

Comentarios al proyecto de regulación Neutralidad en la Red

Cámara Colombiana de Comercio Electrónico
04 de Noviembre de 2011
(Anexo a la carta)

Artículo 3.1 Libre elección. El usuario podrá libremente utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio a través de Internet, salvo en los casos en que por disposición legal estén prohibidos. Adicionalmente, el usuario podrá libremente utilizar cualquier clase de instrumentos, dispositivos o aparatos en la red, siempre que sean legales y que los mismos no dañen o perjudiquen la seguridad de la red o la calidad del servicio.

Comentarios

Se recomienda enfáticamente especificar qué contenidos son los prohibidos legalmente con el fin de evitar ambigüedades en la aplicación de la regulación y así garantizar plenamente el derecho de los usuarios de Internet de utilizarlo libremente. La Ley 1450 de 2011 (art. 56) dispone con total claridad que salvo los contenidos referidos a pornografía infantil (Ley 1336 de 2009), no se podrán bloquear, restringir, utilizar, enviar, etc., contenidos ni la utilización libre de Internet. En ese sentido, la única excepción a la libertad de tráfico y uso, es que corresponda a material infractor a la pornografía infantil. Así la regulación debe cerrar la posibilidad que los ISP puedan bloquear otros contenidos bajo un supuesto de ilegalidad que no exista, bajo su propio criterio e incluso arbitrariedad. No dejar claro este punto sería ir en contra de la Ley 1450 de 2011, artículo 56.

En consecuencia se sugiere la siguiente redacción:

Artículo 3.1 Libre elección. El usuario podrá libremente utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio a través de Internet, salvo en los casos dispuestos en la Ley 1336 de 2009. Adicionalmente, el usuario podrá libremente utilizar cualquier clase de instrumentos, dispositivos o aparatos en la red, siempre que sean legales y que los mismos no dañen o perjudiquen la seguridad de la red o la calidad del servicio.

Artículo 7. Gestión de tráfico. Los proveedores del servicio de acceso a Internet podrán implementar medidas de gestión de tráfico que sean razonables, no discriminatorias ni preferenciales respecto de algún proveedor o servicio específico.

Las prácticas de gestión de tráfico se consideran razonables cuando estén destinadas a:

7.1 Reducir o mitigar los efectos de la congestión sobre la red;

7.2 Asegurar la seguridad o integridad de las redes;

7.3 Tratar el tráfico no deseado o perjudicial para usuarios, la red del proveedor o el propio Internet;

7.4 Asegurar la calidad del servicio a los usuarios;

7.5 Proporcionar servicios o capacidades de acuerdo con la elección de los usuarios, que atiendan los requisitos técnicos, estándares o mejores prácticas adoptadas por iniciativas del gobernanza de Internet u organizaciones de estandarización;

7.6 Priorizar tipos o clases genéricas de tráfico en función de los requisitos de calidad de servicio (QoS) propias de dicho tráfico, tales como latencia y retardo de los mismos.

En todo caso, los proveedores del servicio de acceso a Internet deben aplicar únicamente prácticas de gestión de red que cumplan con lo previsto en la recomendación UIT-T X.700 y aquellas que la complementen, modifiquen o sustituyan.

Comentarios

Se sugiere revisar este artículo en su integridad con el objetivo de estar conforme con lo dispuesto en la Ley 1450 de 2011. Debe disponerse un mecanismo de gestión de tráfico restringido que tengan unas finalidades limitadas y siga criterios objetivos, ya que si se deja de manera abierta como está propuesto por la CRC, lo que se está haciendo es limitando el derecho al usuario a usar libremente Internet, con las restricciones al tráfico que de manera subjetiva y unilateral le imponga el ISP. Lo dispuesto en este artículo deja así sin sentido lo previsto en los artículos anteriores, especialmente lo dispuesto en los artículos 3 y 5, y también en el artículo 8 del proyecto de resolución.

