

DEFENSA DE DERECHOS Y NEUTRALIDAD DE LA RED

MERCEDES FUERTES

Catedrática de Derecho Administrativo - Universidad de León

Sumario: 1. EL PLANO DE LA NEUTRALIDAD. 2. PAUTAS DE PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS: 2.1. La competencia como primera defensa. 2.2. Una gestión del tráfico adecuada. 2.3. Quejas y reclamaciones. 3. LA NECESIDAD DE INSISTIR EN LO IMPORTANTE. 4. CON LA MIRADA EN LOS PRÓXIMOS PASOS: 4.1. Propuestas relativas a la calidad del servicio y la gestión del tráfico. 4.2. Un baluarte más contundente: su reconocimiento constitucional

Resumen: Con el apoyo en el análisis contenido en su monografía sobre la neutralidad de la Red, la autora describe cómo se están perfilando los instrumentos de defensa de los usuarios de Internet. La insuficiencia de los mismos hace necesaria insistir en el núcleo esencial que debe tenerse en cuenta para cualquier regulación y adelanta algunas propuestas para garantizar una Internet abierta y neutral. Indispensable para asegurar la convivencia en una sociedad libre.

Avanzar por el nuevo mundo que nos han descubierto Internet y las tecnologías de la comunicación resulta emocionante. Son sorprendentes las sucesivas posibilidades que aparecen ante los trepidantes progresos técnicos. Sin embargo, si queremos mantener una sociedad abierta hemos de defender en ese mundo virtual algunas pautas jurídicas. Sería más que frustrante y cercano al absurdo, no poder disfrutar en esas experiencias de las grandes conquistas de la humanidad, en especial, de las libertades públicas. Pero, sobre todo, la razón primordial para que el Derecho impere en la Red sería que una desatención a los derechos fundamentales se trasladaría y contagiaría las relaciones personales y sociales en el mundo real. Ello pondría en riesgo el desenvolvimiento de la sociedad civilizada que conocemos. Tal es la trascendencia de sentar unas correctas bases jurídicas.

Dos son los firmes trazos iniciales que han de marcar las dimensiones del plano sobre el que edificar el Derecho del ciberespacio y las telecomunicaciones. Que Internet sea abierta y que la Red sea neutral.

Otros autores han aludido ya en esta obra a la pretensión de una Internet abierta. Me corresponde a mí resumir la necesidad de defender la neutralidad de la Red como presupuesto del adecuado ejercicio de los derechos de los ciudadanos¹. Hay que tener en cuenta que el debate en torno a la neutralidad de la Red, si se me permite la expresión, se ha “enredado” entre otras circunstancias por las imprecisiones sobre su sentido intrínseco²; por las tensiones entre los diversos modelos de negocios de las distintas empresas de telecomunicaciones, de servicios y de contenidos que se desenvuelven en Internet³; así como por la intención de algunos Gobiernos de controlar el tráfico en Internet. Por ello conviene asentar en primer lugar las razones de la defensa.

1. EL PLANO DE LA NEUTRALIDAD

La expresión “neutralidad de la Red” se generalizó en los Estados Unidos de Norteamérica con el nuevo milenio⁴ y, en principio, persigue que los datos se transmitan

¹ De manera más extensa atiendo a esta relevante cuestión en mi monografía *Neutralidad de la Red ¿realidad o utopía?*, Marcial Pons, Madrid, 2014. Sin perjuicio de la bibliografía a la que haré referencia, quiero ya destacar en este momento los libros de S. Muñoz Machado, *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid, 2000 M.L. Fernández Esteban, *Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales*, McGraw Hill, Madrid, 1998 G. Doménech Pascual, *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, CEPC, Madrid, 2006; J. Pérez Martínez (coord), *Neutralidad de Red: aportaciones al debate*, Fundación Telefónica, Madrid, 2011; M. Barrio Andrés, *Fundamentos del Derecho de Internet*, CEPC, Madrid, 2017; Ch. T. Marsden, *Network Neutrality. From policy to law to regulation*, Manchester University Press, 2017; así como la obra colectiva editada por L. Belii y P. de Filippe, *Net Neutrality Compendium. Human rights, fee competition and the future of the Internet*, Springer, 2016.

² Es frecuente que se incendien las discusiones con porfías sobre la velocidad de la red, el coste o la gratuidad, la férrea defensa de la libertad de expresión, la polémica sobre la propiedad intelectual... y así seguido, cuando la deliberación sobre la neutralidad de la Red ha de constituir algo previo pues implica el principio de no discriminación en las transmisiones; vid. *Neutralidad de la Red...*, cit, pp. 57 y ss.; J. Barata Mir, “El concepto de net neutrality y la tensión entre regulación pública y autorregulación privada de las redes”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 13/2012, pp. 57 y ss. (disponible en <http://idp.uoc.edu>)

³ Son tensas las relaciones entre las empresas de telecomunicaciones, que apelan a las elevadas inversiones para la mejora de sus redes, así como la incorporación de las nuevas tecnologías que con tanta celeridad se superponen, con las empresas de servicios y de contenidos que no necesitan de tanta financiación para obtener unos significativos beneficios. Tal tensión es una de las principales causas que más complija el debate de la neutralidad de la Red.

⁴ Resulta obligada la cita de los artículos de Lawrence Lessig y Tim Wu, principales catalizadores de esta tendencia. Sirva la referencia a su conocida carta “Ex Parte Submission in CS Docket 02-52” de 22 de agosto de 2003 (http://www.timwu.org/wu_lessig_fcc.pdf); T. Wu, “Network neutrality, broadband discrimination”, *Telecomm & High Tech Law*, núm 2 de 2003 o “Why have a telecommunications law? Anti-discrimination norms in communications”, *Telecomm & High Tech Law* núm. 15, 2006 (accesibles en su página web). Otros primeros estudios se recogieron en el libro dirigido

sin discriminación, sin ser alterados, sin que unos cuenten con preferencias mientras otros sufren postergaciones y todo ello con independencia de dónde procedan o a dónde se dirijan.

Un largo periplo ha recorrido y sigue recorriendo la concreción de los derechos de los usuarios y de las posibilidades de negocio de las empresas en los Estados Unidos de Norteamérica desde que el Presidente de la Comisión federal de telecomunicaciones anunciara las libertades de los ciudadanos que debían garantizarse en ese sector. En estos días pugnan las últimas decisiones de esa agencia americana alterando el régimen jurídico de Internet con las iniciativas en el Congreso y los acuerdos de algunas autoridades de los Estados federados que declaran la aplicación de la neutralidad en su ámbito⁵. Un debate que nos ha de interesar sobremanera porque el predominio mundial de las empresas norteamericanas de telecomunicaciones genera el riesgo de que sus prácticas de negocio inunden el territorio europeo. El peligro de que esas humedades empapen los valladares levantados por las instituciones europeas para garantizar los derechos y libertades públicas y una Internet abierta y neutral en los Estados miembros y con el tiempo -un tiempo que corre veloz en el ámbito de las telecomunicaciones- genere unos desconchones y grietas que lleguen a abatir la fortaleza del Derecho de la Unión.

Hemos de estar, por consiguiente, muy atentos a lo que ocurre al otro lado del Atlántico.

