

ASUNTO: Se presentan comentarios dentro de la consulta pública del Anteproyecto de Lineamientos para la gestión de tráfico y administración de red a que deberán sujetarse los concesionarios y autorizados que presten el servicio de acceso a Internet

INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES

P R E S E N T E

LUIS FERNANDO GARCÍA MUÑOZ, LEOPOLDO FRANCISCO MALDONADO MARTÍNEZ y ERICK HUERTA VELÁZQUEZ, por derecho propio y en representación de RED EN DEFENSA DE LOS DERECHOS DIGITALES A.C. (en adelante “R3D”), CAMPAÑA GLOBAL POR LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN A19 A.C. (en adelante “ARTICULO 19”) y REDES POR LA DIVERSIDAD, EQUIDAD Y SUSTENTABILIDAD A.C. (en adelante “REDES AC”, respectivamente, situación que acreditamos mediante documentos que se adjuntan como ANEXO UNO, DOS y TRES, respectivamente, así como KARLA PRUDENCIO RUIZ, VLADIMIR CORTÉS ROSHDESTVENSKY, ADRIANA SOFÍA LABARDINI INZUNZA, IVÁN ALEJANDRO MARTÍNEZ MONTAÑO, AGNERIS SAMPIERI ORTEGA, GRECIA ELIZABETH MACÍAS LLANAS, por derecho propio, señalando como representante común a LUIS FERNANDO GARCÍA MUÑOZ y como medio para recibir notificaciones el correo electrónico: LFGARCIA@r3d.mx, comparecemos ante este INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES (en adelante, “IFT” o “el Instituto”) para presentar comentarios dentro de la consulta pública respecto del “ANTEPROYECTO DE LINEAMIENTOS PARA LA GESTIÓN DE TRÁFICO Y ADMINISTRACIÓN DE RED A QUE DEBERÁN SUJETARSE LOS CONCESIONARIOS Y AUTORIZADOS QUE PRESTEN EL SERVICIO DE ACCESO A INTERNET” (en adelante “el Anteproyecto”) propuesto por el propio IFT.

A. COMENTARIOS GENERALES

1. Los artículos 145 y 146 de la LFTR como obligaciones y límites a la libertad de configuración regulatoria del IFT en la materia

De acuerdo con los artículos 145 y 146 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (LFTR), el IFT está obligado a emitir lineamientos para la protección de la neutralidad de las redes que deben apegarse a principios para garantizar la libertad de elección de las personas usuarias, prohibir la discriminación de contenidos, aplicaciones y servicios por parte de los PSI y preservar la privacidad de los usuarios y la seguridad y calidad de la red y el desarrollo de infraestructura. Estos artículos son la base sobre la cual tienen que construirse los Lineamientos para la Gestión de Tráfico y Administración de Red (en adelante “los Lineamientos”) a la par de que constituyen límites a la libertad de configuración regulatoria del Instituto, en tanto los mismos prevén los principios mínimos e irreductibles que se tienen que respetar para garantizar los derechos de las personas usuarias en internet.

Una lectura sistemática de la ley obliga a concluir que la gestión de tráfico y administración de las redes tiene que realizarse siempre respetando los principios previstos en los artículos 145 y 146 de la LFTR, los cuales prevén limitadas circunstancias en las que puede realizarse dicha gestión. Además, como se desarrollará más adelante, los Lineamientos tienen que respetar los principios de proporcionalidad y necesidad al momento de su aplicación¹, así como el derecho a la libertad de expresión.

¹ Es importante considerar la Tesis Aislada de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la que señala que deberá prevalecer el principio de restricción mínima, en el que se establece que: “el flujo de información por Internet debe restringirse lo mínimo posible, esto es, en circunstancias excepcionales y limitadas, previstas en la ley, para proteger otros derechos humanos.”. Consultable en la

Como ha sido señalado por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en sus informes sobre “Libertad de Expresión e Internet”² y “Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente”, el principio de neutralidad de la red constituye “una condición necesaria para ejercer la libertad de expresión en Internet en los términos del artículo 13 de la Convención Americana (sobre Derechos Humanos)”³.

No obstante lo anterior, estos principios son solamente la base sobre la cual el regulador tiene que generar los Lineamientos y no son suficientes para generar certidumbre jurídica, pues es precisamente el papel de la regulación esclarecer los métodos de aplicación y los límites de acción de las partes involucradas. En otras palabras, es necesario que los Lineamientos proporcionen claridad en las reglas y prevean ciertas prohibiciones explícitas que garanticen de manera efectiva la protección del principio de neutralidad de la red. Estas se consideran prácticas regulatorias esenciales,⁴ dado que permiten alcanzar, entre otros, los siguientes objetivos:⁵

- a) *Generan certidumbre y predictibilidad en la regulación.* Por un lado, los Proveedores del Servicio de Acceso a Internet (PSI) necesitan saber con claridad cuáles de las prácticas en las que están incurriendo son permitidas y cuáles no

página 1433 del Semanario Judicial de la Federación, Libro 43, junio de 2017, Tomo II, de rubro “FLUJO DE INFORMACIÓN EN RED ELECTRÓNICA (INTERNET). PRINCIPIO DE RESTRICCIÓN MÍNIMA POSIBLE.”

² CIDH. Informe Anual 2013. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo IV (Libertad de Expresión e Internet). OEA/Ser.L/V/II.149. Doc. 50. 31 de diciembre de 2013. Párr. 25. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_Internet_WEB.pdf

³ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente*. 15 de marzo de 2017. Pág. 17, párr. 22. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/INTERNET_2016_ESP.pdf

⁴ Colin S. Diver, *The Optimal Precision of Administrative Rules*, 93 YALE L.J. 65 (1983)

⁵ Para más información sobre la necesidad de generar reglas explícitas ver: Barbara van Schewick, *Network Neutrality: What a Non-Discrimination Rule Should Look Like*, SSRN Electronic Journal ,74 (2010)

para, entre otras cosas, generar planes de negocios, ofertas comerciales o sociales e inversión. Por otro lado, las personas usuarias y los proveedores de aplicaciones, contenidos y servicios (PACS) necesitan saber si sus prácticas se encuentran dentro del marco de la legalidad, esto les permitirá acceder a recursos con mayor facilidad e innovar con menores costos. La incertidumbre genera un escenario adverso para todas las partes involucradas, en la que se afecta desproporcionadamente a PACS y personas usuarias, pues se inhiben prácticas que podrían ser deseables dentro de otros contextos.

- b) *Disminuyen los costos de la regulación basada en el análisis de casos particulares.* Cuando las prohibiciones no son claras, las personas que creen que un principio o un estándar se está transgrediendo tienen que acudir a la autoridad para que analice el caso específico y aplique el estándar que considere adecuado. Esto tiene como consecuencia un incremento de costos regulatorios en los que tienen que incurrir, tanto las personas o los grupos dispuestas a cuestionar la práctica (PSI, PACS y personas usuarias), como la autoridad que tiene que destinar recursos específicos a la resolución casuística de las prácticas. Además, favorece interpretaciones que pueden ser contrarias a los principios de Neutralidad de la Red, pues privilegia el status quo y se facilita la captura regulatoria y la impunidad.
- c) *Permiten proteger a pequeños jugadores dentro del ecosistema.* El costo de cuestionar una práctica ante las autoridades es alto e implica muchas veces contar con un equipo jurídico, recursos cuantiosos y tiempo para sostener la controversia hasta su resolución. Esto quiere decir que sólo las personas con recursos para hacerlo pueden impugnar prácticas que perjudican sus derechos. Generar reglas claras ayuda a nivelar el campo de juego y a proteger tanto a personas usuarias como a PACS, así como a pequeños proveedores de servicio

de acceso a internet o proveedores de internet de uso social que no cuentan con los recursos suficientes para resolver todos sus casos frente a la autoridad.