Por otro lado, de acuerdo a la Ley las únicas limitaciones que se encuentran permitidas en dicha norma legal al uso de Internet son (i) cuando haya contenido pornográfico infantil (Ley 1336 de 2009), (ii) cuando el usuario utilice mecanismos de control parental, los cuales son a nivel de usuario y no a nivel de gestión de red o tráfico por parte del ISP, y (iii) cuando un usuario solicite expresamente bloqueo de un contenido particular, el cual obviamente no puede ser inducido directa o indirectamente por el ISP mediante ofertas tarifarias u otras.

Particularmente, no es razonable permitir la gestión de tráfico establecido en el numeral 7.3 en el evento de *“Tratar el tráfico no deseado o perjudicial para*

usuarios, la red del proveedor o el propio Internet”, ya que establece criterios subjetivos abiertos que pueden dar lugar a arbitrariedades o abusos por parte de los ISPs en detrimento de usuarios y lícitos generadores de contenidos y aplicaciones de Internet. El alcance de los términos “no deseado o perjudicial”, es totalmente subjetivo y pone al ISP en el lugar de juez y policía de Internet. Esta redacción genera un serio conflicto normativo, al dejar al arbitrio del ISP determinación del carácter “no deseado” o “perjudicial” de un contenido u aplicación y habilitándolo a bloquear o restringir el acceso a contenidos o aplicaciones, de manera unilateral, usurpando un mandato legal que corresponde a la justicia ¿Quién determina que es perjudicial o no deseado? Dejarlo al arbitrio del ISP es abrirle la posibilidad de limitar no solo la neutralidad de la red sino un gran número de derechos constitucionalmente reconocidos que hoy en día se pueden gozar a través de Internet.

Está ha sido una cuestión que ha sido objeto de intensa discusión durante el debate legislativo del proyecto de ley 241 de 2011 sobre responsabilidad de los ISP por violación de los derechos de autor en Internet, donde los ISP han rechazado ser obligados a tomar decisiones sobre contenidos que transitan por sus redes, supervisar tráfico, reservando tal función a los jueces.

También el numeral 7.6 va en contravía de las disposiciones de neutralidad en Internet. El poder gestionar tráfico cuando esté destinado a “*Priorizar tipos o clases genéricas de tráfico en función de los requisitos de calidad de servicio (QoS) propias de dicho tráfico, tales como latencia y retardo de los mismos*”, garantiza que el ISP puede discriminar entre contenidos, dañar las condiciones de calidad o disminuir la velocidad de cierto tráfico con el fin de priorizar tráfico que le conviene y desincentivar el acceso a cierto contenido (por ejemplo, en el caso en el que existan acuerdos entre ISP y proveedores de contenido, en desmedro de la libertad y derecho del usuario de acceder a cualquier contenido en condiciones no discriminatorias).

En este punto es esencial recordar que en la reciente Declaración Conjunta de ONU/OEA sobre Libertad de Expresión e Internet de junio de 2011 se estableció:

“5. Neutralidad de la red

a. El tratamiento de los datos y el tráfico de Internet no debe ser objeto de ningún tipo de discriminación en función de factores como dispositivos, contenido, autor, origen y/o destino del material, servicio o aplicación.

b. Se debe exigir a los intermediarios de Internet que sean transparentes respecto de las prácticas que emplean para la gestión del tráfico o la información, y

cualquier información relevante sobre tales prácticas debe ser puesta a disposición del público en un formato que resulte accesible para todos los interesados”.

Así, sería más acorde con una política de neutralidad en Internet que busque incentivar la inversión y la innovación en Internet, así como garantizar mayor acceso, una redacción similar a la que se encuentra en el Decreto 368 de 2010 de Chile (art. 7) que desarrolla la política de Neutralidad en la Red.

Por lo anterior se sugiere la siguiente redacción:

Artículo 7. Gestión de tráfico. Los proveedores del servicio de acceso a Internet sólo podrán implementar medidas de gestión de tráfico de manera temporal, transparente y en base a criterios objetivos si sirven a una finalidad legítima y siempre que no afecten o puedan afectar la libre competencia. Se entenderá por finalidad legítima cuando se busque:

7.1 Reducir o mitigar los efectos de la congestión sobre la red;

7.2 Asegurar la seguridad o integridad de las redes;

7.3 Asegurar la calidad del servicio a los usuarios;

En todo caso, los proveedores del servicio de acceso a Internet deben aplicar únicamente prácticas de gestión de red que no discriminen tráfico o contenidos y cumplan con lo previsto en la recomendación UIT-T X.700 y aquellas que la complementen, modifiquen o sustituyan.