En todo caso, ¿en qué consiste ahora mismo la defensa de la neutralidad en la Unión Europea?⁶

Contamos ahora con un texto básico -en concreto el Reglamento 2021/2015, de 25 de noviembre- que ha fijado unas normas comunes con el fin de garantizar un tratamiento equitativo y no discriminatorio del tráfico en la prestación de servicios de acceso a Internet y los derechos relacionados de los usuarios finales⁷.

por T.M. Lenard y R.J. May *Net neutrality or net neutering. Should broadband Internet services be regulated?*, Springer, 2006.

⁵ Sobre la historia de la regulación de las telecomunicaciones en los Estados Unidos de Norteamérica y los conflictos judiciales más relevantes puede verse M. Fuertes, *Neutralidad en la Red...*, cit. pp. 18 y ss. Hay que advertir que en diciembre de 2017, la Comisión Federal de telecomunicaciones revocó las medidas establecidas que garantizaban la neutralidad, facilitando que las empresas discriminen el tráfico en sus redes. Sin embargo, algunos Estados como Montana, Nueva Jersey y otras autoridades están firmando órdenes ejecutivas exigiendo el respeto de la neutralidad en los territorios donde extienden sus competencias.

⁶ Sobre la historia del largo trayecto hasta la actual regulación, vid. M. Fuertes, *Neutralidad de la Red...*, cit., pp. 31 y ss.

⁷ Resumen de manera suficiente y con buen espíritu crítico esta regulación: J. Vida Fernández, “Las garantías para el acceso a una Internet abierta en el Reglamento (EU) 2015/2120: una batalla perdida para la neutralidad de la Red”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 40/2016; y J.A. Martí del Moral, “La discutida configuración de la neutralidad de la Red: evolución normativa y el Reglamento de la Unión Europea 2015/2120, de 25 de noviembre”, en la obra coord. por L. Parejo y J. Vida, *Los retos*

Este Reglamento europeo nos reconoce a los ciudadanos, a los usuarios de los servicios de telecomunicaciones, los derechos de acceso a la información, a su distribución, a suministrar aplicaciones y servicios, a utilizar las terminales queelijamos. En principio y con carácter general, las empresas han de considerar todo el tráfico de manera equitativa, sin discriminación, sin restricciones o interferencias con independencia de quién sea el emisor y el receptor de la comunicación, prescindiendo del contenido, de las aplicaciones o servicios utilizados, de los equipos y aparatos. Las empresas no pueden bloquear, ralentizar, alterar, restringir, interferir, degradar contenidos, aplicaciones o servicios concretos salvo excepciones lógicas en todo Estado de Derecho. A saber la necesidad de cumplir las leyes y sentencias judiciales; preservar la integridad de las Redes y evitar una inminente congestión (art. 3º).

Es con relación a esta última excepción donde pueden presentarse riesgos que planten la semilla de la desigualdad entre los ciudadanos y con ello crezcan plantas que generen una densa jungla donde empieza a perecer el Estado social y democrático de Derecho.

Las empresas pueden y deben gestionar el tráfico. Es su misión. Ahora bien, tal gestión ha de ser “equitativa” y los criterios o medidas que introduzcan para la misma han de ser, como en tantos ámbitos de la prestación de servicios de interés general, medidas razonables, no discriminadoras, proporcionadas y transparentes.

Pero antes de precisar algunas técnicas para garantizar que esa gestión del tráfico no quiebre el principio de neutralidad de la Red, apunto otro riesgo que acoge el Reglamento europeo. Me refiero a la posibilidad de que las empresas formalicen contratos de “servicios especializados”, esto es, aquellos servicios distintos al de acceso que ofrezcan unos mejores resultados.

Es cierto que se han establecido varios límites con el fin de mantener el equilibrio en la Red. En concreto, sólo podrán facilitarse tales servicios si, por un lado, la capacidad de la Red es suficiente. Por otro, no podrán ser utilizados tales servicios especializados como sustitución del acceso a Internet y, además, como tercer linde, no podrán generar un detrimento de la calidad de los servicios de acceso para los usuarios (art. 3.5 del Reglamento)⁸. Existe, en consecuencia, un marco en el que deben desenvolverse tales servicios “especiales”, que se considera suficiente para impedir la generación de una brecha de desigualdad. No obstante, a pesar de esta regulación, el peligro de la quiebra de la neutralidad persiste.

del Estado y la Administración en el siglo XXI. Libro homenaje al Prof. Tomás de la Quadra, Iustel, Madrid, 2017, pp. 1611 y ss. del volumen II.

⁸ El organismo europeo que agrupa a todas las autoridades nacionales responsables de las telecomunicaciones, ORECE, publicó una guía con ilustrativos criterios para facilitar la aplicación de ese Reglamento europeo (tiene como referencia BoR 16, 127, de 30 de agosto de 2016).

2. PAUTAS DE PROTECCIÓN DE LOS USUARIOS

En España la aprobación de este Reglamento europeo no ha alterado las previsiones normativas existentes sobre las condiciones de calidad de la prestación de los servicios de telecomunicaciones. En desarrollo de la Ley de telecomunicaciones es una Orden ministerial la que fija los criterios mínimos de calidad y exige facilitar la información de tales índices por parte de las empresas operadoras (en especial, art. 50 LT)⁹. La rapidez de los avances tecnológicos y la multiplicación de posibilidades que ello genera me hace dudar de que esta regulación permita extraer todas las consecuencias para la protección de los derechos de los usuarios que la gestión del tráfico origina.

En resumen, impone obligaciones de información, con los actuales parámetros armonizados del Instituto europeo, a aquellas empresas que tengan un volumen de facturación superior a veinte millones de euros o una cuota de mercado del diez por ciento en cualquier ámbito geográfico. Tales compañías deben: garantizar los parámetros de calidad fijados, incorporar instrumentos de medida para su comprobación, facilitar dicha información a la Secretaría de Estado y difundirla a través de su página web. Además, deberán contratar a una empresa “solvente e independiente” para que audite las mediciones y contraste la información suministrada. El resto de empresas operadoras deberán proporcionar sus índices de calidad a través de su página web, como establece con carácter general el artículo 14 de la Carta de derechos de los usuarios. La Administración divulgará mediante unas guías básicas los umbrales esenciales de calidad de los servicios. Guías y orientaciones que proceden de los trabajos realizados por una Comisión específica, denominada de manera expresiva “para el seguimiento de la calidad del servicio” y que está integrada por una suficiente representación de las asociaciones de usuarios y de empresas con mayor presencia en el sector de las telecomunicaciones¹⁰.

La reacción ante un significativo incumplimiento de tales parámetros, ante una degradación del servicio cuyos perfiles fija la propia Orden ministerial, se concretan en facultades de inspección para comprobar el suceso y en la emisión de recomendaciones que podrán ser públicas (arts. 72 y ss LT)¹¹. Como se advierte, esas degradaciones están

⁹ Recuérdese que la Ley de telecomunicaciones retiene en el Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital la competencia relativa a la protección de los usuarios (art. 69 f) LT) y, en concreto, depende de la Secretaría de Estado el órgano específico para la resolución de los conflictos entre las empresas operadoras y los usuarios: la Oficina de atención al usuario de telecomunicaciones. La Orden en estos momentos vigentes es la núm. 1090/2014, de 16 de junio.

