que van más allá de asegurar un mero mayor número de ‘hablantes’ cuya transmisión de su discurso sea garantizada. El pluralismo no puede depender exclusivamente de tener un mayor o menor número de Proveedores de Contenido cuyo mensaje tiene una garantía de transmisión bajo la neutralidad de red porque, como afirma Horwitz, concebir que el número de oradores refleja el compromiso con el pluralismo es inexacto (1991, p. 50).

En ese sentido, debe recordarse que, bajo el enfoque social de la libertad de expresión, la protección de lo transmitido dependerá de que contribuya a la formación de una opinión pública libre, lo que ha significado que, por ejemplo, el Tribunal Constitucional peruano (Expediente 2579-2003-HD/TC, 2004, párr. 6,) o su par español (Marciani Burgos, 2005, p. 357) proporcionen protección preferente siempre que el contenido lesionado abone al debate público.

Lamentablemente, la neutralidad de red no provee un marco legal para determinar si el discurso del Proveedor de Contenido que se ha visto afectado por la medida de gestión de tráfico implementada

por la ISP se relaciona con asuntos de relevancia pública. Aun siendo un factor subjetivo, podría decirse que un contenido de relevancia será aquel capaz de incidir en los patrones de ignorancia o apatía y promover una toma de decisión sobre asuntos públicos y de interés en la sociedad actual en oposición a contenidos que carecen de intención comunicativa (Baker, 1997, p. 319). No negamos que cada usuario es libre de elegir el contenido que desea consumir. Sin embargo, es indudable que, si el contenido elegido no contribuye a la deliberación pública, no tendría por qué tener un privilegio regulatorio y una garantía de transmisión a toda costa. En nuestra opinión, debería asumirse una visión menos estricta y pasarse de un sistema de prohibición *per se* de las medidas de gestión de tráfico a uno de revisión caso por caso, en el que se valide si el contenido tiene o no impacto sobre la deliberación pública, pluralismo y deliberación democrática, pues solo en ese supuesto podría evaluarse si corresponde privilegiarse al Proveedor de Contenido por sobre el ISP.

Por otro lado, incluso si se presumiera que el mayor número de Proveedores de Contenido resulta un factor relevante en sí mismo para la promoción de la formación la opinión pública, la investigación en el ámbito de las ciencias del comportamiento sugiere que la mayor cantidad de opciones tiende a crear marcos abrumadores que, al final del día, afectan la capacidad de las personas para ejercer su derecho a elegir. Es decir, se genera el efecto contrario. Gigerenzer y Gaissmaier identificaron situaciones en las que menos información conduce a decisiones más precisas con menos esfuerzo (2011, pp. 451-482). En la misma corriente, otros experimentos en el terreno conductual han probado que

cuando los participantes se enfrentaron con dos docenas de opciones (en lugar de seis opciones), la situación fue abrumadora [...] tener menos opciones para considerar podría ser menos abrumador, particularmente cuando las diferencias entre las opciones son triviales [...] En este caso, más opciones no implicaban mayor voluntad o autonomía. (Lyengar & Leeper citados por Moller *et al.*, 2006, p. 107) [traducción libre]²⁰.

Es innegable que “los discursos en ejercicio de la libertad de expresión no pueden ser tratados como un simple *commodity*” (Sunstein, 1994, p. 1780) [traducción libre]²¹. Sin embargo, no basta con ase-

²⁰ Texto original:

when participants were confronted with two dozen options (rather than six options), the situation was overwhelming [...] having fewer options to consider could be less overwhelming, particularly when the differences among the options are trivial [...] In this case, more options did not imply greater volition or autonomy,

²¹ Texto original: “speech should not be treated as a simple commodity”.

gurar formalmente un mayor número de emisores en igualdad de condiciones para la transmisión de sus datos. La neutralidad de red no ofrece un marco para determinar si las decisiones de tráfico de los ISP han significado una amenaza para los diversos factores que verdaderamente dan forma al pluralismo y promueven el debate democrático, que es el sustento del enfoque social de la libertad de expresión.

C. Neutralidad de red: ¿una violación a los derechos fundamentales de los propios ISP?

Como explicamos, para algunos autores y bajo la aproximación europea, la protección otorgada por la libertad de expresión se extiende al mero acto de transmisión, lo que justifica que los bits deban viajar en el ciberespacio sin interrupciones, sin importar su contenido.

Al margen de la crítica sobre el escaso valor que esta premisa podría tener para la formación de la democracia y el interés público si el contenido transmitido no se relaciona con dichos valores, un punto de debate adicional radica en definir si la libertad de expresión realmente protege el mero acto de transmisión. Al respecto, ante la ausencia de trabajos y decisiones nacionales sobre el tema, resulta esclarecedor el trabajo de Benjamin en referencia a este tópico en los Estados Unidos, país con el *case law* quizás más prolífico sobre libertad de expresión.