Los lineamientos no proporcionan la claridad suficiente de qué es permitido y qué no, pues carecen de prohibiciones expresas y de definiciones importantes que no deberían ser pospuestas al análisis caso por caso ex-post. Además, parten de concepciones erróneas, como la idea de que las personas usuarias son solamente receptoras de contenidos y no creadoras de los mismos o que Internet es solamente un mercado, cuando es una herramienta esencial para el acceso a la información, la cultura y la democracia; y aún visto como mercado, el mercado de internet no solamente tiene dos lados como lo infiere el Anteproyecto, sino múltiples y multidireccionales. Es importante que se revise de manera general la construcción de los Lineamientos para de una lectura sistémica de los principios consagrados en la Constitución y precedentes Internacionales y de interpretación constitucional, así como en los artículos 145 y 146 de la LFTR.

2. Sobre el impacto de la regulación para la protección de la neutralidad de la red y la inversión en el desarrollo de la infraestructura

En el Estudio sobre Neutralidad de la Red⁶ elaborado por el IFT que acompaña al Anteproyecto se recogen en reiteradas ocasiones argumentos utilizados por la industria de telecomunicaciones respecto a las supuestas afectaciones a la inversión en el desarrollo de infraestructura generadas por la regulación para la protección de la neutralidad de la red. Bajo esta línea argumentativa se pretenden justificar prácticas comerciales y de gestión de tráfico que permiten transferencias monetarias u otras

⁶ IFT, *Estudio: Neutralidad de la Red*. Disponible en: <http://www.ift.org.mx/sites/default/files/industria/temasrelevantes/13791/documentos/3estudiosobreneutralidaddered.pdf>

transferencias de valor entre PACS y PSI que supuestamente contribuirían a la inversión en infraestructura, sin que se otorgue ninguna garantía de ello.

Sin perjuicio de lo que será desarrollado en los apartados relativos a las figuras de servicios diferenciados y servicios especializados, es pertinente señalar que el argumento al que se hace referencia en el párrafo anterior carece de evidencia y por ende debe ser desestimado por el Instituto.

Por el contrario, existe evidencia de que la adopción de reglas que protegen la neutralidad de la red, en el peor de los casos, no tiene efecto alguno en la inversión, como lo demuestra el mayor estudio empírico realizado en Estados Unidos en el que se analizó la inversión durante los periodos de vigencia de la *Open Internet Order* del año 2015 y de su posterior revocación en el año 2017 por parte del regulador estadounidense. La conclusión del estudio es que “los cambios en las reglas sobre neutralidad de la red en Estados Unidos no tuvieron ningún impacto en la inversión de parte de la industria de telecomunicaciones”⁷.

Por el contrario, se permite a los PSI generar ganancias a los PSI generar ingresos mediante el cobro a los PACS a cambio de poder llegar a las personas usuarias, los PSI adquieren un incentivo para mantener el estado de escasez para maximizar los ingresos derivados de su posición de *cadenero (gatekeeper)*⁸.

B. COMENTARIOS ESPECÍFICOS

1. Ausencia de prohibiciones expresas

i. Barreras a la entrada: cobros de cuotas de acceso.

⁷ Christopher Alex Hooton, *Telecommunications Policy. Testing the economics of the net neutrality debate*. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.telpol.2019.101869>

⁸ Robin Lee & Tim Wu, *Subsidizing Creativity through Network Design: Zero-Pricing and Net Neutrality*, 2009. Disponible en: <https://www.aeaweb.org/articles.php?doi=10.1257/jep.23.3.61>

El Anteproyecto no prevé una prohibición expresa y no sujeta a excepciones al cobro de cuotas de acceso por parte de los PSI a los PACS. Esto significa que se deja al libre arbitrio de los PSI, en contravención de los principios legales enunciados, interpretar que es válido establecer una barrera de entrada en la cual sólo las personas dispuestas a generar un intercambio de valor (monetario o de algún otro tipo) serán capaces de utilizar la red de los PSI para hacer llegar su contenido a las personas usuarias del servicio.

Esto atenta con los principios de no discriminación y libertad de elección previstos en la LFTR y tiene como consecuencia las mismas problemáticas que ocurren al permitir los servicios diferenciados, previstos en los artículos 2, fracción VII, 3, fracción III y el artículo 7 del Anteproyecto.⁹ Por lo anterior, se sugiere que se establezca una regla clara que prohíba a los PSI, al menos, requerir el pago de cuotas de acceso de manera similar a lo que señala la legislación de California¹⁰.

Propuesta: Incluir en los Lineamientos las siguientes prohibiciones expresas, incluyendo las siguientes:

Art. XX. Se considera prohibido que los PSI realicen cualquiera de las siguientes actividades:

- I. Requieran contraprestaciones, monetarias o de otro tipo, por parte de los PACS, a cambio de, entre otras cosas, lo siguiente:*
 - A. Transportar y entregar el tráfico de internet entre PACS y las personas usuarias.*
 - B. Evitar el bloqueo o degradación de la aplicación, contenido o servicio provisto por los PACS.*

(...)

⁹ Para más información sobre los efectos de estas prácticas, favor de ver los apartados sobre dichas prácticas.

¹⁰ Este artículo es similar al artículo 3101, (3), de California Internet Consumer Protection and Net Neutrality Act (2018).

2. Finalidades autorizadas para la gestión de tráfico (artículo 3)

i. “Fomentar la innovación comercial” (artículo 3, fracción III)

El artículo 3 del Anteproyecto establece de manera genérica las finalidades respecto de las cuales “se tendrán por autorizadas” las políticas de gestión de tráfico que lleven a cabo los PSI. En sus fracciones I y II, se establecen finalidades respecto de las cuales existe fundamento legal en los artículos 145 y 146 de la LFTR, así como un amplio consenso en torno a que constituyen finalidades legítimas. Sin embargo, en la fracción III, del artículo 3 del Anteproyecto se establece que se tendrán por autorizadas las políticas de gestión que tengan por objeto “fomentar la innovación comercial”.

La finalidad establecida en la fracción III no posee fundamento legal alguno. Por el contrario, ignora el mandato de la LFTR en el que se establece que el único fin legítimo de la gestión de tráfico es “garantizar la calidad o la velocidad de servicio contratada por el usuario, siempre que ello no constituya una práctica contraria a la sana competencia y libre concurrencia”¹¹.

Las limitaciones en las finalidades para la gestión de tráfico que establece la fracción V del artículo 145 de la LFTR son coincidentes con lo señalado por la CIDH en interpretación del artículo 13 de la CADH, a saber, que la gestión de tráfico solamente puede permitirse cuando “sea estrictamente necesario y proporcional para preservar la integridad y seguridad de la red; para prevenir la transmisión de contenidos no deseados por expresa solicitud –libre y no incentivada– del usuario; y para gestionar

¹¹ Artículo 145 de la LFTR.

temporal y excepcionalmente la congestión de la red. En este último caso, las medidas empleadas no deben discriminar entre tipos de aplicaciones o servicios”¹².

En este sentido, es claro que la finalidad establecida en la fracción III del artículo 3 del Anteproyecto no es permisible por la LFTR ni por los estándares de derechos humanos. En los apartados sobre los servicios diferenciados y especializados se desarrollará con más detalle los efectos adversos al interés público derivados de estas figuras.

Propuesta: No incluir en los Lineamientos la fracción III del artículo 3 del Anteproyecto.

ii. Ausencia de análisis *ex-ante*

El Anteproyecto establece en su artículo 3 que las políticas de gestión de tráfico “se tendrán por autorizadas” y solamente contempla un mecanismo de revisión *ex-post* al señalar que “con independencia de lo anterior, el Instituto podrá ordenar al PSI la suspensión provisional y/o definitiva de políticas de gestión de tráfico y administración de red o, en su caso, de la provisión de servicios especializados y/o diferenciados a los que refiere el capítulo III de los presentes lineamientos, cuando considere que afectan la sana competencia y libre concurrencia y/o vayan en contra de los presentes lineamientos y demás disposiciones aplicables”.

Se advierte que la ausencia de un mecanismo de revisión *ex-ante* de las políticas de gestión de tráfico, en particular de la provisión de servicios especializados y

¹² CIDH. Informe Anual 2013. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo IV (Libertad de Expresión e Internet). OEA/Ser.L/V/II.149. Doc. 50. 31 de diciembre de 2013. Párr. 30.

diferenciados pone en riesgo la supervisión efectiva del cumplimiento de los principios para la protección de la neutralidad de las redes.