Artículo 8. Priorización de tráfico. El proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones que ofrezca acceso a Internet no puede llevar a cabo conductas de priorización o bloqueo basadas en: 8.1 Direcciones IP específicas; 8.2 URL específicos o grupos de ellos; 8.3 Aplicación o clases de aplicaciones; 8.4 Encabezados o información de los mismos correspondientes a los protocolos de las capas 4 y superiores de la red; 8.5 Direcciones MAC específicas.

Comentarios

Este un muy importante artículo que garantiza la neutralidad y el derecho de los usuarios a usar libremente el Internet. Sin embargo, con el fin de garantizar la efectividad de esta norma se sugiere incluir la desaceleración, obstrucción o reducción de velocidad como práctica prohibida. La desaceleración ha sido utilizada por varios ISP con el fin de desincentivar el acceso a ciertos contenidos o páginas web por parte de usuarios. Por ejemplo, en el evento de que un ISP a la vez tenga un portal de videos, puede tener interés en desacelerar el acceso a YouTube, Netflix, Vimeo o Yahoo! Video u otro sitio web con el fin de desviar el tráfico hacia su

propio portal. Hay muchos servicios de Internet que son muy sensibles a la velocidad, y muchas veces este elemento es su ventaja competitiva que hace que sean la primera elección de sus usuarios (tal es el caso de las búsquedas, el comercio electrónico, el streaming, las video conferencias o el VoIP) y las empresas prestadoras de estos servicios invierten millones en tecnología, infraestructura tecnológica y de comunicaciones para mejorar sus velocidades. Si bien el usuario puede entrar al contenido, la velocidad reducida hará que el usuario pierda el interés y se redirija a otro portal con velocidad óptima. Esta situación sería sumamente perjudicial para el desarrollo de contenidos y para la libre competencia en Internet. Un factor tan importante para el éxito de un negocio online no puede quedar al arbitrio exclusivo de un ISP. Los ISP no pueden decidir quienes serán los ganadores o perdedores en la web por el mero hecho de administrar la infraestructura de comunicaciones por el cual estos servicios se prestan.

Finalmente, sería conveniente aclarar en el numeral 8.4 a qué modelo se refiere, al modelo OSI o del TCP/IP. TCP/IP tiene cuatro capas de abstracción según se define en el RFC 1122. Esta arquitectura de capas a menudo es comparada con el Modelo OSI de siete capas. El modelo OSI, en cambio, fue propuesto como una aproximación teórica y también como una primera fase en la evolución de las redes de ordenadores. Por lo tanto, el modelo OSI es más fácil de entender, pero el modelo TCP/IP es el que realmente se usa. En ese sentido, se considera importante hacer la aclaración pertinente.

En ese sentido proponemos lo siguiente:

Artículo 8. Priorización de tráfico. El proveedor de redes y servicios de telecomunicaciones que ofrezca acceso a Internet no puede llevar a cabo conductas de priorización, desaceleración, obstaculización o bloqueo basadas en: 8.1 Direcciones IP específicas; 8.2 URL específicos o grupos de ellos; 8.3 Aplicación o clases de aplicaciones; 8.4 Encabezados o información de los mismos correspondientes a los protocolos de las capas 4 y superiores de la red; 8.5 Direcciones MAC específicas.

Artículo 9. Planes de acceso a Internet. Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que ofrezcan acceso a Internet podrán hacer ofertas según las necesidades de los segmentos de mercado o de sus usuarios de acuerdo con sus perfiles de uso y consumo, por lo cual podrán establecer una oferta tarifaria diferenciada para libre elección del usuario.

9.1 Entiéndase como planes de acceso limitado aquellos en los cuales el proveedor de acceso a Internet realiza algún tipo de control de las características particulares de un

plan a través de prácticas de gestión de su red, ya sea a nivel de velocidad de acceso, volumen total de tráfico, niveles diferenciales de calidad, exclusión de tipos de protocolos, o exclusión de clases de aplicaciones.

