

<http://idp.uoc.edu>

Monográfico «VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Neutralidad de la Red y otros retos para el futuro de Internet»

ARTÍCULO

El concepto de *net neutrality* y la tensión entre regulación pública y autorregulación privada de las redes*

Joan Barata Mir

Fecha de presentación: noviembre de 2011

Fecha de aceptación: noviembre de 2011

Fecha de publicación: febrero de 2012

Resumen

El término *net neutrality* (NN) se ha convertido hoy en día en un lugar común y en uno de los ejes de cualquier debate acerca de la regulación de la Red y de los contenidos, servicios y aplicaciones que circulan por ella. La idea de NN incide, esencialmente, en los términos en los que los ISP intervienen en los intercambios y comunicaciones que se producen entre, por un lado, usuarios finales, y por el otro, aquellos operadores que utilizan la plataforma de Internet para suministrar todo tipo de servicios y contenidos. El debate sobre la NN no es solo un debate económico que se mueva exclusivamente en el terreno de la defensa de la libre competencia en el mercado, tal y como se ha advertido anteriormente, la NN puede presentar también una clara vertiente de control de contenidos y por ello de incidencia en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión y de información.

Palabras clave

Internet, regulación, redes, neutralidad

Tema

Ley sobre tecnologías informáticas

* Este artículo recoge los trazos fundamentales de la ponencia presentada el día 11 de julio del 2011 en el congreso «Internet, Derecho y Política. Neutralidad de la Red y otros retos para el futuro de Internet», organizado por los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la Universitat Oberta de Catalunya. Elaborado en el marco del proyecto de investigación *Communications, Regulation and the Public Interest*, de la Facultad de Ciencias de la Comunicación Blanquerna (URL).

The Concept of Net Neutrality and the Tension between Public Regulation and Private Self-regulation of Networks

Abstract

The term net neutrality (NN) has today become commonplace and a central point in any debate on regulation of the Internet and the content, services and applications it offers. The idea of NN has a bearing, essentially, on those terms in which the ISPs intervene in exchange and communication between, on one hand the end user, and on the other, those operators who use the Internet as a platform to supply all kinds of services and content. The debate on NN is not only an economic one, restricted to the defence of free market competition. As commented previously, NN also takes on the significant aspect of control of content, and so affects the exercise of the fundamental right to freedom of expression and of information.

Keywords

Internet, regulation, networks, neutrality

Topic

IT Law

1. Introducció

El término *net neutrality* (NN) se ha convertido hoy en día en un lugar común y en uno de los ejes de cualquier debate acerca de la regulación de la Red y de los contenidos, servicios y aplicaciones que circulan por ella. Parecería, en principio, que cada vez que nos referimos a la NN estemos acudiendo a un concepto, acerca de cuyo significado existe un consenso entre juristas, economistas y especialistas en tecnología. Sin embargo, lo cierto es que ello no es necesariamente así. Es altamente probable que en cualquier discusión nominalmente dedicada a esta materia la noción de partida para cada uno de los intervinientes pueda ser distinta, condicionando ello, como es obvio, el análisis llevado a cabo. En consecuencia, la primera cuestión que se encuentra abierta en los debates acerca de la NN es la relativa a su propio significado.

Si hacemos un esfuerzo por elevar la vista y encontrar una noción mínima y común de NN, susceptible de ser aceptada por parte de cualquier participante en este debate, podremos convenir, de entrada, que se trata de un concepto vinculado a la garantía de un cierto nivel de apertura en el funcionamiento de la Red de Internet. En realidad, y esta es una primera consideración conceptual importante, tendremos que admitir que la idea de neutralidad no se aplicaría propiamente a las redes entendidas como infraestructuras físicas, sino a Internet como

concreta plataforma que permite el acceso a servicios, contenidos y aplicaciones. El concepto de NN incide pues en los términos y las condiciones a través de los cuales determinados actores o intermediarios de Internet tienen la capacidad de alcanzar a su destinatario final, situado en una de las terminaciones de dicha red. Y no se trataría de cualesquiera términos o condiciones, sino de aquellos sobre los cuales los proveedores de acceso a Internet (ISP) tienen a su vez la capacidad tecnológica de influir. En definitiva, la idea de NN alude al modo en el que los ISP pueden (o no) condicionar el acceso o comunicación recíproca a través de Internet entre usuarios finales y suministradores de contenidos, servicios y aplicaciones.