Al desarrollar el alcance de la jurisprudencia de la Corte Suprema, Benjamin aclara que esta nunca ha sugerido la cobertura de la Primera Enmienda para el acto de transmisión de los bits o para todos los transmisores de voz. Así, explica Benjamin, esta Corte ha aplicado la Primera Enmienda solo a personas o empresas que hacen mucho más que simplemente transportar (2011, p. 1687). Esto ha sucedido, por ejemplo, en casos emblemáticos como el asunto *Turner Broad Sys. c. FCC* (1994), donde antes que protegerse a estos medios en su calidad de transmisores, su nivel de compromiso con el contenido editorial fue el aspecto relevante que los caracterizó como agentes protegidos por la Primera Enmienda; o en el caso *Rumsfeld c. Forum for Academic and Constitutional Rights, Inc.* (2006), en el que la Corte Suprema declaró que nunca ha sido materia de protección de la libertad de expresión o

de prensa el solo hecho que la conducta cuestionada haya impactado sobre algún medio que transmite alguna forma de lenguaje (escrito, hablado o impreso), sino si la conducta incide sobre algún mensaje con contenido e intención comunicativa.

En tal sentido, Benjamin hace una analogía interesante para desacreditar el efecto que daría la mera protección del acto de transmisión de bits, por no comprobarse en él una intención comunicativa:

Imagine que FedEx decidió acelerar la entrega de documentos dirigidos a compañías con las que tenía una relación comercial; es decir, FedEx otorgaría un tratamiento preferencial en su calendario de entrega a los documentos enviados a las compañías que pagaron por el privilegio. Una decisión del Congreso de prohibir tal práctica puede o no ser una buena política, pero no parece plantear problemas desde la Primera Enmienda [...] Al decidir si una conducta particular posee suficientes elementos comunicativos para poner en juego la Primera Enmienda, debemos preguntarnos si 'había presente una intención de transmitir un mensaje particularizado [...] el transporte no discriminatorio de una empresa (de bits o cualquier otra cosa) permite la comunicación, pero no tiene contenido, y por lo tanto no expresa ideas (2011, p. 1686-1695) [traducción libre]²².

No obstante, asumiendo que la libertad de expresión otorga una garantía sobre el mero acto de transmisión y que, en aplicación de ello, la neutralidad de red protege el transporte de bits, no debe perderse de vista que el ISP también tendría derechos en juego que se ven afectados si se le prohíbe decidir a qué Proveedor de Contenido privilegiar frente a otro.

De hecho, se vería impactada su propia libertad de expresión para elegir los contenidos que difunde, pues el ISP no es sino un agente en un estatus similar a un diario, que decide en ejercicio legítimo de su libertad editorial qué noticia difundir y qué columna publicar. Por lo tanto, aplicando de manera analógica el razonamiento de la Corte Suprema de los Estados Unidos establecido en el caso *Miami Herald Publishing Company c. Tornillo* (1974), en el que sostuvo que ninguna disposición legal puede obligar a los periódicos privados a incluir un contenido en sus publicaciones, la neutralidad de red

²² Texto original:

Imagine that FedEx decided to speed up the delivery of documents addressed to companies with which it had a financial relationship; that is, FedEx would give preferential treatment in its delivery schedule to documents sent to companies that paid it for the privilege. A congressional decision to ban such a practice may or may not be good policy, but it would not seem to raise First Amendment issue [...] In deciding whether particular conduct possesses sufficient communicative elements to bring the First Amendment into play, we have asked whether '[a]n intent to convey a particularized message was present. [...] a company's nondiscriminatory transportation (of bits or anything else) enable.

impone directamente una carga sobre este derecho editorial, que es manifestación de la libertad de expresión del ISP.

En suma, al exigirse, vía la aplicación de neutralidad de red, que un ISP transmita información o contenidos que comercialmente preferiría no priorizar, se “puede afectar la libertad de expresión del ISP para impartir información a los usuarios finales” (Sluijs, 2012, p. 521) [traducción libre]²³. En nuestra opinión, acogemos lo dicho por McDowell, quien, advirtiendo sobre la aplicación de la neutralidad de red, la calificó como una “extralimitación [...] que también violaría la prohibición de la Primera Enmienda que prohíbe la difusión de un discurso ordenado o forzado por el Estado, convirtiéndose en la otra cara de la censura” (2014, p. 13) [traducción libre]²⁴.

Pero, además, debe recordarse que los ISP, en el contexto de la gestión de tráfico, ejercen su libertad de empresa y de contratación, y su derecho de propiedad. La gestión de tráfico es una decisión inspirada en razones comerciales, como lo sería la decisión de establecer una priorización de contenidos (e.g., basados en un convenio que privilegia el ancho de banda para contenido de Netflix sobre el de Amazon Prime) o programas de *zero-rating* (e.g., el acceso sin costo a la plataforma educativa ‘Aprendo en Casa’ o a ‘Discover’ de Facebook, como parte de una estrategia de responsabilidad social en pandemia) (Villena, 2020). En nuestra opinión, mantener la premisa que cualquier gestión de tráfico que discrimine en el acto de transmisión de bits debe ser protegida a toda costa y prohibida bajo la neutralidad de red, implicaría asumir una suerte de protección preferente al derecho de los Proveedores de Contenido por sobre los ISP, quienes también son titulares de otros derechos fundamentales en juego. Conceder un sistema de protección preferente, como critica Marciani, es cuando menos discutible, porque el sistema nacional no establece tal jerarquía y propone un sistema de ponderación entre derechos fundamentales (2005). En ese sentido, nuevamente se debe sugerir que en lugar de asumir una regla dura de prohibición *per se* de las medidas de gestión de tráfico, se evalúe según el caso concreto, pues las señales del caso nos demostrarán si conviene limitar derechos de libertad de expresión y derechos fundamentales económicos del ISP considerando el impacto adverso sobre la deliberación pública que genera su decisión de gestión de tráfico.