9.2 En todo caso, los planes con acceso limitado podrán restringir el acceso a servicios, contenidos y aplicaciones de acuerdo con el tipo o naturaleza de los mismos, pero no respecto de los proveedores que los suministren. Así mismo, la diferenciación por calidad debe hacerse respetando siempre los niveles mínimos definidos en la regulación.

9.3 En los planes de consumo ilimitado o de tarifa plana no se restringirán las características del acceso del usuario en los términos descritos en el numeral 9.1. El proveedor sólo podrá ejercer control sobre las características del servicio asociadas a la diferenciación de planes según la velocidad de acceso a Internet, la cual debe garantizarse de manera continua.

9.4 Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que ofrezcan acceso a Internet sólo podrán restringir el acceso a contenidos, aplicaciones o servicios específicos a solicitud expresa del usuario, o cuando los mismos no sean lícitos.

Comentarios

El artículo 56 de la Ley 1450 de 2011 establece que *“Los prestadores del servicio de Internet podrán hacer ofertas según las necesidades de los segmentos de mercado o de sus usuarios de acuerdo con sus perfiles de uso y consumo, lo cual no se entenderá como discriminación”*. Esta disposición permite por lo tanto hacer diferentes tipos de ofertas a los ISP siempre dentro de marco de la neutralidad de la red, es decir sin poder *“bloquear, interferir, discriminar, ni restringir”* el derecho del usuario de *“libremente utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio a través de Internet”*.

La propuesta de regulación del artículo 9 va en contravía de esta disposición legal en el sentido que permite al ISP limitar el derecho del usuario a acceder libremente a Internet y le permite bloquear, restringir o limitar contenidos o aplicaciones.

Asimismo, al establecer que *“Los prestadores del servicio de Internet podrán hacer ofertas según las necesidades de los segmentos de mercado o de sus usuarios de acuerdo con sus perfiles de uso y consumo”*, se estarían generando perfiles de uso de una persona identificable para posicionarlo en un segmento de acuerdo a sus conductas online, lo que a todas luces viola lo establecido en el recientemente aprobado Proyecto de Ley Estatutaria número 184 de 2010 Senado, 046 de 2010 Cámara o Ley de Protección de Datos Personales. Ya que los ISP son los únicos que tienen la capacidad de conectar la información de carácter personal de sus usuarios

con las conductas que realizan online (i.e. acceso a sitios), esto implica un tratamiento de datos personales de conformidad con dicha norma estatutaria. Así, el hecho de permitir que los ISP puedan utilizar información personal del usuario, como sus perfiles de uso y consumo, que son datos protegidos por la ley de protección de datos personales, sin que medie autorización expresa del titular de los datos ni se rija por los principios de tratamiento de datos personales, implicaría por ende un tratamiento no acorde con la ley de protección de datos que por su naturaleza de estatutaria tiene una jerarquía normativa especial y superior, además de ser norma posterior.

En cuanto al numeral 9.1, vulnera lo previsto en el artículo 56 de la Ley 1450 de 2011, ya que al definir plan de acceso a Internet limitado lo define bajo el supuesto que el ISP *“realiza algún tipo de control de las características particulares de un plan a través de prácticas de gestión de su red, ya sea a nivel de velocidad de acceso, volumen total de tráfico, niveles diferenciales de calidad, exclusión de tipos de protocolos, o exclusión de clases de aplicaciones”*. Igualmente, el numeral 9.2 permite al ISP *“restringir el acceso a servicios, contenidos y aplicaciones de acuerdo con el tipo o naturaleza de los mismos, pero no respecto de los proveedores que los suministren”*. Simplemente la confrontación del texto del artículo 9, particularmente los numerales 9.1 y 9.2, con el texto del artículo 56 de la Ley 1450 de 2011 permite concluir su contradicción y por tanto la violación de la norma legal.