Vale la pena advertir que es difícil encontrar una red o plataforma de distribución que sea estrictamente neutral. Es evidente que sobre cualquier sistema de estas características inciden elementos estructurales, tecnológicos o incluso económicos que marcan una especie, si se quiere, de «pecado original», otorgando pues de entrada mayor capacidad de intervención a unos operadores que a otros. Piénsese, por ejemplo, en los debates acerca de los derechos de acceso, interconexión y desagregación de bucle local propios de los servicios de voz fija, o en el caso extremo de las redes ferroviarias. Si todo ello es así, una visión estrictamente neutral del funcionamiento de Internet como plataforma de comunicación en los términos antes reseñados supondría que los usuarios finales

deberían estar en condiciones de acceder a absolutamente cualquier proveedor, a velocidades y con niveles de calidad exactamente idénticos. Asimismo, una gestión de la Red estrictamente neutral por parte de los ISP obligaría a tratar del mismo modo a cualquier paquete, con independencia de que se trate de servicios con alto valor añadido o de un mero virus o *spam*. Si asumiéramos este punto de partida, entenderíamos como no neutral, y por ello contrario a la idea de NN, cualquier acción de los ISP orientada a bloquear virus, *spam* o a impedir la congestión de la Red, así como, por ejemplo, la oferta por parte de aquellos servicios de Internet basados en la obtención, por parte del usuario final, de una mayor velocidad o capacidad de su conexión a Internet como contraprestación del pago de una tarifa más elevada.

Esta visión estrictamente igualitaria de la NN, que fue formulada en sus inicios por parte de uno de los primeros autores que han tratado la materia, Tim Wu, ha sido ya bastante apartada del actual debate, si bien que con relación a la misma se abren cuestiones controvertidas no resueltas, como es precisamente la de los niveles de calidad de conexión ofrecidos al usuario final.¹

En cualquier caso, y tratando de acotar unos mínimos elementos definitorios, vemos cómo la idea de NN incide, esencialmente, en los términos en los que los ISP intervienen en los intercambios y comunicaciones que se producen entre, por un lado, usuarios finales, y por el otro, aquellos operadores que utilizan la plataforma de Internet para suministrar todo tipo de servicios y contenidos. Si esto es así, una postura favorable a la NN supondría entender necesaria la garantía de que la intervención de los ISP en el señalado tráfico no obstaculizará indebidamente dichos intercambios (ya sea dando prioridad a unos proveedores frente a otros, ya sea bloqueando o haciendo muy difícil el acceso a determinadas ofertas). Ahora bien, ¿cuándo nos encontramos ante una obstaculización indebida, en definitiva, ante un abuso de la posición «natural» de dominio que cualquier ISP tiene sobre todo aquello que circula por la Red? Si prestamos atención al debate actual, veremos cómo dicho abuso podría hipotéticamente producirse a través de posibles acuerdos de los ISP con proveedores de contenidos o aplicaciones a fin de priorizar a éstos en su acceso por parte de

usuarios finales, o simplemente de decisiones directamente adoptadas por parte de los ISP, de priorizar aquellos servicios respecto de los cuales tienen un determinado interés económico (piénsese, por ejemplo, en los casos de concentración vertical). Este es, ciertamente, el núcleo duro del debate acerca de la NN.