Finalmente, creemos importante recordar que no todas las medidas de gestión de tráfico son iguales y, por consiguiente, es discutible que en todos los casos produzcan lesiones al supuesto derecho a transmitir bits. Un bloqueo no es similar a una priorización entre Proveedores de Contenido, por ejemplo, porque en este último caso el discurso no es bloqueado, solo retrasado (siendo finalmente accesible). Así, nos alineamos a lo ya desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha argumentado en el asunto *Appleby c. Reino Unido* (2003) que solo las prohibiciones completas en lugar de las interferencias parciales de entidades privadas pueden considerarse una violación a la libertad de expresión. En ese caso, la corte declaró que las obligaciones positivas sobre la propiedad privada deben ser proporcionadas y, dado que existía la capacidad de los Proveedores de Contenido para utilizar medios alternativos, no se produjo una violación.

Tendemos a apoyar esta posición y, por lo tanto, opinamos que las medidas de gestión de tráfico calificadas en nuestro Reglamento como “arbitrarias” no pueden desafiar por sí solas la libertad de expresión como lo alega la fórmula de neutralidad de red, dado que el Proveedor de Contenido –salvo que enfrente una censura absoluta– sigue siendo capaz de comunicar su mensaje. Siguiendo a Sluijs, en la evaluación de los conflictos entre la libertad de expresión y los derechos de las partes privadas (como los ISP), se debe tener en cuenta el justo equilibrio que debe lograrse entre el interés general de la comunidad y los intereses de los propios IPS. Por lo tanto, una restricción no sería nociva siquiera a la libertad de expresión del Proveedor de Contenido si frente al acto de gestión de tráfico de un ISP existen alternativas para que el Proveedor de Contenido difunda sus mensajes en internet (2012, p. 513).

Por lo anterior, somos de la opinión que es discutible que la libertad de expresión esté en juego en el mero acto de transmisión de bits o que siquiera esté restringida si la medida de gestión de tráfico no consiste en un bloqueo. Pero, en cualquier caso, de estarlo, este mismo derecho a la libertad de expresión también ampara al ISP –quien tiene un derecho editorial a decidir qué contenidos difunde y/o privilegia sobre otros–, contando además este ISP con derechos fundamentales económicos tales como la libertad de contratación, libertad de empresa y propiedad. Esto sugiere un análisis caso

²³ Texto original: “end-users or CSPs might be impeded in their freedom of expression because of a particular form of network management by an ISP”.

²⁴ Texto original: “overreach [...]. It would also violate the First Amendment’s prohibition against state-mandated, or forced, speech – the flip side of censorship”.

por caso en lugar de una fórmula absoluta como la de la neutralidad de red.

D. La arquitectura abierta en juego

El principio *End-to-End* es una noción técnica y filosófica que se le atribuye al internet. Como explicamos, los defensores de este principio sostienen que, por su propia naturaleza, la inteligencia de la red reside en sus puntos finales y no se puede deber a una administración centralizada. De hecho, se afirma que la libertad de la red está integrada en su propia existencia y es bajo este principio que el concepto de neutralidad de red ha sido construido.

No obstante, la arquitectura de extremo a extremo no es un principio del cual dependa la existencia de la red. De hecho, como lo explica Marsden (2009) el internet se inició sin un modelo de arquitectura abierta. Internet fue “una creación de gobiernos e instituciones educativas, y continúa siendo regulada por el gobierno [...] No hay un sesgo inherente hacia la apertura o el cierre de la red que no pueda deshacerse” (Marsden, 2009, p. 22) [traducción libre]²⁵.

Como lo explican técnicamente Calvert y sus coautores, las condiciones de acceso actuales al internet residencial o móvil revelan que es falsa la premisa según la cual los puntos finales de la red (usuarios) son los inteligentes, puesto que estos puntos finales presentan problemas incrementales y requieren monitoreo de otros agentes (2007). Los puntos finales deben ser configurados para garantizar la interoperabilidad y sus usuarios carecen de sofisticación técnica y no pueden distinguir si el problema de acceso responde a un defecto en su computadora, el *Wireless Point*, el *router*, el ISP o el *website*, lo que hace necesario un sistema de manejo que recaiga en puntos intermedios. En esta línea es que la literatura anota que siempre ha habido gestión del tráfico de varios tipos en internet, siendo el aseguramiento de la calidad de servicios en internet una finalidad a priorizar que requiere servicios robustos que dependen de puntos intermedios (Sandvig & Crowcroft citados por Marsden, 2009, p. 25). Asimismo, Marcus apoya la idea que la gestión de tráfico está fuertemente vinculada a la existencia de las actividades en internet por encima del propio principio de extremo a extremo, siendo que “la priorización de envío siempre estuvo presente en el Protocolo de Internet

[...] El trabajo en la entrega de tráfico priorizada [...] tiene una rica tradición con raíces que se remontan a los primeros días de internet” (2016, pp. 264-265) [traducción libre]²⁶. Estos primeros días, como explicamos, fueron manejados por agentes intermedios públicos, sin que la inteligencia de la red recayese en los puntos finales.