De manera adicional a los comentarios generales ya desarrollados y a los que serán desarrollados, en particular en lo relativo a los servicios diferenciados y especializados, es importante observar que en las jurisdicciones en las que no existe un análisis ex-ante, existe evidencia de que resulta sumamente difícil para los reguladores hacer cumplir las reglas de protección de neutralidad de la red. Por ejemplo, un amplio estudio de la supervisión del cumplimiento de las reglas de neutralidad de la red en los países europeos reveló que a pesar de detectar 186 ofertas potencialmente violatorias de la regulación sobre neutralidad de la red, ningún regulador ha intervenido para suspender dichas ofertas¹³.

Debido a que la mayoría de las ofertas ocurren por un tiempo limitado, es altamente cuestionable la capacidad del análisis ex-post para proteger oportunamente la neutralidad de la red. Es por ello que consideramos indispensable que se adopten mecanismos de revisión ex-ante de las políticas de gestión de tráfico, especialmente respecto de la provisión de servicios diferenciados y especializados, como es el caso del regulador de la India (TRAI).

Propuesta: Establecer en los Lineamientos mecanismos de revisión ex-ante, al menos, respecto de la oferta de servicios diferenciados y especializados.

3. Trato no discriminatorio de “tipos de tráfico similares (artículo 4, fracción II)

¹³ Thomas Lohninger, Benedikt Gollatz, et. at., *REPORT the Net Neutrality Situation in the EU Evaluation of the First Two Years of Enforcement*, EPICENTER Works for Digital Rights, 19 (2019).

El artículo 4 de los lineamientos prevé que los PSI pueden realizar políticas de gestión de tráfico y de administración de red, siempre y cuando se sujeten a los principios y a las restricciones previstas por la LFTR. La fracción II de este artículo materializa el principio de no discriminación previsto en el artículo 145 de la LFTR. Sin embargo, esta fracción restringe de manera injustificada este principio al establecer que las políticas de gestión de tráfico solamente deberán asegurar el trato no discriminatorio en el caso de “usuarios finales, PACS, **tipos de tráfico similares**, así como al tráfico propio y el de terceros que curse por la red” (énfasis añadido).¹⁴

Esta fracción es contraria a los principios previstos en la ley porque tácitamente permite la discriminación por **clase** de aplicación, contenido o servicio. Es decir, considera como práctica razonable la gestión de tráfico que discrimine a una clase completa de paquetes, siempre y cuando tengan características similares y solamente prohíbe la discriminación de tráfico entre paquetes de la misma clase.

La prohibición de discriminar paquetes de la misma clase -por ejemplo, Spotify y Apple Music si se considera que son parte de la clase “aplicaciones musicales”- es correcta y consistente con el espíritu de la LFTR y la Constitución. Sin embargo, permitir la discriminación entre tipos de tráficos es problemático por las razones que se exponen a continuación:

Problemas con la clasificación de aplicaciones y con la discriminación en la práctica.

Los PSI pueden considerar que el tráfico es de la misma clase bajo los siguientes criterios: tipo de aplicación (FaceTime y Skype como ejemplos de aplicaciones que

¹⁴ Artículo 4, fracción II, Anteproyecto de Lineamientos para la Gestión de Tráfico y Administración de Red a que Deberán Sujetarse los Concesionarios y Autorizados que Presten el Servicio de Acceso a Internet, 2020

permiten las video llamadas), por los protocolos de capa de aplicación o de transporte (TCP, UDP) o por sus requerimientos técnicos (por ejemplo, aplicaciones que son más o menos sensibles a la latencia).¹⁵ Sin embargo, esta clasificación, así como el resultado final de la misma, presentan problemáticas para todos los jugadores dentro del ecosistema. Los problemas pueden dividirse de la siguiente manera:

1. *Dificultades para la clasificación de aplicaciones.* Los PSI suelen usar distintas tecnologías para la administración del tráfico en sus redes, estas técnicas incluyen la Inspección Profunda de Paquetes (DPI, por sus siglas en inglés), entre otros métodos. Dado que estas tecnologías sirven para clasificar el tráfico utilizando un criterio específico, un error en su funcionamiento necesariamente ocasiona resultados discriminatorios para determinadas aplicaciones.¹⁶

Uno de los problemas más comunes es el error en la clasificación del tráfico, es decir categorizar el tráfico dentro de una clase que no corresponde. Por ejemplo, un estudio hecho en Reino Unido detectó que las aplicaciones VPN eran normalmente categorizadas incorrectamente, lo que ocasionaba que fueran degradadas a pesar de no ser las destinatarias de la política de gestión de tráfico de los PSI.¹⁷

En el mismo estudio, se describe cómo muchas de las tecnologías se desarrollaban en determinado contexto, por ejemplo, en Estados Unidos, por lo que no sirven para detectar aplicaciones locales o no populares dentro de la misma zona.¹⁸ Esto presenta mayores retos para países que no desarrollan estas tecnologías, sino que las adquieren

¹⁵ Barbara van Schewick, *The Case for Meaningful Network Neutrality Rules*, The Center for Internet and Society, 5 (2015)

¹⁶ A.Cooper and I. Brown, *Net Neutrality: Discrimination, Competition, and Innovation in the UK and US*, ACM Transactions on Internet Technology, 15(1), Article: 2., 10 (2015)

¹⁷ Ídem.

¹⁸ Ídem.

o compran, pues podría ocasionar problemas de clasificación que no se previeron dentro de determinados contextos.

Otro problema es que diversas aplicaciones usan los mismos protocolos para poder funcionar. En algunas ocasiones, los PSI desean bloquear un determinado protocolo para gestionar el funcionamiento de determinadas aplicaciones que, desde su perspectiva, tienen requerimientos técnicos que no son sensibles a la gestión de tráfico. Sin embargo, inadvertidamente puede estarse afectando una aplicación no deseada.

Por ejemplo, en Reino Unido, los PSI utilizaron DPI para reducir la banda ancha disponible para el tráfico peer-to-peer con el argumento de que estas aplicaciones no son sensibles a problemas de latencia. Sin embargo, su uso tuvo consecuencias inesperadas, pues este tipo de gestión de tráfico a menudo afectaba algunos juegos en línea que utilizaban este protocolo para descargar determinadas aplicaciones y actualizaciones.¹⁹ Uno de los sectores más interesados en tener una baja latencia es el de los jugadores en línea. Esto tuvo como resultado la necesidad de establecer mesas de trabajo para que cada vez que los productores de estos juegos introdujeran una nueva tecnología se aseguraran con los PSI de que funcionara de manera correcta bajo sus políticas de gestión,²⁰ lo cual afecta la innovación y eficiencia, pues es contrario al principio de innovar sin pedir permiso, además de afectar desproporcionadamente a nuevos entrantes y por tanto al proceso de libre competencia y concurrencia.

Este tipo de dificultades en la clasificación de “tipos de tráficos” resulta especialmente problemático para el tráfico encriptado, dado que no todas las tecnologías de gestión de tráfico son capaces de clasificarlo correctamente. En el pasado, por ejemplo, algunos PSI

¹⁹ Ídem.