Por otra parte, es obvio que habría otras formas de gestión no neutral de los paquetes que circulan por la Red que plantearía igualmente problemas desde el punto de vista de la protección de un determinado nivel de NN: pensemos en el supuesto en el que por parte de los ISP se lleve a cabo una inspección y restricción de determinados contenidos sobre la base de criterios netamente *editoriales*, es decir, primando contenidos de una determinada tendencia ideológica frente a otros, bloqueando contenidos originados en determinados países, etc.

2. La NN como parte de la tensión entre autorregulación y regulación propiamente dicha

La gestión de Internet, es decir, las condiciones y la velocidad de acceso a los contenidos, servicios y aplicaciones, así como las características técnicas de la conexión a Internet que permiten la óptima utilización de aquellos, se encuentra en buena medida en manos de los ISP. Este es un punto de partida fundamental para entender correctamente el resto de elementos del debate acerca de la aproximación regulatoria a la NN. Dicho de otro modo, los poderes públicos no tienen la capacidad técnica de control y de fiscalización directa de lo que sucede en la Red de Internet, al menos en lo que se refiere a las cuestiones que acaban de ser reseñadas.

Desde un punto de vista económico y tecnológico, la Red podría ciertamente autorregularse sobre la base de los acuerdos y, en definitiva, el juego de pesos y contrapesos que articula la compleja cadena de valor que existe en Internet como plataforma de distribución. A través de la Red circula un elevado valor económico mediante un gran número de intermediarios. Y lo cierto es que existe la posibilidad clara de que cualquiera de dichos intermediarios,

1. Véase Tim Wu (2003).

incluidos los ISP, pretendan sacar provecho de su posición e imponer determinadas condiciones o incluso ofrecer un trato especial a cambio de una contraprestación o de privilegiar sus concretos intereses económicos. Si aceptamos este sistema de autocomposición de intereses, habrá que asumir también el riesgo cierto de que el usuario final no pueda acceder a los servicios, aplicaciones y contenidos de su elección en estricta igualdad de condiciones y sobre la base de una auténtica libertad de decisión, sino que ello se encontrará estrictamente en manos de los distintos intervinientes de la cadena de valor, y de forma particular, aunque no exclusiva, de los ISP. Y digo de forma no exclusiva puesto que es evidente que otros actores como los grandes portales o motores de búsqueda tienen una evidente capacidad para incidir en los términos en los que un determinado usuario final acaba accediendo a un determinado contenido o aplicación.

Ciertamente, puede argumentarse que cualquiera de los operadores presentes en la Red presumiblemente tendría el incentivo económico de ofrecer a los usuarios finales la más amplia gama de contenidos y servicios sin limitación alguna, y de que en última instancia existirá siempre la garantía de la libre competencia, la cual debe permitir a aquellos cambiar de proveedor. Sin embargo, y sin perjuicio de las dificultades que este último elemento plantea y sobre las que no se puede entrar aquí, no hay ninguna evidencia a fecha de hoy de que dicho incentivo realmente exista, o al menos concurra en todos los casos. La presencia de competidores directos, la necesidad de evitar congestiones en las que determinados intereses salgan perjudicados, o bien la posición de «debilidad» en la que se pueden encontrar ciertos nuevos entrantes, son factores que pueden jugar, y de hecho juegan, un papel clave en supuestos actuales de gestión no neutral de las redes. Piénsese en este sentido en el caso de Comcast en los Estados Unidos, en los que dicha compañía de cable técnicamente bloqueó la descarga de contenidos audiovisuales a través de Bit Torrent, teniendo en cuenta que la compañía tenía su propia oferta de contenidos de pago, o en las dificultades que en la actualidad tiene cualquier usuario de una red de banda ancha de telefonía móvil para utilizar esta para realizar llamadas gratuitas a través de una plataforma tipo Skype.