Actualmente, internet está “abrumadoramente manejado privadamente” (Lessig, 2001, p. 26) [traducción libre]²⁷ y no manejado públicamente, como ocurrió en sus comienzos. De todos modos, esto no significa que la arquitectura abierta esté en su plenitud. La larga tradición de medidas de tráfico y el estado cada vez más congestionado de la red apoya el escrutinio de los méritos de la neutralidad de red y lleva a evaluar si se debe otorgar más confianza en los puntos intermedios de la red (ISP), a fin de que esta red opere bajo una interconexión dinámica y de calidad (Hahn & Litan, 2003).

V. CONCLUSIONES

Es más que obvio que los ISP deben ser supervisados en su manejo de la red, pues sería ingenuo asumir que el poder privado no puede conducir a distorsiones de la libertad de expresión, en tanto controlan los medios a través de los cuales los mensajes viajan en el ciberespacio. Pese a ello, lo que debemos preguntarnos no es sobre la capacidad de los ISP para socavar la libertad de expresión, sino si realmente constituyen una amenaza importante para esta y si la neutralidad de red cumple su función social de promover la democracia y valores deliberativos.

En lugar de encontrarse apoyada en evidencia de limitaciones recurrentes malintencionadas y graves en la transmisión de información, el principio de neutralidad de red se basa en una asunción ideológica de precaución y en la creencia de una arquitectura abierta que, como explicamos, es un concepto que debe revisitarse en una red manejada por entidades privadas, que también tienen un control editorial de los bits que transmiten y derechos como el de propiedad y libertad de empresa y contratación. Si asumimos que toda práctica de gestión de red de los ISP –como lo hace el Reglamento– está prohibida, no podríamos “reconocer el punto económico fundamental que la mayoría de las relaciones contractuales verticales beneficia a los consumidores”, de acuerdo con Wright

²⁵ Texto original: “creation of governments and educational institutions, and continues to be regulated by government, [...]. There is no inherent bias towards openness or closure of the network that cannot be undone by critical decisions at this juncture”.

²⁶ Texto original: “Prioritized delivery was always envisioned as part of the Internet Protocol [...] Work on prioritized traffic delivery over IP has a rich tradition with roots going back to the earliest days of the Internet”.

²⁷ Texto original: “overwhelmingly handled privately”.

(2014, pp. 9-10). El perjuicio tiende a ser improbable porque como sostienen Palazuelos y Herrera, los derechos de los usuarios son consistentes con los intereses de los ISP, pues estos últimos no tienen incentivos para impedir a los primeros el acceso al mayor número de información y servicios, si eso es lo que el mercado demanda (2010, p. 11).

Los mercados regularmente florecen pese a la existencia de acuerdos de integración vertical, como lo serían los acuerdos entre ISP con Proveedores de Contenido. Esa es la premisa de la Ley de libre competencia peruana, que no prohíbe de forma absoluta los acuerdos verticales, por lo que establece solo una sanción relativa ante este tipo de conductas y siempre que se verifique ausencia de justificación y que el efecto perjudicial supere a los beneficios (Decreto Supremo 030-2019-PCM, 2019, art. 12). Siendo ello así, en lugar de un sistema de prohibición *ex ante* y *per se* como el de neutralidad de red, parece más aconsejable un sistema de control *ex post* y caso por caso, que bien podría ser proporcionado por el sistema de control antimonopólico o de protección al consumidor; o, si la violación es probadamente intensa sobre un contenido de valor para la opinión pública, a través de la vía judicial constitucional y tras llevar a cabo un ejercicio de ponderación entre los derechos del ISP y el Proveedor de Contenido, y los usuarios.

Aun cuando algunos autores sostienen que la inmediatez que proporciona la intervención regulatoria *ex ante* bajo el principio de neutralidad de red es preferible frente a la intervención *ex post* que requiere largos litigios para ser aplicada (Economides citado por Albert Márquez, 2018, p. 79), debe notarse que esa perspectiva pierde de vista que en estos litigios es posible obtener medidas cautelares precautorias. Nuestra opinión, en esa línea, es que es aconsejable un enfoque más indulgente respecto a prácticas de gestión de tráfico como la priorización, dado que las decisiones comerciales de los ISP no impiden por completo la libertad de expresión de los usuarios finales y de los Proveedores de Contenido, en la medida en que no bloquean completamente la transmisión.

Comparar, bajo un concienzudo Análisis de Impacto Regulatorio (RIA), la idoneidad de las obligaciones normativas de la neutralidad de red frente al valor que otorgan las intervenciones *ex post*, sería una opción de política regulatoria que las autoridades deberían acometer. Como señala Stylianou,

la premisa más básica de la regulación es que las reglas de aplicabilidad general, como las de neutralidad de la red, deben reservarse únicamente para un daño generalizado lo suficientemente significativo como para justificar el costo inevitable que viene con la regulación (2017 [traducción libre]²⁸).