²⁰ Barbara van Schewick, *Comments on BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules*, Center for Internet and Society, (2019)

han tomado la decisión de degradar el tráfico encriptado que no pueden clasificar.²¹ Esto tiene graves consecuencias en materia de privacidad y de gestión de datos sensibles. Por otro lado, estas prácticas de manejo de red que eligen una clase o tipo de aplicación específica promueven el incentivo de enmascarar el tipo de aplicación para evadir el trato diferenciado de la red, lo que hace que estas políticas de gestión más propensas al error y más costosas para los PACS.²²

B. Distorsiones del mercado. Uno de los principales problemas con discriminar por tipo de tráfico es que genera costos para determinados tipos de aplicaciones y servicios y distorsiona el mercado de contenidos en internet, generando un esquema de ganadores y perdedores. Las compañías que ofrecen el tipo de aplicaciones y servicios que son sujetos a esta discriminación tienen más difícil llegar a sus usuarios en tiempos de congestión, esto puede afectar su éxito en Internet y su habilidad para adquirir financiamientos.²³

Por ejemplo, en Canadá los PSI también decidieron limitar el ancho de banda al tráfico peer-to-peer también bajo el supuesto de que este tráfico no era sensible al retraso. Sin embargo, inadvertidamente afectaron a *Vuze*, una aplicación que utilizaba este protocolo para transmitir video en tiempo real (una función que es especialmente sensible al retraso).²⁴ Esto también limita la capacidad de innovar, pues los PACS no pueden elegir la tecnología que les parezca más adecuada, pues su elección está condicionada a si la tecnología será degradada en un futuro o no o será parte de las

²¹ Europe Is About to Adopt Bad Net Neutrality Rules. Here's How to Fix Them Medium, <https://medium.com/@schewick/europe-is-about-to-adopt-bad-net-neutrality-rules-here-s-how-to-fix-them-bbfa4d5df0c8>

²² Barbara van Schewick, *The Case for Meaningful Network Neutrality Rules*, The Center for Internet and Society, 10 (2015)

²³ Barbara van Schewick, *Network Neutrality and Zero-rating*, The Center for Internet and Society, (2014).

²⁴ Europe Is About to Adopt Bad Net Neutrality Rules. Here's How to Fix Them Medium, <https://medium.com/@schewick/europe-is-about-to-adopt-bad-net-neutrality-rules-here-s-how-to-fix-them-bbfa4d5df0c8>

políticas de gestión de tráfico. Esto genera un escenario de incertidumbre para las partes involucradas.

C. Libertad de elección. Uno de los principales problemas sobre la discriminación por tipo de tráfico similar es la concepción subyacente que existe sobre la libertad de elección de las personas (principio protegido en el artículo 145, fracción I de la LFTR). En este punto, se asume que cuando alguien navega por internet lo hace con una concepción predeterminada del tipo de tráfico al que quieres acceder y que solamente compiten en la decisión tipos similares de tráfico. Por ejemplo, dentro de esta visión, un usuario se aproxima a Internet queriendo escuchar música y, por lo mismo, parece razonable que no se permita favorecer a una aplicación proveedora de este contenido sobre otra.

Sin embargo, los distintos tipos de tráfico también compiten dentro de la decisión de las personas sobre qué hacer en internet: ver una película, escuchar una canción o trabajar. Incluso, a menudo, las personas usuarias utilizan varias aplicaciones o tipos de tráfico al mismo tiempo, por lo que discriminar un tipo de tráfico generaría una distorsión a la competencia y coarta la libertad de elección de las personas usuarias. No debe ser el rol de un PSI decidir sobre qué aplicaciones y contenidos debe ofrecer, dar preferencia o trato diferenciado, eso es asunto de los usuarios.

En este punto es importante mencionar que no solo las aplicaciones son sensibles al retraso o la latencia, sino también las personas, “la velocidad importa online. Tienes que tener velocidad para competir”.²⁵ Estudios han demostrado que el 40% de las personas abandonan una página que toma más de 3 segundos en cargar.²⁶

²⁵ If the FCC Kills Net Neutrality, Expect Fewer Great Startups Wired, <https://www.wired.com/story/expect-fewer-great-startups-if-the-fcc-kills-net-neutrality/>

²⁶ How Loading Time Affects Your Bottom-Line Neil Patel, <https://neilpatel.com/blog/loading-time/>

Por lo anterior, resulta indispensable eliminar la frase “tipos de tráfico similares” de la fracción II del artículo 4, la cual no solo carece de fundamento legal, sino que es problemática por las razones expuestas.

Propuesta: Eliminar la frase “tipos de tráfico similares” de la fracción II del artículo 4 del Anteproyecto.

Artículo 4. Las políticas de gestión de tráfico y administración de red que, en su caso, implementen los PSI, deberán asegurar:

- I. (...)**
- II. El trato no discriminatorio a los usuarios finales, PACS, ~~tipos de tráfico similares~~, así como al tráfico propio y el de terceros que curse por la red, y**
- III. (...)**

4. Gestión “excepcional o temporal” relacionada a congestiones de tráfico (Artículo 5, Fracción II)

El artículo 5, fracción II, prevé que los PSI pueden implementar, temporalmente, políticas de gestión de tráfico y administración de red que, entre otras cosas, sirvan para evitar la “congestión excepcional o temporal de la red, sujeto a que no exista discriminación entre **tipos de tráfico similares**” (énfasis añadido).²⁷ A pesar de que mitigar la congestión de tráfico persigue un propósito válido de gestión de red,²⁸ la construcción del supuesto normativo en los Lineamientos tiene resultados contrarios al interés público.

²⁷ Artículo 5, fracción II, Anteproyecto de Lineamientos para la Gestión de Tráfico y Administración de Red a que Deberán Sujetarse los Concesionarios y Autorizados que Presten el Servicio de Acceso a Internet, (2010)

²⁸ Ídem

En primer lugar, es importante resaltar que, como se estableció anteriormente, la LFTR establece que la gestión de tráfico solamente puede hacerse “a fin de garantizar la calidad o la velocidad de servicio contratada por el usuario, siempre que ello no constituya una práctica contraria a la sana competencia y libre concurrencia”.²⁹ Es decir, cualquier otro fin que busque la gestión o administración de red está prohibido por la LFTR.

Los PSI deben argumentar, consecuentemente, que la administración de red en tiempos de congestión es necesaria para garantizar la calidad o velocidad contratada por los usuarios para que esta sea razonable. Además, es necesario que estas medidas sean compatibles con los otros principios previstos en las otras fracciones del artículo 145 y en el artículo 146 de la LFTR.

Sin embargo, la fracción II no cumple con el estándar anteriormente mencionado. Esta fracción es problemática e incongruente con los demás principios por dos razones principales: 1) establece que la congestión podrá ser excepcional • temporal y 2) permite la discriminación por clase o tipo de aplicación, contenido o servicio.

A. *Excepcional “o” temporal.* La fracción II del artículo 5 establece que la gestión de tráfico es permisible si la congestión es “excepcional • temporal” (énfasis añadido). La “o” representa que el supuesto jurídico es disyuntivo y, en este caso, denota una alternativa. Sin embargo, la congestión tiene que ser excepcional y temporal para que la gestión de tráfico sea un mecanismo razonable para solventar el problema.

Si la gestión es excepcional, pero no temporal, la gestión de tráfico no es el mecanismo idóneo para solventar el problema, pues se volvería una práctica permanente del PSI y

²⁹ Artículo 145, Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, 2020.

no podría ser temporal, como lo prevé el preámbulo del artículo 5 de los Lineamientos. De igual manera si la congestión es temporal, pero no excepcional implicaría que es algo previsible que tiene ser solventado de manera permanente. Este artículo no puede funcionar como un incentivo perverso para que los PSI no desarrollen capacidad de red suficiente para aliviar la congestión, pues irían en contra del artículo 145, fracción VII, donde se prevé como principio el desarrollo sostenido de la infraestructura.

Por lo mismo, se propone que el artículo cambie la conjunción “o” por “y” para que solamente en el caso en el que se la gestión sea excepcional y temporal sea permisible la gestión y administración de red.

B. Tipo de tráfico similares. La fracción II del artículo 5 establece, además, que se permitirán las políticas de gestión de tráfico y administración de red, siempre y cuando no exista discriminación entre tipo de tráficos similares. De la misma manera que en el artículo 4, fracción II, se acota el principio de no discriminación a los “tipos de tráfico similares”, sin que exista una justificación legal para ello, como ha sido argumentado en el punto anterior.

En adición a lo anterior, es importante mencionar que el preámbulo del artículo 5 establece como prácticas de gestión razonable “la limitación, degradación, restricción, discriminación, obstrucción, interferencia, filtrado o bloqueo” y sólo limita la práctica en su temporalidad. Esto no es suficiente, es necesario incluir que la gestión debe ser proporcional, necesaria y lo más específica posible.