¹⁰ En la actualidad cada proveedor despliega unos sistemas de medidas y sondas de prueba en función del número de usuarios. Tales sistemas son aprobados por el Ministerio y son auditados por una organización independiente. Los resultados de tales mediciones -que se realizan constantemente- son publicados cada tres meses tanto por las empresas operadoras, como por el Ministerio. Puede verse, en este sentido:

<http://www.minetad.gob.es/telecomunicaciones/es-ES/Servicios/CalidadServicio/Paginas/Calidad.aspx>

¹¹ Es el artículo 21 el que precisa qué ha de entenderse por degradación “significativa”, por

considerando más los grandes fallos de la red en su conjunto, que las perturbaciones voluntarias que pueda realizar la compañía. Es ahí donde más exposición corre el respeto a la neutralidad de la red.

No obstante, ha de insistirse en las obligaciones de las empresas de telecomunicaciones y me detengo brevemente en su recordatorio.

2.1. La competencia como primera defensa

Defender la neutralidad de Internet implica que no se podrá impedir, por regla general, la comunicación con servidores, páginas, contenidos, servicios... etc., siempre que el correspondiente contrato no contenga explícitas limitaciones (como permite la LT, art 53). Una vez que un usuario ha suscrito un contrato con un operador o accede a través de una red gratuita, ya sea pública o privada, ha de poder navegar, dirigirse a los destinos que quiera, utilizar los servicios que convenga, descargarse los contenidos que le interesen, usar los programas o aplicaciones que elija, disfrutar de las futuras utilidades que se creen o se inventen... En principio, el comportamiento neutral del operador exige ese acceso abierto y la adecuada comunicación sin interrupciones, detenciones o cortes¹².

Resulta inadmisibles que mediante decisiones unilaterales y arbitrarias de la empresa operadora se impida la libre navegación. Y, así, la sentencia de la Audiencia provincial de Madrid de 29 de noviembre de 2012 (AC 2013\67) confirmó la condena impuesta y la responsabilidad patrimonial de una empresa operadora que bloqueó el acceso a la página web de una sociedad dedicada a la enseñanza de ilustración de libros. La página web era el único medio de esa compañía para relacionarse.

Del mismo modo, los usuarios tienen derecho a no soportar dificultades en lo que se considera un tráfico “adecuado”, en no ver entorpecida su navegación normal, en que su velocidad contratada no sufra restricciones, ni padezca estrangulamiento, ni una dificultad en las descargas y comunicaciones...

Ahora bien, tales previsiones generales han de matizarse porque una empresa puede recibir un mandato público de bloqueo, así como la retirada de contenidos cuando

ejemplo una interrupción total o un incumplimiento de la calidad establecida en las guías de referencia del Ministerio si afecta a la imposibilidad de realizar llamadas de emergencia durante dos horas, a los usuarios de las islas, las ciudades autónomas o más de veinticinco mil usuarios de la península; o a más de cien mil usuarios durante una hora. Se consideran degradaciones menores las interrupciones que afecten a más de veinticinco mil usuarios durante dos horas entre las siete de la mañana y las doce de la noche. A mi juicio, una calidad del servicio acomodada a nuestros tiempos debería ser más exigente.

¹² El art. 12 bis de la Ley de servicios de la sociedad de información de 11 de julio de 2002 establece la obligación de informar sobre las herramientas de filtrado y la restricción de acceso a contenidos no deseados o que sean nocivos para la infancia. Vid. P.A. de Miguel Asensio, *Derecho privado de Internet*, Civitas, 4ª ed. 2011, pp. 181 y ss. Recordemos que la Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet promovida por las Naciones Unidas considera que “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”.

se atente al orden público, a la salud pública, a la dignidad de la persona o sea necesario salvaguardar los derechos de propiedad intelectual¹³.

Se asienta, en consecuencia, la defensa de la neutralidad de la Red en los contratos privados y en las prácticas mercantiles que surjan con el desenvolvimiento del mercado y de los negocios. Siendo relevantes las técnicas que ofrece el Derecho de la competencia, sin embargo, a mi juicio, no son suficientes. El mercado es muy variopinto y su desenvolvimiento nos sorprende con frecuencia. No hay que esperar a la aparición de un “cisne negro”. Las prácticas mercantiles pueden conducir a que distintas empresas con diversos negocios, unos de proveedores de Internet, otras de programas de navegación, otras de servicios, se unan y pacten encauzar a sus clientes a través de sólo las empresas de ese concierto. Tales pactos podrían ser colusorios y, aunque como sabemos están proscritos por el Derecho de la competencia, su delimitación está definida con amplios criterios y la prueba no siempre es fácil. En principio, están prohibidos aquellos contratos que tienen como consecuencia clara limitar la competencia, además de todas aquellas recomendaciones o prácticas concertadas que se dirijan a tal fin¹⁴. La amenaza es cercana por los anuncios de empresas norteamericanas que podrían generalizarse.

2.2. Una gestión del tráfico adecuada

Sucesivos avances técnicos han perfeccionado la arquitectura de las redes de tal modo que se han ido incorporando precisiones con el fin de conseguir una mejor comunicación. Las primeras pautas se apoyaron en el principio del transporte mercantil “de extremo a extremo”¹⁵. Pero la necesidad de evitar ciertos riesgos, como la

¹³ Art. 8 de la Ley de servicios de la sociedad de información y comercio electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio). En la *Declaración conjunta sobre libertad de expresión en Internet*, promovida por las Naciones Unidas, se considera el bloqueo obligatorio de sitios web enteros, direcciones IP, puertos, protocolos de red o ciertos tipos de usos una medida extrema “que solo podría estar justificada conforme a estándares internacionales, por ejemplo, cuando sea necesaria para proteger a menores del abuso sexual”. Desarrollo estos aspectos y recojo suficiente bibliografía y pronunciamientos de las autoridades de la competencia en Neutralidad de la Red..., cit. pp. 99 y ss.

¹⁴ Recuerdo que uno los supuestos que indica el artículo 81 1 b) del Tratado como constitutivo de pacto colusorio es el de aquellos acuerdos que tienden a limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones. El Tribunal de Justicia de la CE ha venido a señalar que el acuerdo colusorio es todo pacto verbal o escrito mediante el cual varios operadores económicos se ponen de acuerdo en realizar determinada conducta que tiene por objeto o efecto restringir la competencia señalando que habrá acuerdo siempre que haya un concierto de voluntades entre varias empresas independientes (STJCE de 20 de marzo de 1985, asunto Italia contra la Comisión, 19 de marzo de 1991, asunto Francia contra la Comisión; o 7 de marzo de 1990 asunto GB-Inmo-BM). Ilustrativa exposición de la aplicación de esta regulación y jurisprudencia en el ámbito de las telecomunicaciones ofrece L.A. Velasco San Pedro, “Regulación y competencia en el sector de las telecomunicaciones”, en la obra dirigida por T. de la Quadra, *Regulación económica. IV. Telecomunicaciones*, Iustel, Madrid, 2009, en especial, pp. 743 y ss.

¹⁵ Vid., entre otros, J.H. Saltzer, D.P. Reed, D.D. Clark, “End to end arguments in system design” *ACM Transactions on computer sys*, 277, 1984; M.S. Blumenthal y D. Clark “Rethinking the design of the Internet: the end-to-end arguments vs. the brave new world”, *ACM Transactions on Internet*

multiplicación de mensajes basura o la propagación de virus facilitó la incorporación de otras técnicas para dotar de confianza al tráfico¹⁶ y, a partir de ahí, se buscó una gestión eficaz, que fuera la mejor posible (*best effort*) sin originar en ningún caso discriminaciones, como si la red fuera ciega.