En ese sentido, si se tienen solo casos anecdóticos y la estructura del mercado no justifica una intervención preventiva, controles de conducta con la habilidad de imponer medidas precautorias según el caso, en lugar de la prohibición absoluta vía la neutralidad de red, resultan instrumentos de intervención más aconsejables. ¶

REFERENCIAS

- Adamson, G. (2002). Internet Future: A Public Good or Profit Centre? *Science and Culture*, 11(2), 257-275. <https://doi.org/10.1080/09505430220137270>
- Albert Márquez, J. (2018). El Principio de Neutralidad en Internet. Una Aportación a la Libertad de Comunicación en Internet desde el Pensamiento de Francisco de Vitoria. *Estudios de Deusto*, 66(2), 71-103.
- Audibert, L., & Murray, A. (2016). A Principled Approach to Net Neutrality. *Escripsted*, 13(2), 119-143. <http://dx.doi.org/10.2966/scrip.130216.118>
- Baker, E. (1997). Giving the Audience What It Wants. *Ohio State Law Journal*, (58), 313-417.
- Balkin, J. (2008). The Future of Free Expression in a Digital Age. *Pepperdine Law Review*, (36), 427-444.
- Becker, G., Carlton, D., & Sider, H. (2010). Net Neutrality and Consumer Welfare. *Journal of Competition Law and Economics*, 6(3), 497-519.
- Belli, L. (2016). End-to-End, Net Neutrality and Human Rights. En L. Belli & P. De Filippi (eds.), *Net Neutrality Compendium* (pp. 13-29). Springer International Publishing.
- Benjamin, S. (2011). Transmitting, Editing, and Communicating: Determining What 'The Freedom of Speech' Encompasses. *Duke Law Journal*, (60), 1673-1713.

²⁸ Texto original: "the most basic premise of regulation is that rules of general applicability, like the ones on net neutrality, should be reserved only for generalised harm significant enough to justify the unavoidable cost that comes with regulation".

- Body of European Regulators for Electronic Communications [BEREC] (2015) *What is Traffic Management and What is "Equal Treatment"?*. https://BEREC.europa.eu/eng/netneutrality/traffic_management/
- (2016). *Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules*. https://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/regulatory_best_practices/guidelines/6160-berec-guidelines-on-the-implementation-by-national-regulators-of-european-net-neutrality-rules
- Brouwer, D. (2017). *Zero-rating and net neutrality in the European Union. What legal should the EU legislator adopt with respect to zero-rating offers where applications do not count towards the data cap of the consumer* (tesis de maestría). Universidad de Tilburg University, Países Bajos.
- Calver, K., Edwards, W., & Grinter, R. (2007). *Moving Toward the Middle: The Case Against the End-to-End Argument in Home Networking*. <https://www.cc.gatech.edu/~keith/pubs/hotnets07-end-to-end.pdf>
- Castillo-Córdova, L. (2006). Las Libertades de Expresión e Información como Derechos Humanos. En L. Castillo-Córdova (coord.), *Las libertades de expresión e información: Primeras Jornadas sobre Derechos Humanos*. Palestra Editores.
- Cerf, V. (2012) Internet Access is not a Human Right. *The New York Times*. http://www.nytimes.com/2012/01/05/opinion/internet-access-is-not-a-human-right.html?_r=1
- Chalmers, D., & Trotter, S. (2016). Fundamental Rights and Legal Wrongs: The Two Sides of the Same EU Coin. *European Law Journal*, 22(1), 9-39. <https://doi.org/10.1111/eulj.12168>
- Cooper, A., & Brown, I. (2015). Net Neutrality: Discrimination, Competition, and Innovation in the UK and US. *Transactions on Internet Technology*, 15(1), 1-21.
- De Hert, P., & Kloza, D. (2012). Internet (access) as a new fundamental right. Inflating the current rights framework? *European Journal of Law and Technology*, (3).
- Departamento de Comercio de los Estados Unidos (2014). *Competition Among US Broadband Service Providers*. https://www.researchgate.net/publication/288831808_Competition_Among_US_Broadband_Service_Providers
- Doverspike, R., Ramakrishnan, K., & Chase, C. (2010). Structural Overview of ISP Networks. En C.R. Kalmanek, S. Misra & Y. R. Yang, (eds.), *Guide to Reliable Internet Services and Applications* (pp. 19-93). Springer-Verlag.
- El Comercio (25 de febrero de 2020). *¿Está perjudicialmente concentrado el mercado de Internet fijo en el Perú?* <https://elcomercio.pe/economia/dia-1/internet-fijo-en-el-peru-esta-perjudicialmente-concentrado-el-mercado-osiptel-operadores-movistar-claro-entel-noticia/>.
- Comisión Federal de Comunicaciones (2015). *2015 Broadband Progress Report and Notice of Inquiry on Immediate Action to Accelerate Deployment*. <https://www.fcc.gov/reports-research/reports/broadband-progress-reports/2015-broadband-progress-report>
- (2017). *Restoring Internet Freedom Order*. <https://www.fcc.gov/document/fcc-releases-restoring-internet-freedom-order>
- Free Press (2019). Save the Internet. Net Neutrality: What You Need to Know Now. *Free Press*. <https://www.freepress.net/issues/free-openinternet/net-neutrality/net-neutrality-what-you-need-know-now>
- Fung, B. (2017) This Poll Gave Americans a Detailed Case for and Against the FCC's Net Neutrality Plan. The Reaction Among Republicans was Striking. *The Washington Post*. <https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2017/12/12/this-poll-gave-americans-a-detailed-case-for-and-against-the-fccs-net-neutrality-plan-the-reaction-among-republicans-was-striking/>.
- Gigerenzer, G., & Gaissmaier, W. (2011). Heuristic Decision Making. *Annual Review of Psychology*, (62), 451-482.
- Hahn, R., & Litan, R. (2003). *The Myth of Network Neutrality and What We Should Do About it*. <https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/06/200611.pdf>.
- Hahn, R., & Wallsten, S. (2006) The Economics of Net Neutrality. *Economists' Voice*.
- Harris, A (2016). Net Neutrality and Its Potential Impact on Free Speech. *Czasopismo-Prawno-Historyczne*, (68), 223-235.