Bajo este escenario, es necesario distinguir entre gestión benéfica y no benéfica cuando se trata de trato diferenciado o de manejo de red por congestión.³⁰ La única manera de

³⁰ Barbara van Schewick, *Network Neutrality: What a Non-Discrimination Rule Should Look Like*, SSRN Electronic Journal ,2010)

tratar el tráfico para gestionar la red en tiempos de congestión y, al mismo tiempo, respetar el principio de no discriminación y libre elección, es hacerlo de manera agnóstica.³¹ Es decir, utilizar criterios de asignación que no tengan relación con el tipo o clase de aplicaciones, contenidos y/o servicios.

Conforme esta perspectiva, lo permitido sería tratar el tráfico diferenciado de manera que únicamente se utilicen criterios externos al tipo o clase de tráfico.³² Bajo este modelo, los PSI pueden tratar diferente a usuarios durante tiempos de congestión basados, por ejemplo, en ciertos patrones de comportamiento de las personas usuarias. Es posible asignar determinado ancho de banda a usuarios que no han saturado la red durante determinado tiempo o a usuarios que paguen más por determinado servicio.³³ Es imprescindible mencionar que esta práctica tiene que darse solamente en los casos en los que se demuestre la necesidad técnica de utilizar esta figura, por lo que es necesario que los PSI transparenten y justifiquen estas prácticas.

Esta perspectiva no es solamente teórica. Es importante señalar que este modelo ha sido exitoso en Canadá y en Estados Unidos por muchos años.³⁴ En 2008 después del caso Comcast³⁵ la FCC requirió que el manejo de red razonable fuera lo más agnóstico posible y lo incluyó de manera expresa en la *Open Internet Order*³⁶. En Canadá la CRTC hizo lo mismo en 2009.³⁷

Propuesta: Modificar la fracción II del artículo 5 del Anteproyecto para quedar de la

³¹ Ídem.

³² Barbara van Schewick, *The Case for Meaningful Network Neutrality Rules*, The Center for Internet and Society, 7 (2015)

³³ *Ibidem*, 10

³⁴ Ídem

³⁵ *Comcast Corp v. FCC, et al*, No. 07-1445 (D.C. Cir. 2008)

³⁶ Federal Communications Commission (2010), para 73 y 87

³⁷ Barbara van Schewick, *The Case for Meaningful Network Neutrality Rules*, The Center for Internet and Society, 10 (2015)

siguiente manera:

Artículo 5. Los PSI podrán implementar, de manera temporal, políticas de gestión de tráfico y administración de red que resulten en la limitación, degradación, restricción, discriminación, obstrucción, interferencia, filtrado o bloqueo del acceso a contenidos, aplicaciones o servicios a los usuarios finales, únicamente en aquellos casos en que se presente alguna de las siguientes situaciones:

- I. (...)
- II. **Congestión excepcional y temporal de la red, para lo cual podrán adoptarse las medidas no discriminatorias y agnósticas que sean estrictamente necesarias, proporcionales para resolver dicha congestión.**

5. Gestión de tráfico en “situaciones de seguridad nacional” y “a petición expresa de autoridad competente”.

El artículo 5, fracciones III y IV³⁸ del Anteproyecto autoriza a los PSI a implementar políticas de gestión de tráfico, incluidas el bloqueo y filtrado de contenidos, aplicaciones o servicios en “situaciones de seguridad nacional” o “a petición expresa de autoridad competente”.

Éstas disposiciones atentan gravemente contra el derecho a la libertad de expresión reconocido en los artículo 6° y 7° de la Constitución, así como en los artículos 13 de la CADH y 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en tanto que contemplan como viables

³⁸ *Artículo 5. Los PSI podrán implementar de manera temporal, políticas de gestión de tráfico y administración de la red que resulten en la limitación, degradación, restricción, discriminación, obstrucción, interferencia, filtrado o bloqueo del acceso a los contenidos, aplicaciones o servicios a los usuarios finales, únicamente en aquellos casos en lo que se presente alguna de las siguientes situaciones: (...)*

III. Situaciones de emergencia y seguridad nacional previstas en la ley;

IV. Petición expresa de autoridad competente.

conductas prohibidas por el derecho a la libertad de expresión, en particular la prohibición de censura previa, la cual ha sido explicada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) de la siguiente manera:

“La prohibición de la censura previa, implica que el Estado no puede someter las actividades expresivas o comunicativas de los particulares a la necesidad de solicitar previamente un permiso a la autoridad que, por razones de contenido, tenga el poder de impedir el desarrollo de las mismas. El Pacto de San José es uno de los instrumentos más claros respecto de esta cuestión, porque contrapone expresamente el mecanismo de la censura previa a la regla según la cual el ejercicio de la libre expresión y de la libertad de imprenta sólo puede ser sometida a responsabilidades ulteriores.

*La prohibición de la censura, en otras palabras, no significa que la libertad de expresión no tenga límites, o que el legislador no esté legitimado para emitir ex ante, normas en consideración a los mismos. Lo que significa e implica es que estos **límites no pueden hacerse valer mediante un mecanismo por el cual una autoridad excluya sin más a un determinado mensaje del conocimiento público; los límites deben hacerse valer a través de la atribución de responsabilidades —civiles, penales, administrativas— posteriores.** No se trata, pues, de que no se pueda regular el modo y manera de expresión, ni que no se puedan poner reglas, incluso respecto del contenido de los mensajes. El modo de aplicación de estos límites, sin embargo, **no puede consistir en excluir el mensaje del conocimiento público.**”³⁹*

En este sentido, las medidas de gestión de tráfico como el bloqueo y filtrado de aplicaciones, contenidos y servicios en Internet, al ser medidas que consisten en la exclusión de contenidos e incluso de aplicaciones y servicios en Internet enteros, constituyen claramente medidas de censura previa generalmente prohibidas por la Constitución y la CADH.

Es importante añadir que, en cualquier caso, la Ley de Seguridad Nacional no faculta a ninguna autoridad a ordenar el tipo de medidas contempladas en la fracción III del artículo 5 del Anteproyecto.

³⁹ SCJN, Pleno. Acción de Inconstitucionalidad 29/2011. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de octubre de 2013. Página 65.

Igualmente, ni en el Anteproyecto, ni en ningún documento que acompaña la consulta pública se menciona ninguna Ley que otorgue a una autoridad facultades de bloqueo, filtrado y análogas de aplicaciones, contenidos y servicios en Internet. Por ende, también resulta impropia la inclusión de la fracción IV, la cual genera incertidumbre jurídica para los PSI y las personas usuarias.

Es importante señalar que aún en los casos de excepción reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos, como lo es el combate a la pornografía infantil, las medidas de bloqueo y filtrado al nivel de PSI han demostrado ser ineficaces para combatir la difusión del material infractor, en tanto dichas medidas son sencillamente eludibles.⁴⁰

Como el Relator Especial de la ONU para Libertad de Expresión ha advertido, las medidas de filtrado, bloqueo y análogas, son admisibles de manera estrictamente excepcional, sujeta a los principios de necesidad, proporcionalidad, debido proceso y garantías judiciales:

“31. El uso estatal de tecnologías de bloqueo o filtrado incumple con frecuencia su obligación de garantizar el derecho a la libertad de expresión, pues no se observan los criterios mencionados en el capítulo III. En primer lugar, las condiciones exactas que justifican el bloqueo no están establecidas por ley o lo están de una manera demasiado amplia o vaga, con lo cual hay riesgo de que los contenidos sean objeto de bloqueos arbitrarios y excesivos. En segundo lugar, los bloqueos no se justifican en función de los propósitos indicados en el artículo 19, párrafo 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y las listas de bloqueos se suelen mantener en secreto, con lo que resulta difícil determinar si el acceso a los contenidos se restringe por un propósito legítimo. En tercer lugar, aunque se aduzca una justificación, las medidas de bloqueo suponen un medio innecesario o desproporcionado para alcanzar la meta enunciada, pues a menudo no se centran en objetivos suficientemente precisos y privan de acceso a numerosos contenidos, aparte de los que se han catalogado de ilegales. Por último, es frecuente que se bloqueen los contenidos sin intervención de un órgano judicial o independiente o sin posibilidad de que este examine la situación.