Por consiguiente, si aceptamos como hipótesis factible (lo cual parece razonable) el hecho de que los ISP no tendrán siempre ni necesariamente el incentivo de gestionar neutralmente sus redes, puede entenderse como necesaria una intervención regulatoria propiamente dicha para garantizar dicha neutralidad. Es más, en términos de incentivos económicos, resulta plausible el hecho de que quienes deban realizar una fuerte inversión en redes que permitan posteriormente prestar servicios de acceso a Internet, aspiren a ostentar un cierto poder en lo que a la gestión de éstas se refiere, a obtener el máximo rendimiento económico de las capacidades técnicas que les proporcionan, así como, en última instancia, a obtener su «pedazo de pastel» con relación al valor económico que circula a través de dichas redes con la intervención decisiva, precisamente, de aquellos.

A partir de aquí, varios matices son necesarios. En primer lugar, hay que insistir en que no solo los ISP tienen la capacidad para alterar la gestión de la Red de acuerdo con una serie de parámetros de neutralidad. Según se ha advertido ya, grandes portales y motores de búsqueda conforman en cierta medida una especie de *hub* imprescindible en la dirección y redirección del tráfico de la Red, sobre la base de criterios y algoritmos que no resultan ni comprensibles ni transparentes para el usuario final. Si esto es así, es obvio que el papel de intermediación que a estos corresponde no es nada irrelevante en términos de «regulación del tráfico» y por ello constituyen un eslabón imprescindible en la garantía de la plena libertad de movimientos y de elección por parte de los usuarios de la Red. Sin embargo, el debate acerca de la garantía de ciertos principios en el ámbito de los señalados operadores se encuentra todavía bastante eclipsado por el de la NN propiamente dicha.²

En segundo lugar, hay que advertir también que la materia últimamente señalada se encuentra limitada a un ámbito muy concreto, cual es el del acceso por parte del usuario final a una oferta diversa de contenidos y aplicaciones, sin que exista un grado inaceptable de discriminación o simplemente de bloqueo con relación a determinadas partes de la misma. La pregunta que debemos plantearnos es si el poder de los ISP en materia de acceso es el único ámbito que resulta problemático en términos de gestión no neutral de la Red. Pensemos, por

2. Sobre estas cuestiones, véase Frank Pasquale (2008).

tomar solo un ejemplo, en la posibilidad de que, por parte de los ISP, pueda «venderse» a terceros información relevante acerca del funcionamiento de la Red y del comportamiento de los usuarios, que permita optimizar el uso de una determinada aplicación frente a otras. Por consiguiente, un análisis y estudio completo y pormenorizado acerca de posibles comportamientos no neutrales y no aceptables por parte de los ISP requiere seguramente de una comprensión mucho más amplia del funcionamiento de la Red y del papel y de las capacidades de estos, por lo que urge tomar conciencia de las limitaciones del enfoque actual.

En tercer lugar, hay que insistir en que el debate sobre la NN no es solo un debate económico que se mueva exclusivamente en el terreno de la defensa de la libre competencia en el mercado. Tal y como se ha advertido anteriormente, la NN puede presentar también una clara vertiente de control de contenidos y por ello de incidencia en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión y de información. Dicho de otro modo, determinadas modalidades de comportamiento no neutral de los ISP (y no solo de dichos operadores) pueden consistir en la apertura de los paquetes transportados con la finalidad de seleccionar los contenidos que finalmente llegan al consumidor final, sobre la base de criterios de orientación política, sujeción a determinados límites en materia sexual, tipo de lenguaje empleado o incluso origen geográfico y lingüístico de aquellos. Es evidente que en tales supuestos nos encontraríamos claramente ante la censura privada de contenidos. Si aceptásemos esa práctica, la totalidad de los flujos expresivos que circulan por la Red dejarían de sujetarse, en su caso, a normas jurídicas propiamente dichas, para trasladar a manos de los gestores de la Red la función de regulación de la libre expresión y la libre circulación de la información. Un escenario, como puede suponerse, absolutamente indeseable en términos democráticos.