- High Level Group on Media Freedom and Pluralism (2013). *A Free and Pluralistic Media to Sustain European Democracy*. <https://wayback.archive-it.org/12090/20210108153846/https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/high-level-group-media-freedom-and-pluralism>
- Hodges, C. (2015). Responsive, Meta and Compliance Theories. En *Law and Corporate Behaviour. Integrating Theories of Regulation, Enforcement, Compliance and Ethics* (pp. 241-256). Bloomsbury Publishing.
- Horwitz, R. (1991). The First Amendment Meets Some New Technologies: Broadcasting, Common Carriers, and Free Speech in the 1990s'. *Theory and Society*, (20), 21-72.
- Hudson, D. (2018). In the Age of Social Media, Expand the Reach of the First Amendment. *Human Rights Magazine of the American Bar Association*, 43(4).
- Huerta Guerrero, L. (2010). Libertad de expresión: fundamentos y límites a su ejercicio. *Pensamiento Constitucional*, 14(14), 319-344.
- ISPreview (2017). Report Calls for More Competition in the UK Fixed Line Broadband ISP Market. <https://www.ispreview.co.uk/index.php/2017/10/report-calls-competition-uk-fixed-line-broadband-isp-market.html>.
- (2021). UK ISP Listing. https://www.ispreview.co.uk/isp_list/index.php.
- Jordan, S. (2007). A Layered Network Approach to Net Neutrality. *International Journal of Communication*, (1), 427-460.
- Koops, B.-J., & Sluijs, J. (2012). Network Neutrality and Privacy According to Art.8 ECHR. *European Journal of Law and Technology*, 2(3) 1-23.
- Kreimer, S. (2006). Censorship by Proxy: The First Amendment, Internet Intermediaries, and the Problem of the Weakest Link. *University of Pennsylvania Law Review*, 155(11), 11-101.
- Katholieke Universiteit Leuven – ICRI, Central European University – CMCS, Jönköping International Business School – MMTC y Ernst & Young Consultancy Belgium (2009). *Independent Study on Indicators for Media Pluralism in the Member States – Towards a Risk-Based Approach. Report prepared for the European Commission Directorate-General Information Society and Media*. <https://www.rcmediafreedom.eu/Publications/Reports/Independent-Study-on-Indicators-for-Media-Pluralism-in-the-Member-States-Towards-a-Risk-Based-Approach>
- Lessig, L. (2001). The Future of Ideas. *The Fate of the Commons in a Connected World*. Random House.
- London School of Economics (2011). *Net Neutrality: The First Amendment of the Internet*. <https://core.ac.uk/download/pdf/221873.pdf>.
- Lyons, D. (10 de mayo de 2017) The First Amendment Red Herring in the Net Neutrality Debate. *Forbes*. <https://www.forbes.com/sites/washingtonbytes/2017/03/10/the-first-amendment-red-herring-in-the-net-neutrality-debate/?sh=63add81326ae>.
- Mackinnon, R. (2012). *No sin nuestro consentimiento. La lucha mundial por la libertad en internet* (Javier San Julián, trad.). Ediciones Deusto.
- Marciani Burgos, B. (2005). La posición preferente del derecho a la libertad de expresión: un análisis crítico de sus fundamentos. *Pensamiento Constitucional*, 11(11), 351-378.
- Marcus, S. (2016). New Network Neutrality Rules in Europe: Comparisons to those in the US. *Colorado Tech Law Journal*, 14(2), 259-280.
- Marsden, A. (2009). *Net Neutrality: Towards a Co-Regulatory Solution*. Bloomsbury Academic.
- May, R. (2007). Neutrality Mandates: Neutering the First Amendment in the Digital Age. *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, 3(1), 197-210.
- McDowell, R. (28 de agosto de 2014). Net Neutrality Vs. Free Speech. *Wall Street Journal, Eastern Edition*, A13.
- Mendoza Escalante, M. (2005). La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. *Pensamiento Constitucional*, (11), 219-271.
- Ministerio de Transportes y Comunicaciones (2013). *Matriz de comentarios al proyecto de Decreto Supremo que aprueba el reglamento de la Ley N°29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica*. https://portal.mtc.gob.pe/comunicaciones/regulacion_internacional/regulacion/documentos/servicios_publicos/Matriz_comentarios_Proyecto_Decreto_Supremo_Reglamento__Ley_29904.pdf