Al realizar algún tipo de control, el ISP está restringiendo el derecho de acceso libre del usuario. Al controlar, el ISP puede fiscalizar el contenido, restringir su acceso, bloquear aplicaciones o tipos de protocolos. Bajo el supuesto de la norma propuesta, no es el usuario el que solicita el bloqueo de contenidos sino lo hace de manera previa el ISP y solamente le ofrece al usuario el acceso a los contenidos que el ISP quiere ofrecer, no a los que quiere acceder el usuario. Así, el ISP restringe la capacidad de acceso a Internet, permitiendo la discriminación entre contenidos. Por ejemplo, al excluir clases de aplicaciones específicamente el ISP está bloqueando contenidos. Otro ejemplo, es cuando el ISP solo permite el acceso a ciertas redes sociales o aplicaciones de mensajería y restringe el acceso a las demás, o cuando permite el acceso a una plataforma de comercio electrónico y le cierra el acceso a las demás plataformas. En este esquema, es el ISP el que decide que contenido puede acceder el usuario y determinando la suerte de los titulares de contenidos y aplicaciones en Internet con independencia de lo que el usuario pudiera libremente escoger.

Igualmente, una norma en este sentido también puede afectar gravemente la competencia entre proveedores de contenido e Internet, como quiera que un ISP integrado verticalmente o con una alianza con un proveedor de contenidos podrá restringir el acceso a contenidos de su competencia.

Finalmente, no existe ninguna razón técnica ni económica ni jurídica ni de mercado que justifique que las ofertas de Internet Limitado no tengan la misma garantía de acceso a todos los contenidos y al uso libre de Internet sin discriminación. La referencia a Internet Limitado debe estar encuadrada en una limitación de tiempo de acceso, volumen total de tráfico (por ejemplo, 2 Gb mensuales) o velocidad de acceso (mayor o menor velocidad continua) de acuerdo a la capacidad económica del suscriptor, pero nunca en ofertas basadas en el bloqueo o restricción de ciertos contenidos aplicaciones o grupos de éstos, ya que esto va en contra de la ley y la neutralidad en Internet.

Finalmente, una propuesta en este sentido iría además en contra de la Declaración Conjunta de ONU/OEA sobre Libertad de Expresión e Internet de junio de 2011 que dice claramente que:

“3. Filtrado y bloqueo

a. El bloqueo obligatorio de sitios web enteros, direcciones IP, puertos, protocolos de red o ciertos tipos de usos (como las redes sociales) constituye una medida extrema—análoga a la prohibición de un periódico o una emisora de radio o televisión— que solo podría estar justificada conforme a estándares internacionales, por ejemplo, cuando sea necesaria para proteger a menores del abuso sexual.

b. Los sistemas de filtrado de contenidos impuestos por gobiernos o proveedores de servicios comerciales que no sean controlados por el usuario final constituyen una forma de censura previa y no representan una restricción justificada a la libertad de expresión”.

En esa medida se ve evidente que la norma propuesta contraría la Ley 1450 de 2011 y la misma naturaleza de la neutralidad en Internet, siendo sumamente grave para el desarrollo del Internet en Colombia y del plan Vive Digital propuesto por el gobierno nacional, vulnerando el derecho a la libertad de expresión y acceso a la información y conocimiento.

Proponemos, por lo tanto, la siguiente redacción:

Artículo 9. Planes de acceso a Internet. Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que ofrezcan acceso a Internet podrán hacer ofertas según la capacidad económica de los segmentos de mercado o de sus usuarios, por lo cual podrán establecer una oferta tarifaria diferenciada para libre elección del usuario, basada en diferentes velocidades de acceso, volumen de tráfico o tiempo de utilización del servicio.

Sin embargo, en cualquier plan ofrecido los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que ofrezcan acceso a Internet no restringirán las características del acceso del usuario ni podrán bloquear, desacelerar, restringir o limitar el acceso a contenidos.

Los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones que ofrezcan acceso a Internet sólo podrán restringir el acceso a contenidos, aplicaciones o servicios específicos a solicitud expresa del usuario, o cuando los mismos contraríen la Ley 1336 de 2009.

El proveedor sólo podrá ejercer control sobre las características del servicio asociadas a la diferenciación de planes según la velocidad de acceso a Internet, la cual debe garantizarse de manera continua.

FIN.-