La necesidad de proteger la red, de asegurar la transmisión ante el incremento de los peligros, defenderse de las plagas, impedir la instalación de herramientas automátatas que multiplican las malas prácticas y otras circunstancias son causas suficientemente poderosas que justifican la introducción de nuevas técnicas. Ha de facilitarse el buen desarrollo de unas transmisiones cada vez más exigentes que requieren una especial atención y ritmo -caso de las emisiones musicales o de vídeo, así como los juegos y apuestas, entre otras-.

Los especialistas van agregando nuevos diseños en los algoritmos para la distribución de los paquetes y se ha extendido la idea de distinguir diferentes “capas” de información¹⁷. De manera muy resumida, diferencian los técnicos la estructura de la comunicación en diversas capas, entre las que resaltan cuatro: la integrada por las infraestructuras (las líneas, cables, fibra óptica, satélites..), la “lógica”, (integrada por los protocolos de comunicación, nombres de dominio, identificadores como las direcciones IP); las relativas a las diversas aplicaciones (como las que identifican las páginas web, los correos electrónicos, la mensajería, el sistema VoIP, etc); y, finalmente, la capa de contenidos concretos.

Estos sistemas de gestión pueden ir identificando y abriendo el contenido de cada capa como si de distintos sobres de cartas en papel se tratara con el fin de encauzar el tráfico. Unas inspecciones que no han de ser íntegras ni exhaustivas si no quieren calificarse de intromisiones ilegítimas en la intimidad.

Entrar en tales propuestas técnicas me resulta algo ajeno a estas páginas. Lo que sí resalto es que cualesquiera prácticas de gestión que se adopten deberán satisfacer unas mínimas exigencias jurídicas para que puedan ser admitidas porque, en todo caso, han de respetarse los derechos y libertades fundamentales. En especial, la protección a la intimidad y la defensa del secreto de las comunicaciones.

Technology 2000; M.A. Lemley y L. Lessig, L. “The end of end-to-end: preserving the architecture of the Internet in the broadband era”, *UCLA Law Review* 48, 2001, pp. 925 y ss.

¹⁶ Por ejemplo, D. Clark y M. Blumenthal, “The end-to-end argument and application design: the role of trus”, *Federal Communications Law Journal*, vol. 63, n.º 2, 2011 pp. 357 y ss.

¹⁷ D. Arjonés Giráldez, “Un principio jurídico de neutralidad aplicado a la regualción del servicio de banda ancha. Análisis de la neutralidad de la red desde la perspectiva de su arquitectura por capas”, *REDA* núm. 155, pp. 319 y ss., defiende que el problema se resolvería diferenciando los distintos ámbito de negocio y mercado y estableciendo una separación de actividades para impedir la integración vertical de las empresas, promoviendo en cada “capa” la máxima competencia; en el mismo sentido, “La neutralidad de la red desde la perspectiva de su arquitectura por capas. ¿De transportistas públicos a gestores de contenidos?” en A. Cerrillo, M. Peguera, I. Peña y M. Vilasau (coord.), *Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet*, Actas del VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política. Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 11-12 de julio de 2011, Ed. Huygens, 2011, pp. 53 y ss.

Ha de garantizarse pues una gestión que no afecte a los derechos fundamentales.

Más abajo atenderé de nuevo a la calidad del servicio y a la gestión del tráfico formulando mis propuestas. Conviene ahora conocer otros aspectos.

2.3. Quejas y reclamaciones.

Cualquier internauta puede formular quejas y reclamaciones ante restricciones, bloqueos, retrasos, demoras, interrupciones y demás molestias graves y permanentes que padezca ante la empresa con la que se ha contratado el servicio de acceso a Internet. Muchos preceptos lo recuerdan: los artículos 47 de la Ley de telecomunicaciones, 26 de la Carta de derechos de los usuarios de comunicaciones electrónicas, así como la Orden ministerial de 12 de abril de 2007¹⁸. Si la mediación de la Administración no satisface, podrán ejercitarse las correspondientes acciones judiciales al tratarse de disputas enmarcadas en un contrato privado entre particulares. Demandas que también pueden presentarse por asociaciones de defensa de los consumidores, en virtud de la posible acción de cesación incorporada al Derecho español desde la Ley 39/2002, de 28 de octubre.

La neutralidad también puede ser exigida por las empresas que ofrecen servicios y contenidos a través de Internet y advierten cómo es bloqueado o se dificulta el acceso a sus páginas. Estas reclamaciones han de ser dirigidas ante la Comisión nacional de los mercados y la competencia, por lo que se podrán perseguir las denuncias por fijación de condiciones de servicio, conductas colusorias que impliquen un control en la distribución de contenidos en Internet, abusos de posición dominante, en fin, todas aquellas actuaciones que incidan en el desenvolvimiento del mercado de empresas de Internet (arts. 1 y 2 de la Ley de defensa de la competencia, núm 15/2007, de 3 de julio)¹⁹.

En consecuencia, existen técnicas de defensa. Sin embargo, a mi juicio, no resultan del todo suficientes porque asegurar la neutralidad de la Red no implica únicamente que se garanticen unas mínimas condiciones de calidad en el servicio de acceso a Internet. No hay que atender únicamente a las condiciones que establezcan las empresas operadoras y a las posibilidades de los usuarios de cambiar el contrato. La neutralidad de la Red no gira de manera exclusiva sobre las prácticas de negocio, sobre las cláusulas mercantiles en los contratos con los usuarios, sobre la defensa de la competencia para facilitar la incorporación de nuevos empresarios, de nuevas

¹⁸ Vid. L. Arroyo Jiménez y A. I. Mendoza Losana, “Los usuarios de las telecomunicaciones” en la obra dirigida por T. de la Quadra *Regulación económica. IV. Telecomunicaciones*, cit.en especial pp. 286 y ss.; J.M. Serrano Cañas, “La protección de los usuarios de los servicios de telecomunicación electrónicatelefonía fija-móvil e internet” en *Derecho (privado) de los consumidores* / coord. por Luis María Miranda Serrano, Javier Pagador López, 2012, pp. 389 y ss.; A. Carrasco Pereda, *Estudios sobre telecomunicaciones y Derecho del consumo*, Aranzadi, Pamplona, 2005.

¹⁹ Sobre el procedimiento y las facultades de la Comisión existe, como es sabido, muchos e ilustrativos estudios. Me remito a los mismos. En todo caso, recogen precisas consideraciones y abundante bibliografía los estudios recogidos en la obra colectiva dirigida por J.M. Sala Arquer, *Comentario a la Ley de defensa de la competencia*, Aranzadi, Pamplona, 2012.

iniciativas. Advertir sólo esa faz cuando se habla de neutralidad de la Red supone prescindir de la trascendencia que oculta la verdadera cara de la moneda: responder a la libertad de los usuarios y no incorporar elementos que discriminen a unos u otros ciudadanos y empresarios.