- Moller, A., Ryan, R., & Deci, E. (2006). Self-Determination Theory and Public Policy: Improving the Quality of Consumer Decisions without Using Coercion. *Journal of Public Policy & Marketing*, 25(1), 104-116. <https://doi.org/10.1509%2Fjppm.25.1.104>
- Morachimo Rodríguez, M. (2016). Buscando las Raíces Constitucionales de las Normas sobre la Neutralidad de red. *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, (99), 243-252.
- (2017). ¿Qué Significa el Reglamento de Neutralidad de red? *Gaceta Constitucional* (110), 250-252.
- (2019). *Neutralidad de Red y Libertad de Expresión en Perú*. https://www.mom-rsf.org/uploads/tx_ifrogmom/documents/Neutralidad_de_Red_y_Libertad_de_Expresion_en_Peru__1_.pdf.
- Murray, A. (2007). *The Regulation of Cyberspace: Control in the Online Environment*. Routledge-Cavendish.
- Nunziato, D. (2009). *Virtual Freedom. Net Neutrality and Free Speech in the Internet Age*. Stanford University Press.
- Office of Communications [OFCOM] (2013). *A guide to internet traffic management*. https://www.ofcom.org.uk/___data/assets/pdf_file/0012/6042/traffic.pdf.
- Ohlhausen, M. (2016). Antitrust over Net Neutrality: Why We Should Take Competition in Broadband Seriously. *Colorado Tech Law Journal*, 15(1), 119-150.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE] (2007). *Internet Traffic Prioritisation. An Overview*. <https://www.oecd.org/sti/ieconomy/38405781.pdf>
- Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones [Osiptel] (2018). *Evolución de la Industria de Telecomunicaciones e Intensidad Competitiva*. <https://repositorio.osiptel.gob.pe/bitstream/handle/20.500.12630/96/ppt-indicadores-telecom-intensidad-mayo-2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- (2020). *Osiptel sanciona a Claro y Entel por infringir reglamentos de calidad de los servicios de telecomunicaciones y neutralidad de red*. [https://www.gob.pe/institucion/osiptel/noticias/212193-osiptel-sanciona-a-claro-y-entel-por-infringir-reglamentos-de-calidad-de-](https://www.gob.pe/institucion/osiptel/noticias/212193-osiptel-sanciona-a-claro-y-entel-por-infringir-reglamentos-de-calidad-de-los-servicios-de-telecomunicaciones-y-neutralidad-de-red)
- los-servicios-de-telecomunicaciones-y-neutralidad-de-red.
- (2021) *Neutralidad de Red*. <https://www.osiptel.gob.pe/portal-de-operadoras/regulacion/neutralidad-de-red/>.
- Palazuelos, M., & Herrera, F. (2010). La neutralidad de red. Un debate interesado sobre los derechos de los usuarios. *TELOS, Revista de Pensamiento sobre Comunicación, Tecnología y Sociedad*, (82), 18-30.
- Pew Research Center (2012). *Social Networking Popular Across Globe. Arab Publics Most Likely to Express Political Views Online*. <http://www.pewglobal.org/2012/12/12/social-networking-popular-across-globe/>.
- Rebbeck, T., & Yardley, M. (2015). *Report for BT. International Benchmarking Report*. Mason Consultant <https://www.mynewsdesk.com/uk/bt/documents/analysys-mason-international-benchmarking-report-49119>
- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013). *Informe Anual 2012* (OEA/Ser.L/V/II.149. Doc. 50). <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anales/Informe%20Anual%202012.pdf>
- Saltzer, J., Reed, D., & Clark, D. (1984). End-to-end arguments in system design. *ACM Transactions on Computer Systems*, 2(4), 277-288.
- Saunders, J., McClure, C., & Mandel, L. (2012). Broadband applications: Categories, requirements, and future frameworks. *First Monday*, 17(11). <https://doi.org/10.5210/fm.v17i11.4066>
- Semana Económica (2019). Internet en hogares: nuevos jugadores apuestan por la conectividad para sumar más clientes. <https://semanaeconomica.com/sectores-empresas/telecomunicaciones/375112-internet-en-hogares-nuevos-jugadores-apuestan-por-la-conectividad-para-sumar-mas-clientes>.
- (2021). Internet en hogar: nuevos jugadores comienzan a ganar peso en este segmento. <https://semanaeconomica.com/sectores-empresas/telecomunicaciones/internet-en-hogar-jugadores-de-fibra-comienzan-a-apoderarse-del-mercado>
- Schatz, G. (11 de enero de 2017). This is Why the Internet is Broken: A Technical Perspective on Net-Neutrality. *TechTalks*. <https://bdtechtalks.com/2017/01/11/this-is-why-the-internet-is-broken-a-technical-perspective-on-net-neutrality/>.

Shavell, S. (1993). The Optimal Structure of Law Enforcement. *Journal of Law and Economics*, 36(1), 255-287.

Shuler, R. (2002). *How Does the Internet Work?* <https://web.stanford.edu/class/msande91si/www-spr04/readings/week1/InternetWhitepaper.htm>.