Finalmente, hay que señalar que la respuesta regulatoria a las carencias de neutralidad de las redes (en los términos en los que dicha noción ha sido aquí descrita), esto es, la regulación pública y externa frente a los efectos indeseados de una mera autorregulación operada entre los distintos eslabones de la cadena de valor, no ha sido hasta la fecha detalladamente caracterizada de modo consensuado. Es decir, el hecho de que se pueda llegar a un acuerdo acerca de la necesidad de garantizar un cierto nivel de apertura y neutralidad en el modo a través del

cual Internet permite el suministro y acceso a contenidos, servicios y aplicaciones, no cerraría de por sí el debate, puesto que a continuación sería necesario identificar con claridad cuáles serían los instrumentos regulatorios más idóneos a tal efecto.

Sin poder tampoco entrar aquí a fondo en tan importante y extensa materia, hay que señalar, en primer lugar, que una de las primeras cuestiones a plantear es hasta qué punto las normas vigentes en materia de derecho de la competencia (sobre todo en relación con las limitaciones a los abusos de posición dominante en el mercado) así como en materia de protección de los derechos fundamentales a la libertad de expresión y de información son suficientes para legitimar una prohibición de determinados comportamientos en el seno de Internet, de acuerdo con lo señalado hasta este momento. Otra cuestión fundamental a discernir, esencialmente por parte de los juristas, tiene que ver con la propia naturaleza jurídica de la neutralidad de la Red: ¿Es un derecho de cualquier ciudadano, susceptible de ser ejercido frente a terceros de acuerdo con los sistemas propios de garantía de cualquier derecho?, ¿es por el contrario un principio de la regulación de las redes, el cual tiene que ser respetado por parte del legislador y de la Administración en ejercicio de sus potestades?, ¿sería un mero criterio rector u objetivo no estrictamente vinculante, el cual se encontraría en última instancia vinculado a los criterios políticos que en cada momento y con relación a diversos tipos de redes y servicios puedan articularse, atendiendo asimismo a parámetros tales como los incentivos y el concreto nivel de inversión existente?

3. Medidas regulatorias vinculadas con la protección de la NN

La primera cuestión que vale la pena tratar con mayor detenimiento tiene que ver con algo que ha sido apuntado al principio de este texto: la vinculación del debate de la NN con la calidad del servicio prestado, especialmente en lo que se refiere a una posible discriminación de los precios pagados por el usuario final en función del ancho de banda utilizado y de la rapidez del acceso. Parece claro que, en la medida en que nos encontramos ante una materia no directamente vinculada con los suministradores de contenidos y aplicaciones, sino con los acuerdos a los que directamente puedan llegar los ISP con los consumidores

finales, la cuestión no entraría dentro del núcleo duro de los actuales debates acerca de la NN. Sin embargo, ello no quiere decir que no guarde relación alguna con la cuestión, en la medida en que los niveles de calidad condicionan, en última instancia, las posibilidades de disfrute de los servicios prestados por los distintos suministradores que operan en Internet. Así pues, una disminución de la calidad de la prestación del servicio de acceso puede acabar dando lugar a una situación en la que los consumidores finales no pueden disfrutar de determinadas aplicaciones o servicios. En estos casos, parecería insuficiente una justificación basada en el hecho de que «quien más paga, mejor servicio recibe» porque en realidad lo que sucedería sería una limitación efectiva de las condiciones de acceso, y en última instancia, de la apertura de la Red de Internet como plataforma de distribución. Ello explica, por ejemplo, que dentro de las extremadamente tímidas acciones de la Unión Europea en la materia, exista sin embargo una específica previsión en el artículo 22.3 de la Directiva sobre Servicio Universal de Comunicaciones Electrónicas (Directiva 2009/136/CE, de 25 de noviembre), en la cual se otorga a los reguladores nacionales la posibilidad de imponer determinados niveles de calidad del servicio en aquellos casos en los que exista el riesgo de una degradación significativa del mismo, con las consecuencias antes referidas.