Pasado un año de la entrada en vigor del Reglamento europeo, tanto el Gobierno de España, como el Organismo europeo que acoge a todas las autoridades competentes en este ámbito (ORECE), han publicado informes sobre su aplicación y, con relación a la neutralidad de la Red, han afirmado que las quejas y reclamaciones presentadas por los usuarios son escasas, por lo que entienden que los problemas “no son significativos”²⁰. No obstante, algunos organismos reguladores de los Estados miembros sí han adoptado decisiones suspendiendo determinadas prácticas de las empresas -como las denominadas *zero rating*, que deberíamos traducir como “tasa cero”- al considerar que originaban unas desproporcionadas discriminaciones en la gestión del tráfico de datos²¹.

En fin, afirmar que en la actualidad los usuarios estemos satisfechos porque nuestras pautas de conducta quedan complacidas por la zona en la que navegamos no ha de conducir a que nos instalemos en una situación de despreocupada confianza. Por el contrario, habría que permanecer vigilantes y en estado de alerta. Ha de impedirse que las empresas canalicen en unos pocos cauces algunas aguas de Internet y, siguiendo con el símil, los ciudadanos nos acostumbremos a chapotear en esas aguas embalsadas sin posibilidad de conocer otros mares y experiencias. Ese es el gran riesgo²².

De ahí que insista en los intrínsecos fundamentos sobre los que se asienta una firme defensa de la neutralidad.

3. LA NECESIDAD DE INSISTIR EN LO IMPORTANTE.

La razón esencial para exigir una adecuada actitud neutral en el tráfico por las redes radica en reconocer que Internet se ha convertido en la actualidad en un medio

²⁰ Me refiero al Informe del ORECE 17/240, de 7 de diciembre, así como al Informe de la Secretaría de Estado para la información y la sociedad digital, sobre “la supervisión en España de la normativa europea en materia de acceso a una Internet abierta (neutralidad de la Red)”, de 14 de julio de 2017. Ambos están, lógicamente, accesibles a través de Internet en las sedes electrónicas correspondientes.

²¹ Tal ha sido el caso de Bélgica, Eslovenia, Hungría, Los Países Bajos y Suecia como recoge el informe elaborado por la consultora Cullen Internacional en marzo de 2017 (disponible en su página web). En España, sin embargo, no se ha adoptado decisión alguna sobre estas prácticas que empiezan a ofertar algunas empresas de telecomunicaciones.

²² Alertó hace tiempo sobre estas amenazas J.L. Zittrain, *The future of the Internet and how to stop it*, 2008 (disponible en <http://futureoftheInternet.org>) y recientemente el organismo regulador francés ARCEP ha publicado un informe en el que llama la atención sobre los peligros de cierre de espacios que se están generalizando a través de los terminales móviles y las aplicaciones, *Les terminaux, maillon faible de l'ouverture d'Internet*, febrero 2018.

común donde los ciudadanos manifestamos nuestra personalidad. El despliegue tecnológico en Internet no sólo ha impulsado negocios u ordenado tantos aspectos sociales de gestión de infraestructuras. A través de Internet los ciudadanos “nos vivimos”, nos expresamos y desarrollamos. Eso tiene una trascendencia capital porque conduce a la necesidad de que la Red respete la libertad y los derechos fundamentales, esencia de nuestra civilización ²³.

Derechos como la intimidad, la libertad de expresión y comunicación están directamente afectados por la forma de entender la neutralidad de la Red. Admitir determinadas intrusionas en la gestión del tráfico de Internet, en la comprobación y selección de los datos lesiona tales derechos fundamentales y, por ello, deben rechazarse con contundencia. Del respeto y protección de estos derechos depende el libre desarrollo de la personalidad base del orden social que posibilita las ventajas de una sociedad abierta y libre.

Con anterioridad ya recordé la Declaración de las Naciones Unidas de 1 de junio de 2011²⁴. En la misma, se subraya la importancia de la libertad de expresión y se insiste en que son contrarias al Orden internacional algunas quiebras de la neutralidad de la Red. Tal sería el caso de bloqueos en el uso de Internet, que sólo podrían realizarse siguiendo estándares internacionales para la protección de otros derechos preferentes; y se equipara el filtrado de contenidos a una forma de censura no admisible.

En similar sentido, desde el Consejo de Europa se pretende promover una regulación que garantice los derechos fundamentales en Internet. En concreto, el Consejo de Ministros de telecomunicaciones firmó una Declaración sobre neutralidad de la Red en la que se resalta el necesario respeto a la vida privada, a la libertad de expresión, de información y difusión del conocimiento, a la protección de los usuarios para utilizar los instrumentos y herramientas que sean de su elección, sin perjuicio de admitir que las empresas realicen una mínima gestión del tráfico (septiembre de 2010). A la misma han seguido estudios y propuestas para concretar ese posible marco común

²³ Sobre las conquistas que ha superado la lucha por la libertad de expresión es muy recomendable la lectura del libro de S. Muñoz Machado, *Los itinerarios de la libertad de palabra*, Ed. Crítica, Barcelona, 2013, que también acoge los problemas derivados de la comunicación a través de Internet. Recuerdo, además, los sugerentes trabajos publicados en la obra colectiva dir. por L. Corredoira y L. Cotino, *Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales*, CEPC, Madrid, 2013; el interesante artículo de M.L. Fernández Esteban, “La regulación de la libertad de expresión en Internet en Estados Unidos y en la Unión Europea”, *Revista de estudios políticos*, núm. 103/1999, págs. 149 y ss.; en fin, también C. Marsan, “The net as a public space: is net-neutrality necessary to preserve on-line freedom of expression?”, en A. Cerrillo, M. Peguera, I. Peña y M. Vilasau (coord.), *Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet*, cit. pp. 79 y ss.

²⁴ La cita correcta y completa es larga: Declaración conjunta por el Relator especial de las Naciones Unidas (ONU) para la libertad de opinión y de expresión, la Representante para la libertad de los medios de comunicación de la organización para la seguridad y la cooperación en Europa (OSCE), la Relatora especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la libertad de expresión y la Relatora especial sobre libertad de expresión y acceso a la información de la Comisión africana de Derechos humanos y de los pueblos (CADHP).

de neutralidad²⁵.

Junto a estas declaraciones ha sido el Tribunal europeo de Derechos humanos quien con contundencia ha declarado que impedir el acceso a Internet supone una violación de las libertades de expresión e información²⁶. En su sentencia de 18 de diciembre de 2012 (caso Ahmet Yildirim)²⁷, al resolver sobre el bloqueo a la página web de un acusado declaró que: *“Internet es en la actualidad el principal medio de la gente para ejercer su derecho a la libertad de expresión y de información: se encuentran herramientas esenciales de participación en actividades y debates relativos a cuestiones políticas o de interés público... Este hecho es suficiente para que el Tribunal concluya que la medida en cuestión constituye una “injerencia de las autoridades públicas” en el derecho del interesado a la libertad de expresión, de la que forma parte la libertad de recibir y de comunicar informaciones o ideas”*. Esta doctrina se reitera en otro importante pronunciamiento que tiene como fecha el 1 de diciembre de 2015 y que atendió los recursos contra el corte general al servicio de YouTube²⁸. En

²⁵ Una interesante propuesta recogen L. Belli y M. van Bergen en “Protecting human rights through Network Neutrality: furthering internet users’ interest, modernising human rights and safeguarding the Open Internet”, dentro del encuentro promovido por el Consejo de Ministros de los medios y la sociedad de la información celebrado en Estrasburgo en diciembre de 2013 (referencia CDMSI, 2013, MISC 19E) y disponible en www.coe.int.