⁴⁰ Ver Andrew Przybylski y Victoria Nash, Journal of Pediatrics, Internet Filtering Technology and Aversive Online Experiences in Adolescents. 14 de marzo de 2017. Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.jpeds.2017.01.063>

32. El Relator Especial observa que la pornografía infantil es una clara excepción en la que se justifican las medidas de bloqueo, siempre que la legislación nacional sea suficientemente precisa y se disponga de salvaguardias eficaces frente a su abuso o uso indebido, entre ellas la supervisión y el examen a cargo de un tribunal u órgano regulatorio independiente e imparcial. Sin embargo, también le preocupa que, frecuentemente, los Estados recurran en gran medida a medidas de bloqueo en lugar de centrar su labor en el procesamiento de los responsables de producir y difundir pornografía infantil. Además, en vista de que la pornografía infantil suele ser subproducto de la trata y la prostitución de niños, el Relator Especial insta a los Estados a que adopten medidas integrales para hacer frente a los problemas fundamentales en los que tiene su origen la pornografía infantil.”

En este sentido, el Anteproyecto es sumamente vago, impreciso y no incluye salvaguardas adecuadas para evitar que el mismo sea interpretado por autoridades y PSI como justificación para prácticas contrarias al derecho a la libertad de expresión por lo que las referencias a prácticas de gestión de tráfico que puedan tener como resultado la censura de contenidos, aplicaciones y servicios en Internet deben ser eliminadas.

Propuesta: No incluir en los Lineamientos las fracciones III y IV del artículo 4 del Anteproyecto.

6. Servicios diferenciados (Artículos 2, fracción VIII y 7)

Las políticas de gestión que se prevén en los lineamientos como parte del apartado de servicios diferenciados son, al menos, de dos tipos. En la primera fracción, se permite auspiciar el consumo de datos y, en la segunda, se permite poner a disposición el acceso gratuito a contenidos, aplicaciones o servicios de cualquier plan o paquete contratado. Los efectos de las dos prácticas son similares, aunque tienen algunas particularidades que son importantes resaltar.

No obstante lo anterior, se llama la atención a que el artículo 7 no limita las ofertas de servicios diferenciados únicamente a esas dos figuras en virtud de que utiliza la frase “entre otros”. Lo anterior implica una ausencia absoluta de certidumbre jurídica que contraviene el espíritu y el contenido de la LFTR.

i. Datos Auspiciados (Artículo 7, Fracción I)

El artículo 7, fracción I del Anteproyecto autoriza “la posibilidad de auspiciar el costo generado por los usuarios finales a partir del consumo de contenidos, aplicaciones o servicios específicos”.

El intercambio monetario, o de cualquier otro tipo de beneficios, para hacer llegar a los usuarios finales el tráfico de manera “gratuita” no puede considerarse una práctica razonable de gestión de red, entre otras cosas, porque no responde a una necesidad legítima de gestión prevista por la LFTR. Nuevamente, de acuerdo con la LFTR, el único tipo de gestión de tráfico que puede realizarse es el que está destinado a “garantizar la calidad o la velocidad de servicio contratada por el usuario”.⁴¹

Adicionalmente esta práctica es violatoria de los artículos 145 y 146 de la LFTR porque no respetan los principios previstos en la Ley. Resulta de suma importancia resaltar que los principios de no discriminación y libertad de elección, no solo deben aplicarse a medidas técnicas de gestión o administración de red, sino a cualquier clase de trato diferenciado, como puede ser una práctica comercial.⁴² Esto es porque, si bien los métodos utilizados para gestionar la red son distintos, los resultados que tiene la práctica son idénticos a los

⁴¹ Artículo 145, Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, 2020.

⁴² Barbara van Schewick, *The Case for Meaningful Network Neutrality Rules*, The Center for Internet and Society, 4 (2015)

de una discriminación puramente técnica (cómo lo es degradar el tráfico o crear “*fast lanes*”), como se explica más adelante.

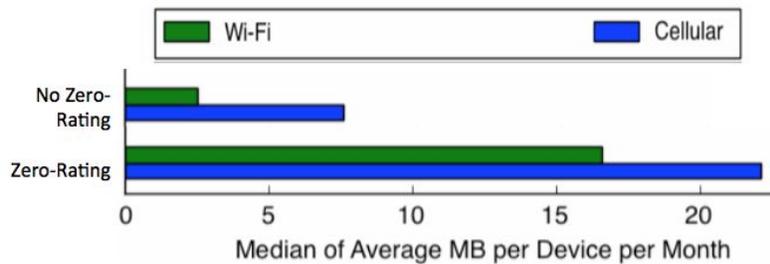
Afectaciones al principio de no discriminación y libertad de elección. Permitir el intercambio de valor, ya sea monetario o beneficios de cualquier tipo, tiene efectos directamente discriminatorios para las personas usuarias de Internet y afecta directamente su libertad de elección. Es importante recordar que las personas usuarias no son solamente consumidoras de información, sino también productoras de servicios, aplicaciones y contenidos. El fin de los Lineamientos tiene que ser el no distorsionar la arquitectura de Internet en la que compiten los jugadores y en la que eligen las personas.

Está comprobado que las personas usuarias eligen (que no es lo mismo que prefieren) las aplicaciones que no cuentan para el límite de datos que tienen dentro de tus planes o paquetes contratados. Un estudio realizado por CTIA concluyó que cerca del 74% de las personas encuestadas contestó que estaría más dispuesta a ver videos de nuevos proveedores si su consumo no fueran contabilizado como parte de sus datos contratados.⁴³ Otro estudio,⁴⁴ muestra como el consumo de *Whatsapp* se incrementa hasta tres veces más al mes cuando es una aplicación que no cuenta como parte del límite de datos contratados (zero rating), como se muestra en la siguiente gráfica⁴⁵:

⁴³ CTIA - The Wireless Association, CTIA Mobile Wireless Service Survey. <http://www.ctia.org/docs/default-source/default-document-library/2014-ctia-mobilewireless-service-survey-final.pdf>, (2014)

⁴⁴ How Does Zero-Rating Affect Mobile Data Usage? Freedom-to-tinker.com, <https://freedom-to-tinker.com/2016/02/10/how-does-zero-rating-affect-mobile-data-usage/>

⁴⁵ Ídem



Estos son solo algunos de los muchos ejemplos que existen para mostrar la relación que hay entre la elección final de las personas y la política de gestión de tráfico implementada por los PSI. Como mencionamos anteriormente, esta elección no es necesariamente un reflejo de las preferencias reales de las personas usuarias. La decisión se encuentra influenciada por la percepción de “gratuidad” de estas aplicaciones. Este fuerte incentivo, que además suele constituir publicidad engañosa, infringe en el derecho de los consumidores de usar las aplicaciones, contenidos o servicios que realmente reflejan sus preferencias finales y, por lo mismo, vulnera su libertad de elección.⁴⁶

Permitir esta política de gestión, además, proporciona un incentivo perverso para los PSI, pues pueden generar una falsa escasez de ancho de banda disponible o aumentar el precio de los datos móviles para que “auspiciar estos datos” o contratar estos paquetes resulte más atractivo, tanto para PACS, como para consumidores. Como *Digital Fuel Monitor* ha documentado, los PSI que deciden ofrecer “gratuitamente” sus aplicaciones, normalmente, limitan el ancho de banda móvil al que los usuarios pueden acceder o aumentan el precio de este.⁴⁷ Esto afecta a todas las PACS que no pueden auspiciar los

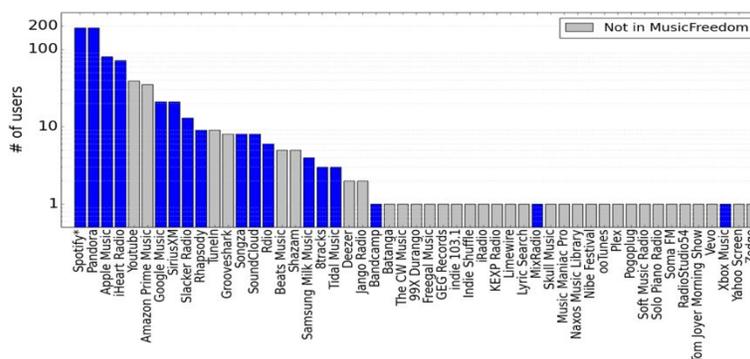
⁴⁶ Thomas Lohninger, Benedikt Gollatz, et. at., *REPORT the Net Neutrality Situation in the EU Evaluation of the First Two Years of Enforcement*, EPICENTER Works for Digital Rights, 22 (2019).