En segundo lugar, un elemento regulatorio fundamental en materia de NN es el relativo a la transparencia. Este elemento presentaría una clara doble vertiente: por un lado, parece necesario que los usuarios finales conozcan, al menos, los criterios de gestión del tráfico que los ISP aplican con relación a su propia red. Por otra parte, y seguramente más importante, la transparencia debería vincularse, asimismo, con el suministro de información por parte de los ISP hacia el resto de operadores, de tal modo que puedan desarrollar los contenidos, aplicaciones y servicios que mejor se adapten a las características y tráfico de las redes en cada momento, optimizando así su uso y evitando en la medida de lo posible situaciones de colapso o estrangulamiento de las mismas. Tomada aisladamente, la transparencia quizá parecería una medida

muy simple, e incluso muchos la darían por supuesta. Sin embargo, y tal como se ha señalado, lo que realmente sucede dentro del tráfico de una determinada red no se encuentra expuesto al público ni a los reguladores, por lo que la imposición, correctamente detallada y articulada para su efectiva aplicación y cumplimiento, del deber de hacer público y accesible las capacidades y los modos de gestión del tráfico en las redes, se nos aparece como una medida realmente importante en materia de NN (en cualquiera de sus sentidos) y un punto de partida imprescindible para la discusión de medidas regulatorias más intensas o específicas.

Esta es, de hecho, la primera de las directrices regulatorias incluida en la Open Internet Order recientemente aprobada por parte de la Federal Communications Commission (FCC) y publicada oficialmente el 21 de septiembre previamente a su entrada en vigor el 20 de noviembre del 2011. Hay que advertir que el debate acerca de la necesidad de aprobación de una normativa que garantice un determinado nivel de NN en la banda ancha estadounidense ha formado parte de las discusiones políticas de los últimos años, y de hecho, la FCC había dado ya algunos pasos en ese terreno³ y adoptado incluso una notoria resolución en el conocido como caso ComCast, anteriormente mencionado.⁴ Pues bien, la regulación finalmente elaborada por parte de la FCC parte del establecimiento de una obligación general de transparencia, no necesariamente precisa en cuanto a su alcance específico, pero saludada por el conjunto de actores presentes en el debate como positiva.

En tercer lugar, parece obvio que el bloqueo injustificado de servicios, contenidos y aplicaciones, impidiendo pues el acceso a una parte de la oferta presente en Internet, resultaría inaceptable de acuerdo con parámetros, hay que insistir en ello, que no solo se refieren a la defensa de la libre competencia en el mercado, sino a la propia idea de la protección de la libre expresión en Internet. Cuestión distinta es el alcance del término *injustificados* que acabamos de utilizar, lo cual nos abre la puerta a las cuestiones vinculadas a la gestión del tráfico en la Red. En

3. Una explicación mínimamente pormenorizada de esa evolución se puede encontrar en el artículo Juan Carlos Laguna de Paz (2009). Téngase en cuenta también que previamente la autoridad canadiense de regulación de las comunicaciones había adoptado también una interesante decisión en relación con la materia. Ver Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission (2009).

4. Ver Federal Communications Commission (2008).

esta misma línea, la decisión de la FCC mencionada prohíbe tanto el bloqueo injustificado de contenidos y aplicaciones como su discriminación no razonable.

En este terreno cobra especial relevancia la idea de gestión razonable de las redes a fin de evitar la congestión de las mismas o la circulación de contenidos que son claramente «nocivos», entendiendo en todo caso dicha noción de nocividad en términos exclusivamente técnicos. Es claro, en este sentido, que la detección y eliminación o no priorización de *spam*, virus y otras formas de basura cibernética entrarían dentro de las capacidades atribuibles a un ISP, e incluso podrían serle exigibles en términos de obligación de mantenimiento de las distintas rutas por las que viajarán los contenidos «legítimos» de la Red. No es tan claro, sin embargo, el modo a través del cual, en su caso, debería redactarse y articularse la correspondiente regulación en ese terreno: ¿cuál sería el margen de libertad de decisión de los ISP? ¿Sería exigible una proporcionalidad estricta en el sentido de aplicar la medida tecnológica que sea menos discriminatoria independientemente de su coste? ¿Cómo se vincula dicho «principio» con un hipotético deber de inversión en la construcción y mantenimiento de redes eficientes? Las respuestas a las anteriores preguntas pueden condicionar en gran medida la efectividad de las medidas a adoptar e incluso incidir en los incentivos de inversión de los titulares de las redes. En el caso de la decisión de la FCC, los términos excesivamente genéricos, ambiguos y poco restrictivos en los que se habilita a los ISP para tomar decisiones en ese terreno han dado lugar a un buen número de críticas por parte de una parte de los distintos operadores.