Sluijs, J. (2012). From Competition to Freedom of Expression: Introducing Article 10 ECHR in the European Network Neutrality Debate. *Human Rights Law Review*, 12(3), 509-554. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngs015>

Stylianou, K. (2017). The End of Net Neutrality is not the End of the Open Internet. *LSE Business Review*. <http://blogs.lse.ac.uk/businessreview/2017/07/29/the-end-of-net-neutrality-is-not-the-end-of-the-open-internet/>.

Sunstein, C. (1994). The First Amendment in Cyberspace. *Yale Law Journal*, (104), 1757-1804.

The Guardian (29 de julio de 2016) Internet Access is Now a Human Right: part 1 - Chips with Everything tech podcast. *The Guardian*. <https://www.theguardian.com/technology/audio/2016/jul/29/internet-access-human-right-tech-podcast>.

Van Dijk, P. (2006). Freedom of Expression. En P. Van Dijk, F. Van Hoof, A. Van Rijn & L. Zwaak (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (4ta ed.). Intersentia.

Villena, D. (2017). La Trascendencia Constitucional de la Neutralidad de red. *THÉMIS-Revista de Derecho*, (70), 223-246.

(12 de mayo de 2020). Pandemia y Neutralidad de Red. *Hiperderecho*. <https://hiperderecho.org/2020/05/pandemia-y-neutralidad-de-red/>.

Wu, T. (2003). Network Neutrality, Broadband Discrimination. *Journal on Telecomm & High Technology Law*, (2), 141-179. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.388863>

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA NACIONAL E INTERNACIONAL

Appleby y otros c. Reino Unido, No. 44306/98, 2003-VI Eur. Ct. H.R (2003).

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 7 de diciembre de 2000, 2000 O.J. (C 364) 01.

Caso C-70/10, Scarlet Extended c. Sabam, 2011 E.C.R. I-11959.

Caso C-360/10, Sabam c. Netlog, 2012 E.C.R. 85.

Constitución Política del Perú [Const.] (1993) (Perú).

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 4 de noviembre de 1950, 213 U.N.T.S. 221.

De Haes and Gijssels c. Bélgica, No. 19983/92, 30 Eur. Ct. H.R 198 (ser. A) (1997).

Decreto Supremo 014-2013-MTC, Decreto supremo que aprueba el Reglamento de la Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, Diario Oficial *El Peruano*, 4 de noviembre de 2013 (Perú).

Decreto Supremo 030-2019-PCM, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de febrero de 2019 (Perú).

Ley 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, Diario Oficial *El Peruano*, 20 de julio de 2012 (Perú).

Miami Herald Publishing Co. c. Tornillo, 418 U.S. 241 (1974).

Net Neutrality: Is Antitrust Law More Effective Than Regulation: Protecting Consumers and Innovation?: Audiencia ante el Subcomité sobre Reforma Regulatoria, Comercial y Antimonopolio del Comité Judicial de la Cámara de Representantes, 113er Congreso de los Estados Unidos (2014) (testimonio oral de Tim Wu, profesor de Derecho, Columbia Law School). <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-113hhrg88377/html/CHRG-113hhrg88377.htm>

Net Neutrality: Is Antitrust Law More Effective Than Regulation: Protecting Consumers and Innovation?: Audiencia ante el Subcomité sobre Reforma Regulatoria, Comercial y Antimonopolio del Comité Judicial de la Cámara de Representantes, 113er Congreso de los Estados Unidos (2014) (testimonio oral de Joshua D. Wright, comisionado, Federal Trade Commission). <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-113hhrg88377/html/CHRG-113hhrg88377.htm>

Oberschlick c. Austria (no. 1), 204 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1991).

Recomendación del Comité de Ministros a los Estados Miembros de la Unión Europea sobre medidas para promover el valor de servicio público de internet, CM/REC(2007)16 (7 nov. de 2007).

Recomendación 32 del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas sobre la promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en internet, U.N. Doc. A/HRC/32/L.20 (27 de junio de 2016).

Resolución de Consejo Directivo 165-2016-CD-OSIPTEL que aprueba el Reglamento de Neutralidad en Red. Diario Oficial *El Peruano*, 15 de diciembre de 2016 (Perú).

Resumen de la evaluación de impacto - Documento que acompaña a la Propuesta de la Comisión de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 2002/19/CE, 2002/20/CE y 2002/21/CE del

Parlamento Europeo y del Consejo, SEC (2007) 1473 (13 nov., 2007).

Rumsfeld c. Forum for Academic and Institutional Rights, Inc., 547 U.S. 47 (2006).

Toxic Substances Control Act: Audiencias sobre la Sección 776 ante el Subcomité de Ambiente de la Comisión de Comercio, 94to Congreso de los Estados Unidos 343 (1975).

Tribunal Constitucional [T.C.], 6 de abril de 2004, sentencia recaída en el Expediente 2579-2003-HD/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 26 de agosto de 2004, sentencia recaída en el Expediente 1848-2004-AA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 14 de agosto de 2018, sentencia recaída en el Expediente 01643-2014-PA/TC (Perú).

Turner Broadcasting c. Federal Communications Commission, 512 U.S. 622 (1994).