⁴⁷ Digital Fuel Monitor, *Still not convinced that some EU telcos are trying to foreclose the mobile cloud storage market?*, Digital Fuel Monitor. 4 (2016).

datos, así como a las personas que tienen estos planes, pero deciden utilizar una aplicación o ver un contenido fuera de este sistema.

Existen análisis económicos que han demostrado que estos servicios diferenciados, además, pueden incrementar el costo total de los datos móviles en el mercado. En la Unión Europea, un estudio demostró en 2017 que, en los mercados donde estas prácticas eran permitidas, el costo aumentó el 1% y, en los mercados en los que estaban prohibidas, hubo una reducción del 10% en los precios.⁴⁸

Otra falacia de este tipo de prácticas es el argumento de que la selección de aplicaciones realmente refleja las preferencias de los usuarios y que, por lo mismo, son benéficas para los mismos. Se ha demostrado que las personas tienen preferencias muy diversas en cuanto a qué aplicaciones privilegiar e, incluso, sobre la clase de aplicaciones que deberían de entrar dentro de estos paquetes. Una encuesta demostró que en paquetes como *Music Freedom*, que supuestamente incluye “gratuitamente” todas las aplicaciones musicales, los usuarios tienen preferencias que no se encuentran reflejadas dentro del servicio, como lo muestra la siguiente gráfica⁴⁹:



⁴⁸ Thomas Lohninger, Benedikt Gollatz, et. al., *REPORT the Net Neutrality Situation in the EU Evaluation of the First Two Years of Enforcement*, EPICENTER Works for Digital Rights, 30 (2019).

⁴⁹ What is wrong with zero rating, and how to fix it. Medium, <https://medium.com/@gyiakoumis/what-is-wrong-with-zero-rating-and-how-to-fix-it-7eb229e9e610>

La misma encuesta demostró que las personas difieren también en el tipo o la clase de aplicaciones que les gustaría que entraran dentro de los planes de manera “gratuita”. En una muestra de tan sólo 1000 usuarios, se eligieron 106 diferentes tipos de aplicaciones que pueden ser divididas dentro de las siguientes categorías:⁵⁰

Category	# of apps	Popularity	# of apps
AV Streaming	32	< 1M	16
Social	12	1M-10M	13
News	12	10M-100M	28
Gaming	9	100M-500M	14
Photos	4	> 500M	10
Email	4	N/A	25
Maps	4		
Browser	3		
Education	2		
Other	24		

Por lo tanto, los PSI que pretenden emular las decisiones de los usuarios comúnmente se basan en suposiciones que no son ciertas y que terminan volviéndose reales solamente porque reflejan la respuesta al incentivo creado para que los usuarios ajusten sus preferencias al modelo de “gratuidad” sesgado que se les presenta.

Afectaciones a la competencia e innovación. Dentro del modelo de datos auspiciados, los PSI funcionan como *gatekeepers*, si una aplicación o contenido quiere llegar a los usuarios finales de manera “gratuita” tiene que hacerlo necesariamente a través de los PSI. Esta posición privilegiada le da al PSI un monopolio sobre las personas usuarias. Como resultado pueden cobrar precios monopólicos a los PACS.⁵¹

⁵⁰ Ídem.

⁵¹ Barbara van Schewick, *The Case for Meaningful Network Neutrality Rules* Barbara van Schewick, The Center for Internet and Society, 11 (2015)

Los PACS que no puedan auspiciar los datos a los costos que promueva el PSI, no podrán incurrir en esta práctica y, por lo tanto, no podrán competir en condiciones de igualdad. Estas prácticas moldean las decisiones finales de los usuarios. Es decir, los PSI adquieren el poder de decidir quiénes ganan y quiénes pierden en los mercados de Internet, “el internet es el más importante sistema de comunicación. Pero sin intervención política, se convertirá en un campo de juego desnivelado en donde los gigantes aliados van a ganar y los negocios y creadores pequeños no puedan competir”.

52

Incluso si la oferta para auspiciar estos datos está disponible de manera transparente para todos los jugadores (como lo prevé el Anteproyecto) y se considera accesible en términos económicos, hay otros mecanismos que pueden funcionar como barreras a la entrada para pequeños competidores o nuevos entrantes. Por ejemplo, la necesidad de negociar con los PSI para que tu tráfico entre dentro de los paquetes de servicios diferenciados, normalmente, presupone una carga administrativa importante. Entre mayor sea tu poder de negociación, menor será el tiempo de respuesta de los PSI. No olvidemos que los cinco PSI T1 han establecido alianzas estratégicas globales con los cinco gigantes de Internet, en un oligopolio no propicio para una intensiva competencia.

En este estudio⁵³ se demostró que no es suficiente con que las ofertas sean abiertas y transparentes, pues las políticas de los PSI de cómo responden a las solicitudes de los PACS varían considerablemente. Existen PACS que pueden solventar el costo de esperar o negociar y PACS que no. En esta muestra, más de 10 operadores no

⁵² Council Post: Weakening Net Neutrality: What It Will Mean Forbes, <https://www.forbes.com/sites/forbestechcouncil/2017/04/25/weakening-net-neutrality-what-it-will-mean/#63c76a2d7855> (last visited Jul 15, 2020)

⁵³ Thomas Lohninger, Benedikt Gollatz, et. at., *REPORT the Net Neutrality Situation in the EU Evaluation of the First Two Years of Enforcement*, EPICENTER Works for Digital Rights, 28 (2019).

contestaron el requerimiento de los PACS para entrar en el servicio de datos auspiciados, como se muestra a continuación:

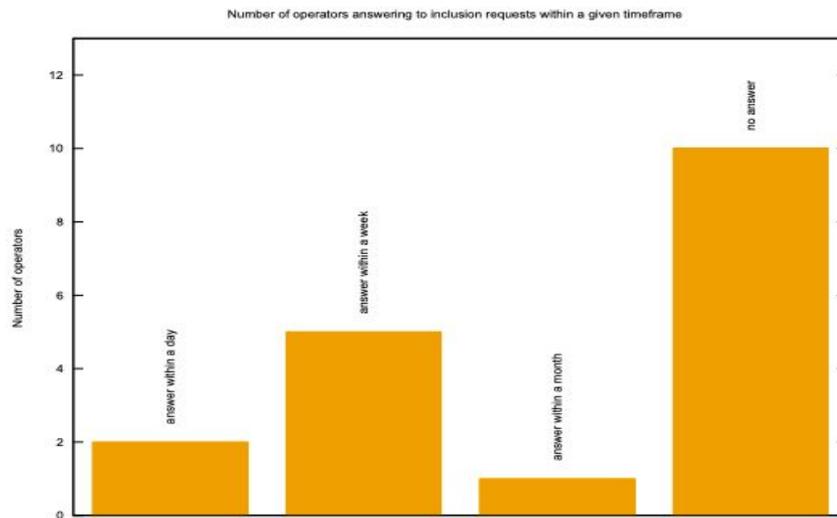


Illustration 11: Duration of the response time of IAS providers on CAP request to participate in DPP

Esto tiene consecuencias importantes para la innovación dentro de Internet, que es un mercado de múltiples lados con muy pocas barreras a la entrada, lo que ha permitido innovar a un bajo costo y sin permiso. A través de la historia del Internet, algunas de las aplicaciones más importantes se produjeron con nada o muy poco fondeo, incluyendo Google, Facebook, Yahoo e Ebay.⁵⁴ Por ejemplo, *Foursquare* creció 100 000 usuarios con \$25 000 dólares, y Tumblr alcanzó millones de usuarios antes de contratar a su empleado número 10.⁵⁵ Incrementar el costo de la innovación podría tener como resultado una falta de pluralidad de contenidos, aplicaciones y servicios.