Otra cuestión de interés que debemos plantear es hasta qué punto una hipotética regulación de la NN debe ser a su vez tecnológicamente neutral. Es decir ¿debemos aplicar y exigir los mismos criterios de neutralidad a cualesquiera redes, sean fijas o móviles, independientemente de

los niveles de competencia y eficiencia alcanzados e independientemente de los incentivos a la inversión existentes? Más concretamente, ¿sería sostenible en la actualidad imponer a las redes móviles actualmente en desarrollo y despliegue obligaciones estrictas en materia de neutralidad (tal y como, por otra parte, sucede en los Países Bajos,⁵ mientras en Estados Unidos la FCC se niega rotundamente a ello)? Por otra parte, ¿debemos tratar por igual redes de uso doméstico y comercial y redes que permiten el acceso a Internet en puntos críticos e intensivos, en términos de interés general como espacios públicos, aeropuertos, determinadas infraestructuras, etc.? Esta es una cuestión especialmente delicada y relevante, vinculada directamente con el futuro desarrollo de redes de nueva generación en nuestros entornos inmediatos y que en buena medida queda pendiente de resolver.

Finalmente, una última cuestión de interés radica en la posibilidad de que las capacidades aceptables de gestión de la Red por parte de los ISP incluyan algún tipo de capacidad de discernimiento y bloqueo frente a determinados contenidos que pudieran ser considerados «nocivos» no ya en términos técnicos sino de legalidad. Pensemos por ejemplo en contenidos delictivos o que vulneren la legislación en materia de propiedad intelectual. Este es, ciertamente, un debate importante y actual, en la medida en que los poderes públicos, frente a las dificultades de «alcanzar» buena parte de los responsables de los contenidos que circulan en la Red, pueden sentir la tentación de acudir a la «última milla» e imponer a los ISP facultades de inspección y control que aquellos difícilmente pueden ejercer actualmente de modo directo. Creo, sin embargo, que dicha medida consistente en convertir a los ISP en garantes y controladores de la legalidad de los contenidos supone atribuir a los mismos una carga desproporcionada, tanto desde el punto de vista de su contenido como de las consecuencias lógicas de la misma: es decir, si aceptamos que los ISP no son neutrales respecto de la

5. El 22 de junio del 2011 el Parlamento de los Países Bajos aprobó una ley en virtud de la cual, entre otros aspectos, se imponía a los prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas móviles de banda ancha no bloquear, discriminar o imponer el pago de un precio adicional en la utilización del servicio de Internet para efectuar llamadas de voz y/o imagen tipo Skype. Se trata, ciertamente, de una legislación muy avanzada respecto a la regulación existente en el resto de la Unión Europea y que contrasta vivamente con el tono cauto y genérico en el que el 19 de abril del 2011 la Comisión Europea había elaborado su Comunicación dirigida al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones sobre «The open internet and net neutrality in Europe» (Comisión Europea, 2010). Asimismo, la decisión de los Países Bajos de apostar por una regulación estricta en materia de defensa de la NN ha sido objeto de crítica por parte de la vicepresidenta de la Comisión y responsable de la Agenda Digital Europea Neelie Kroes, en la medida en que se aleja de la posición de *wait and see*, patrocinada actualmente por parte de las instituciones de la Unión.