²⁶ Es una línea doctrinal constante de este Tribunal que la libertad de expresión se extiende tanto al contenido de la información como *“a los medios de transmisión o recepción, ya que cualquier restricción impuesta ... interfiere necesariamente en el derecho a recibir y proporcional información”* (sentencia de 22 de mayo de 1990, caso Autronic). Entre esos medios ha de ocupar ahora un lugar prioritario Internet.

²⁷ Interesa conocer el conflicto que se inicia porque un juez penal de Turquía había acordado en junio de 2009 el bloqueo de un sitio web cuyo titular había sido acusado de insultar la memoria de Atatürk. Con posterioridad, la autoridad turca competente en telecomunicaciones solicitó que se ampliara el bloqueo a todo el servicio “Google sites”, en el que se alojan como es conocido muchas páginas web. Entre ellas, la del denunciante que llega a Estrasburgo. Recurre porque esas medidas impedían el acceso a su propia página. Medidas que subsistían incluso mientras se sustanciaba el proceso ante ese Tribunal de derechos humanos en 2012, a pesar de que las iniciales actuaciones contra el difamador habían cesado por haber sido imposible localizarle. El Tribunal europeo declaró la violación del Convenio de Roma: no se había sustanciado ningún proceso contra el recurrente, ni contra el servidor Google; ni se había analizado por el Tribunal penal la proporcionalidad de la medida, ni si había otras alternativas para perseguir las difamaciones. A los efectos que aquí me interesan, resulta relevante este pronunciamiento porque el Tribunal reconoce que el acceso a Internet es un derecho instrumental de la libertad de expresión. Aun no tratándose de una prohibición total, de una restricción absoluta de acceder a Internet, esa medida generó una importante limitación que bloqueó el acceso a la página web del demandante.

²⁸ Se trata del caso Cengiz y otros contra Turquía. En resumen: en un proceso penal se acordó el bloqueo general del citado servicio y algunos ciudadanos, contra los que no se actuaba, pretendieron presentar alegaciones por sufrir tal restricción. El Tribunal penal las inadmitió al no ser parte directa en ese proceso penal y hubo quien recurrió al Tribunal Constitucional que sí declaró que la legislación no amparaba un bloqueo general y estimó que se había producido una violación a los derechos de libertad de información y comunicación. Pero, además, tres profesores de Facultades de Derecho de distintas Universidades recurrieron ante el Tribunal europeo de Derechos Humanos y pretendieron una condena específica por violación del Convenio de Roma. Durante años había estado bloqueado el acceso a YouTube y alegaban que constituía una fuente de conocimiento para sus estudios y clases por los vídeos

fin, este Tribunal se ha pronunciado igualmente sobre la procedencia de algunas restricciones al uso de Internet de los reclusos (así, las sentencias de 19 de enero de 2016 y 17 de enero de 2017).

Y junto a estas libertades públicas, amparar la neutralidad es defender la igualdad de oportunidades de los ciudadanos y también de las empresas²⁹. Constituye la igualdad el núcleo esencial de la alegato de la neutralidad de la Red. Los datos que transitan por la Red no deben ser discriminados de manera arbitraria por quien gestiona el tráfico.

En consecuencia, las autoridades públicas han de garantizar el derecho de acceso a una Internet abierta y neutral. Para ello pueden imponer las correspondientes obligaciones de servicio a las empresas privadas. Una obligaciones que garanticen el adecuado respeto a los derechos fundamentales. Es bien conocida la historia de la conquista de esa progresiva modulación de las relaciones privadas con el fin de salvaguardar el contenido esencial de los derechos fundamentales y arbitrar el equilibrio de intereses afectados. De ahí que no me detenga ahora en la misma y me remita a los estudios publicados³⁰.

de muchos Organismos internacionales, además uno de ellos también tenían cuenta en ese servidor para difundir sus conferencias. Recordando su doctrina, en especial la citada sentencia Ahmet Yildirim, el Tribunal de Estrasburgo declaró la violación del Convenio porque ni estaba amparado legalmente un bloqueo general, ni se habían considerado los efectos indirectos, ni se había facilitado a los demandantes un suficiente grado de protección de sus derechos fundamentales.

²⁹ Resulta innecesario reiterar las decenas de pronunciamientos del Tribunal Constitucional que insisten en esta básica idea y que se repite con similares expresiones desde las primeras sentencias, entre las que cabe recordar la núm. 22, de 2 de julio de 1981. Son muchos también los estudios doctrinales que han profundizado en el análisis de este principio. Sirva la cita de los trabajos de I. de Otto, “El principio de igualdad en la Constitución española” en *Igualdad, desigualdad y equidad en España y México*, Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid, 1985, pp. 345 y ss.; J. Suay Rincón, *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, IEAL, Madrid, 1985; o el libro colectivo *El principio de igualdad*, Dykinson, Madrid, 2000

³⁰ De la extensísima relación de monografías y trabajos que tanto en España como en otros países se ha preocupado de esta cuestión recojo la referencia a muy pocas obras, a partir de las cuales, cualquier lector interesado puede seguir tirando del hilo que le conducirá a otros muchos libros y artículos de gran interés. Me remito a las obras de F.Sosa Wagner, *Juristas y enseñanzas alemanas (1945-1975). Con lecciones para la España actual*, Marcial Pons, Madrid, 2013; P. Cruz Villalón, *Derechos fundamentales y Derecho privado*, Academia sevillana del Notariado, tomo extra 1, 1988, pp. 97 y ss.; T. de la Quadra Salcedo, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en relaciones entre particulares*, Madrid, 1981 así como su minucioso trabajo “Incidencia o existencia de los derechos fundamentales en el Derecho privado” dentro de la obra colectiva dir. J.E. Soriano, *Por el Derecho y la libertad. Libro homenaje al Prof. J.A. Santamaría Pastor*, Iustel, Madrid, 2014, págs. 121 y ss ; J. García Torres y A. Jiménez Blanco, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1986; J.M. Bilbao Ubillos, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, CEPC, Madrid, 1997, en fin, R. Sarazá Jimena, *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Tirant-Lo Blanch, Valencia, 2011.

4. CON LA MIRADA EN LOS PRÓXIMOS PASOS

4.1. Propuestas relativas a la calidad del servicio y a la gestión del tráfico

Como hemos visto, la regulación actual pivota en garantizar una buena calidad del servicio a los usuarios confiando en la adecuada gestión del tráfico por las operadoras. Sin duda, sucesivos avances tecnológicos permitirán incorporar nuevos modos de gestión que anuncien un mejor tráfico y podrá plantearse que las empresas, conocedoras de sus capacidades e infraestructuras gestionen la disponibilidad no utilizada. La introducción de otras posibles técnicas que, sin duda aparecerán porque es imposible predecir el desarrollo de las investigaciones, deberá ser objeto de singular y prudente análisis. Por ejemplo, abrir la espita para una total catalogación y de ahí ofrecer precios distintos podría debilitar la igualdad de trato y generar discriminaciones. Más si establecen ya la prioridad a determinados usuarios o a grandes empresarios, o si se limitara el uso del ancho de banda para reservarlo a futuros usuarios. Toda técnica debe ser analizada de manera individual, en cada caso concreto, porque, en principio, supone la eventual reducción del ámbito del principio de neutralidad. Son riesgos potenciales pero, insisto, cualquier limitación en el desarrollo de Internet puede tener daños irreversibles de ahí la necesidad de resaltar el principio de precaución que se ha extendido en otros ámbitos como la protección ambiental o la seguridad ciudadana.