licitud de los contenidos que transportan, deberemos entonces atribuirles algún tipo de responsabilidad en el caso de que faciliten el acceso y distribución de algún contenido ilícito. Hay que insistir en que la experiencia demuestra que este es un escenario muy tentador para los poderes reguladores, especialmente en lo que se

refiere a la protección de la propiedad intelectual. Sin embargo, resultaría claramente desproporcionado y rompería con los términos en los que hasta ahora se ha vinculado el efectivo ejercicio de libertades artísticas y expresivas con la asunción de responsabilidades jurídicas.⁶

Bibliografía

- CANADIAN RADIO-TELEVISION AND TELECOMMUNICATIONS COMMISSION (2009). *Review of the Internet traffic management practices of Internet service providers*. 21 de octubre de 2009. <www.crtc.gc.ca/eng/archive/2009/2009-657.htm>
- COMISIÓN EUROPEA (2010). *Report on the public consultation on «The open Internet and net neutrality in Europe»*. 9 de noviembre de 2010. <ec.europa.eu/information_society/policy/ecom/comm/doc/library/public_consult/net_neutrality/report.pdf>
- FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION (2008). *Resolución sobre el caso ComCast* (FCC 08-183). 1 de agosto de 2008. <<http://cyberlaw.stanford.edu/files/blogs/FccComcastOrder.pdf>>
- FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION (2010). *Report and order in the matter of preserving the open Internet broadband industry practices* (FCC 10-201). 21 de diciembre de 2010. <transition.fcc.gov/Daily_Releases/Daily_Business/2010/db1223/FCC-10-201A1.pdf>
- LAGUNA DE PAZ, J. C. (2009). «Internet en un cruce de caminos: ¿neutralidad o gestión razonable de las infraestructuras?» *Civitas Revista Española de Derecho Administrativo*. N.º 141, pág. 43 y sig.
- MARSDEN, C. (2010). *Net neutrality: towards a co-regulatory solution*. Londres: Bloomsbury Publishing. Disponible también en: <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1533428>
- PASQUALE, F. (2008). «Internet nondiscrimination principles: commercial ethics for carriers and search engines». *The University of Chicago Legal Forum*. <www.stanford.edu/dept/law/ipsc/pdf/pasquale-frank.pdf>
- WU, Tim (2003). «Net neutrality, broadband discrimination». *Journal of Telecommunications and High Technology Law*. Vol. 2, pág. 141.

6. Sobre la necesidad de pensar en nuevos esquemas regulatorios en esta materia (incluyendo aquí la llamada corregulación) resulta indispensable la lectura de la obra de Chris Marsden, *Net neutrality: towards a co-regulatory solution*.

Cita recomendada

BARATA MIR, Joan (2012). «El concepto de *net neutrality* y la tensión entre regulación pública y autorregulación privada de las redes». En: «VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Neutralidad de la Red y otros retos para el futuro de Internet» [monográfico en línea]. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. N.º 13, pág. 44-52. UOC. [Fecha de consulta: dd/mm/aa].

<<http://idp.uoc.edu/ojs/index.php/idp/article/view/n13-barata/n13-barata>>

ISSN 1699-8154



Los textos publicados en esta revista están -si no se indica lo contrario- bajo una licencia Reconocimiento-Sin obras derivadas 3.0 España de Creative Commons. Puede copiarlos, distribuirlos y comunicarlos públicamente siempre que cite su autor y la revista y la institución que los publica (*IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*; UOC); no haga con ellos obras derivadas. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nd/3.0/es/deed.es>.

Acerca del autor

Joan Barata Mir

JoanBM3@blanquerna.url.edu

Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona. Ha sido *visiting research scholar* en la Benjamin N. Cardozo School of Law de Nueva York y secretario general del Consejo del Audiovisual de Cataluña. Actualmente es vicedecano y profesor de Derecho de la comunicación en la Facultad de Comunicación Blanquerna (URL).

Universidad Ramon Llull

Facultad de Comunicación Blanquerna

Valldonzella, 23

08001 Barcelona, España