Los avances tecnológicos que disfrutamos se han impulsado precisamente al estar inicialmente garantizada la igualdad y la libertad en Internet. Por ello, ha de mantenerse con carácter general la prohibición de cualquier discriminación irrazonable en la gestión del tráfico³¹.

Las decisiones sobre nuevas técnicas de gestión habrán de superar una rigurosa evaluación de las diversas posibilidades que se presenten y sus efectos. Han de tenerse en cuenta todas las infraestructuras y, así, como nos han demostrado algunas empresas operadoras, la propia organización en red de los servicios ha facilitado la descarga o desvío del tráfico (*offloading*) para evitar congestiones a través de múltiples redes, como ocurre con las comunicaciones móviles que van saltando a través de otras redes wifi o wimax.

Además, si esa gestión del tráfico origina alguna aparente desventaja, la misma debe quedar sobradamente satisfecha con los beneficios que ofrezca. Las prácticas que catalogan el tráfico y atienden a los paquetes que entran en las redes para evitar su congestión o limitan su salida, sólo tendrán justificación si los datos que se retrasan no hacen degradar el servicio y se consigue una óptima transmisión de aquellos que no admiten ningún retraso. Se puede admitir una pequeña demora en la entrega de un mensaje de texto, pero no en la retransmisión de un concierto o una conversación en el que de una inmediata respuesta dependen otras decisiones.

Esas técnicas que consideran los paquetes en su inicio y organizan su salida

³¹ En este sentido también se pronuncia T. Wu, *Net neutrality*, cit, pp. 167 y ss. en las que incluso formula una iniciativa de ley de neutralidad de la red.

pueden admitirse siempre que también se hagan con cierto ritmo, sin degradar lo que se considera una comunicación normal³².

Y lo más importante: en ningún caso esa gestión puede afectar al contenido esencial de los derechos fundamentales y las libertades públicas. En especial, el derecho a la intimidad, a la libre expresión, a la igualdad de oportunidades. La inspección profunda de las capas, el filtrado de códigos o expresiones, no deberían desvelar en modo alguno la intimidad personal, el carácter confidencial y reservado de las comunicaciones, ni censurar la libertad de expresión e información. Es este punto, el asunto central que deben atender las técnicas de gestión del tráfico.

Ya lo he señalado. Las transmisiones se realizan a través de un complejo sistema de interconexiones de datos que se integran por múltiples capas de información: de identificación de los dispositivos, protocolos de navegación, programas utilizados... Conocer algunas de estas capas resulta indispensable para impulsar el tráfico de datos. Recordando el símil que ya he utilizado de las capas como sobres de cartas: ningún cartero se dirige a ciegas al destinatario sin haber leído su nombre en un sobre de correos. Pero ese control no le permite leer el contenido para advertir el interés en su entrega.

El control de algunas capas permite evitar virus o los mensajes no deseados. Un filtrado que puede ser respetuoso con la privacidad, del mismo modo que lo son, en cierta medida, los controles de seguridad en las oficinas de correos u, otro ejemplo, en los aeropuertos, como los arcos detectores de metales. Otras inspecciones que penetren en el contenido de las capas pueden ya incidir en el ámbito reservado a la intimidad y confidencialidad. Así, revelar los sitios web visitados, los ficheros que se descargan, la identidad de los destinatarios de un mensaje, su contenido... Tales sistemas de gestión que realizan una inspección profunda no deben ser admitidos.

Conviene recordar que el Tribunal de Justicia de la Unión europea, en su sentencia de 8 de abril de 2014 (asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12), declaró inválida la Directiva de 2006/24, de 15 de marzo, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones por considerar que no satisfacía la mínima protección de la vida privada ni la protección de datos. Y es que imponía unas obligaciones generales a las empresas que permitían conocer, entre otros aspectos, los hábitos de los ciudadanos, sus relaciones sociales, sus

³² El grupo internacional que trabaja en la ingeniería y estructura de Internet, que promueve las propuestas de estándares, *Internet engineering task force (IETF)*, ha desarrollado dos protocolos diferentes que permiten, por un lado, advertir una reserva de fuentes (rsvp) y, por otro, servicios diferenciados (diffserv) que utilizan diversas estrategias de colas para ir adaptando el tráfico a las expectativas de los usuarios. B. Zelnick y E. Zelnick *The illusion of net neutrality. Policial alarmism, regulatory creep and the real threat to Internet freedom*, Hoover Institution press Publication, 2013, p. 158, se remite a los detalles técnicos del manual "Internetworking Technology Handbook", así como la documentación facilitada por Cisco. Menciona algunas de estas técnicas, Luis. M. González de la Garza, *El nuevo marco jurídico de las telecomunicaciones en Europa. Redes sociales especializadas, neutralidad de la red y dividiendo digital*, La Ley, Madrid, 2011, en la nota 794 de la p. 767.

comunicaciones, su tráfico en Internet... La falta de precisión de los fines perseguidos, de los supuestos concretos en los que debían conservarse esa información y, sobre todo, la carencia de proporcionalidad de la regulación condujo a esa declaración de incompatibilidad con el Derecho europeo, en especial, con la Carta de derechos fundamentales³³.

Ese juicio sobre las previsiones de la Directiva nos puede dar una cabal idea del cuidado que ha de tenerse en la gestión del tráfico para que tampoco pueda considerarse incompatible con la protección de datos y el respeto a la vida privada y a la confidencialidad de las comunicaciones. Por ello hay que estar muy vigilante para garantizar el efectivo cumplimiento de la normativa de protección de datos, pues son muchos los peligros que pueden derivar de la evolución de las técnicas de gestión y los medios de inspección masiva de las comunicaciones³⁴.

Es cierto que ese tráfico deberá permitir que una autoridad judicial acuerde su intervención; o que puedan discriminarse los programas o servicios generales que se hayan fijado en el contrato (como ocurre, con la protección de los menores). Pero junto a ello, hay que recordar que esas cláusulas contractuales han de ser muy cuidadosas con la protección de las comunicaciones porque afectan a varios usuarios y, además, porque el consentimiento siempre ha de garantizar otras alternativas: bien con otras empresas operadoras u otras modalidades de contratos con la misma empresa. Resulta inadmisibles que se pierdan oportunidades de contratos o de herramientas si no se “aceptan” unas condiciones impuestas de manera unilateral y sin otra alternativa.

La valoración será distinta si la gestión del tráfico ha sido solicitada por el propio usuario. Del mismo modo que admitimos la suscripción de contratos diversos, con cláusulas específicas para el control paterno, también es posible que el usuario adquiera instrumentos que incorporen determinados criterios de gestión para controlar las conexiones como la seguridad en las redes inalámbricas.

En fin, para advertir si existe o no discriminación, si hay razones suficientes para una gestión de la Red, resulta imprescindible el conocimiento de la situación, esto es, de los datos del tráfico, los problemas de congestión, las condiciones de los contratos... Para defender la neutralidad es necesaria la difusión de información por las compañías operadoras, unas mínimas reglas de transparencia, así como una mayor educación de los usuarios en todos estos conceptos y sus consecuencias.

³³ Son muy sustanciosas las consideraciones del escrito de Conclusiones del Abogado general P. Cruz Villalón, que tienen fecha de 12 de diciembre de 2013. Conviene atender a este ámbito porque presentará relevantes conflictos. Así, el 31 de julio de 2014 una juez de apelación norteamericana (de la Corte de Distrito sur para Nueva York) ha ratificado la condena a una empresa de servicios a entregar los datos de un usuario, aún estando localizados en Irlanda, sin seguir el procedimiento establecido en el Tratado de asistencia legal.

³⁴ Aspecto en el que insistió el Supervisor europeo de protección de datos en su Informe sobre la neutralidad de la red, la gestión del tráfico y la protección de la intimidad y los datos personales (de 7 de octubre de 2011, publicado en el DOCE 2012/C 34/01).

4.2. Una defensa contundente: su reconocimiento constitucional

Consignar una mención explícita del derecho de acceso a una Internet neutral y abierta dentro del catálogo de derechos fundamentales facilitaría su defensa y evitaría los riesgos que una mera consideración mercantil puede traer.

Y es que, de no mantenerse la neutralidad, las empresas que prestan el servicio de acceso a Internet tendrían la puerta abierta para discriminar sobre las condiciones de utilización de los servicios. Podrían establecer criterios de preferencia, prioridad, de ahí exigir pagos y cuotas diversas, ora a los usuarios, pero sobre todo a las empresas de servicios. Una situación que partiría el mercado en dos. Los economistas que analizan la realidad según lo que denominan “la teoría de los juegos” han insistido en que se pondría rápidamente un alto precio al tráfico por Internet³⁵.

Ello conduciría a establecer vínculos entre algunas empresas para obtener mayores ventajas, favoreciendo su tráfico, así como la consolidación de grandes grupos empresariales que beneficiarían a sus filiales. Lo que, a su vez, conduciría a la reducción de nuevas empresas pues la entrada en ese mercado sería muy difícil ante las situaciones que se consolidarían. La incursión de iniciativas o emprendedores, tan comunes en los mares de Internet, disminuiría de manera contundente.

Tal situación supondría una reducción drástica de la innovación y de la investigación. Hay menos iniciativa cuando el negocio está consolidado³⁶. Esta consecuencia haría perder el alma a Internet, su inicial espíritu y la razón de por qué se ha desarrollado y evolucionado como lo ha hecho, a través de las libres y abiertas iniciativas de muchos empresarios o emprendedores, grandes o pequeños³⁷.

Un horizonte ciertamente perturbador el que resumen los especialistas al insistir en esa restricción y reducción del tráfico de algunos datos, en la degradación de servicios, en la expansión de nuevas iniciativas e, incluso, en la división de Internet. Pero, sobre todo, un control del tráfico de Internet incidiría de manera directa en la forma de actuar de los ciudadanos. La conciencia de sabernos vigilados devaluaría nuestra privacidad, reprimiría nuestra expresividad, lo que tendría consecuencias en la

³⁵ Son muchos los trabajos que analizan estos aspectos. Sirva la mera remisión de los siguientes: B. van Schewich, “Towards an economic framework for network neutrality regulation”, *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 5/2007, pp. 329 y ss.; N. Ecomides, *Economics of the Internet*, NET Institut, enero 2007 pp. 6 y ss.

³⁶ Vid. H. Cheng y H. Guo, “The debate on net neutrality: a policy perspective”, insisten en estos aspectos; y H. Nadal, “Sin neutralidad en la red: ¿dónde la lógica universal de la innovación?”, en A. Cerrillo, M. Peguera, I. Peña y M. Vilasau (coord.), *Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet*, cit. pp. 95 y ss.

³⁷ Entre otros muchos, insiste T. Wu en “Network Neutrality, broadband discrimination”, cit., en especial pág. 146, en los logros de Internet a través de esa creación evolutiva, darwiniana de la red, que ha multiplicado la innovación y la meritocracia. Resulta también indispensable la lectura de J.L. Zittrain, *The future of the Internet and how to stop it*, 2008 (disponible en <http://futureoftheInternet.org>).

formación de nuestra personalidad³⁸. Ello repercutiría en la calidad de la sociedad democrática.

Defiendo, por ello, la neutralidad, la libre elección para navegar por Internet, como hace siglos hubo una defensa de la libertad de navegación por los mares. Resulta oportuno recordar la obra de los juristas de la Escuela salmantina, en especial, Fernando Vázquez de Menchaca, que argumentaron sobre los bienes comunes e inspiraron la obra de Hugo Groccio sobre la libertad de mares. La neutralidad es muy similar a esa libertad de navegación por los mares. Por ello, quizás como esa libertad de navegación conozca de futuras mermas pues son varias las amenazas existentes.

¿Por qué? Porque así como en el mar son los Estados ribereños y las grandes compañías que se consolidan quienes arbitran el tráfico en los mares, así en la navegación por Internet algunos Estados quieren bloquear y controlar el tráfico. Y, sobre todo, grandes empresas de telecomunicaciones están queriendo influir sobre el acceso a específicos contenidos y servicios. Son los nuevos y poderosos señores feudales y dueños de los mares que pretenden establecer sus reglas y encauzar el tráfico.

Es cierto que no sabemos qué nos deparará el futuro en este mundo que galopa veloz. Un ejemplo: tras anunciarse la votación de la Comisión federal americana revocando los derechos amparados por la neutralidad, a los pocos días se difundió una aplicación para que los usuarios pudieran conocer si su empresa respeta o no la neutralidad.

Pero, a pesar de tantos vientos de cambios, de tantas tendencias que se suceden, hemos de ser firmes en anudar la defensa de la neutralidad con la libertad y la igualdad para navegar por Internet. No está sólo en juego la competencia en el mercado. Están en juego los derechos y libertades fundamentales. No defender la neutralidad podría generar el descenso por la pendiente de admitir la desigualdad y perder nuestro espacio de intimidad. La lucha de la humanidad ha sido y sigue siendo la lucha por la igualdad porque es expresión del respeto a la dignidad humana. Esto es lo que funda el Derecho como nos recordó brillantemente Stefano Rodotà³⁹.

Hay, por consiguiente, una urgencia por proclamar la necesidad de una sociedad abierta, de una sociedad libre. Y así como en el pasado los juristas han aprestado sus técnicas y conocimientos para garantizar esas conquistas al hilo de los grandes avances técnicos que se han vivido a lo largo del siglo XX, procede ahora que los juristas contemporáneos procedamos de análoga forma. Esta es la contribución que se espera de nosotros y por tanto el desafío que como profesionales del Derecho estamos obligados a afrontar.

³⁸ Alertan de muchas consecuencias tóxicas y nocivas E. Morozov, *La locura del solucionismo tecnológico*, Katz, Madrid, 2015; y E. Pariser, *El filtro burbuja. Cómo la Red decide lo que leemos y lo que pensamos*, Taurus, 2017.

³⁹ S. Rodotà, *El derecho a tener derechos*, Ed. Trotta, Madrid, 2014.