Afectaciones al principio de libertad de expresión. Cualquier tipo de barreras de acceso a Internet crea dos categorías distintas de comunicadores, los que pueden traspasar la

⁵⁴ Van Schewick (2010c), pp. 3-5; van Schewick (2010b), pp. 204-213, 310-314, 318-328, 334-345 (discussing the importance of different types of low-cost innovators, including many examples)

⁵⁵ Brad Burnham Notice of ex parte meetings, May 6, 2014, p. <http://apps.fcc.gov/ecfs/document/view?id=7521115343>

barrera (normalmente por tener poder económico o de mercado) y los que no. Estas barreras son limitantes a la libertad de expresión, que tienen un efecto diferenciado para grupos en situación de vulnerabilidad o minorizados, discursos no populares y minorías, así como los PACS sin fines de lucro. El contenido local e independiente también se ve afectado por este tipo de prácticas, pues normalmente no están incluidos en estos paquetes. En Europa, después de estudiar la oferta de los paquetes de datos auspiciados se observó que, dentro del top de las 20 aplicaciones más populares, solamente 3 son de la Unión Europea.⁵⁶

ii. Acceso gratuito a contenidos, aplicaciones o servicios de cualquier plan o paquete (Zero rating) (Art. 7,fracción II)

El artículo 7, fracción II, por su parte, establece la posibilidad de ofrecer el “acceso gratuito a contenidos, aplicaciones y servicios de cualquier plan o paquete contratado por el usuario final”. Estas ofertas comúnmente conocidas como “zero rating” poseen un amplio potencial violatorio de los principios establecidos en los artículos 145 y 146.

Aún cuando no exista un pago por el trato diferenciado a los PACS, los efectos que tiene la práctica como resultado final son prácticamente los mismos. Inclusive, el que los PSI puedan elegir caprichosamente qué tráfico tratar de manera discriminatoria puede agravar los efectos negativos a la competencia e innovación, dado que los PSI tienen más poder de favorecer ciertas aplicaciones (incluso las que son parte de un mismo grupo al estar integradas verticalmente), sin que ni siquiera exista la opción por parte de los PACS de negociar su entrada.

⁵⁶ Thomas Lohninger, Benedikt Gollatz, et. at., *REPORT the Net Neutrality Situation in the EU Evaluation of the First Two Years of Enforcement*, EPICENTER Works for Digital Rights, 22 (2019).

Incluso si los PSI deciden incluir en estos paquetes toda una clase de aplicaciones distorsionan la competencia y limitan la libre elección de los usuarios. Por ejemplo, en este estudio⁵⁷ Barbara Van Schewick demostró que el paquete *Binge On* que ofrece T-Mobile en Estados Unidos, en el que incluyen a todos los proveedores de video que cumplan ciertos requerimientos técnicos, obliga a ciertos PACS a descifrar su tráfico y hacer cambios técnicos en el servicio que no sólo interfieren con sus preferencias, sino que no son costeables para pequeños competidores. Además, como ha sido desarrollado anteriormente, elegir una clase de aplicaciones es violatorio de la libertad de elección y al principio de no discriminación.

La única solución posible y acorde a la LFTR es que los Lineamientos prohíban estas formas de diferenciar el tráfico (pagada por los PACS o elegidas directamente por los PSI).

Sin embargo, existen algunas maneras de ofrecer a los usuarios servicios diferenciados sin necesariamente violentar los principios establecidos en la LFTR. Los PSI pueden utilizar prácticas de servicios diferenciados agnósticas.⁵⁸

Es decir, pueden utilizar criterios para que todo el tráfico, por ejemplo, durante determinada hora o un día a la semana, sea libre y no sea cuantificado respecto de los límites de datos contratados. También se puede ofrecer una determinada cantidad de datos al mes extras, que los usuarios podrán utilizar libremente.⁵⁹ Estas prácticas ya son implementadas en Canadá, India y California. En el primero, por ejemplo, muchos PSI ya

⁵⁷ Barbara van Schewick, *T-Mobile's Binge On Violates Key Net Neutrality Principles*, Center for Internet and Society (2016).

⁵⁸ Barbara van Schewick, *The Case for Meaningful Network Neutrality Rules* Barbara van Schewick, The Center for Internet and Society, 5 (2015).

⁵⁹ ARTICLE19. "Getting connected: Freedom of expression, telcos and ISPs", June 2017, p.32 <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2017/06/Final-Getting-Connected-2.pdf>

ofrecen datos gratuitos en los momentos en los que su red tiene menos congestión, lo que permite a los usuarios usar la red como prefieran de manera gratuita.

Los PSI también podrían optar por otras alternativas a las ofertas de zero rating, alentando a los PACS para que ofrezcan a las y los usuarios versiones de sus servicios con una utilización más eficiente de los datos. Por ejemplo, utilizando una mejor compresión, una tasa de bits de audio más baja y/o una resolución de vídeo más baja.⁶⁰

En su caso, las ofertas de acceso gratuito a contenidos, aplicaciones y servicios deben cumplir con una serie de requisitos estrictos, analizados ex-ante, que garanticen que dichas ofertas no afecten los principios de libre elección y no discriminación, además de que no afecten la competencia ni la pluralidad y la libertad de expresión. En este caso es necesario que los Lineamientos establezcan límites claros y guías de interpretación que permitan a las personas usuarias, a los PACS y a los PSI tener certidumbre jurídica respecto del tipo de ofertas que podrían ser autorizadas.

Como mínimo, los Lineamientos deben incluir prohibiciones explícitas a prácticas de priorización pagada, así como la inclusión de PACS en ofertas de *zero rating* que involucren un intercambio monetario o cualquier otro beneficio⁶¹. Igualmente, debe establecerse que solamente podrían autorizarse este tipo de ofertas cuando sean agnósticas, no generen ningún efecto anticompetitivo, pongan en situación de desventaja a alguna persona usuaria o PACS o exista una necesidad social imperiosa.

Propuesta: Modificar el artículo 7 en su totalidad para quedar como sigue:

Artículo 7: Los PSI podrán ofrecer servicios diferenciados, autorizados previamente

⁶⁰ Ídem.

⁶¹ De manera similar al artículo 3101 de la California Internet Consumer Protection and Net Neutrality Act (2018).

por el Instituto, siempre y cuando dichas ofertas no afecten la libertad de elección de las personas usuarias, sean agnósticas, no afecten el principio de no discriminación, la competencia o la pluralidad de contenidos, aplicaciones y servicios.

En consideración de lo anterior, será contrario a lo señalado en los presentes lineamientos la priorización pagada y las ofertas de acceso gratuito a aplicaciones, contenidos y servicios basadas en un intercambio monetario u otros beneficios entre un PSI y un PACS.

7. Servicios especializados (artículos 2, fracción VII, 3, fracción III y 8)

El artículo 8 del Anteproyecto prevé la posibilidad de ofrecer servicios especializados, definidos en el artículo 2, fracción VII como *“aquellos que los proveedores del servicio de acceso a Internet ponen a disposición de los proveedores de aplicaciones, contenidos y servicios, para proporcionar características y recursos de red específicos y superiores a efecto de que estos transmitan y/o mejoren la velocidad de carga, velocidad de descarga o la experiencia de sus usuarios al acceder a contenidos, aplicaciones y/o servicios específicos a cambio de una contraprestación económica”*.

Si bien el artículo 8 establece algunas condiciones mediante las cuales tienen que ofrecerse estos servicios, por ejemplo, que la provisión de los mismos no resulta en detrimento del servicio de acceso a Internet o que la oferta sea transparente y no discriminatoria para los PACS, el Anteproyecto carece de ciertas prohibiciones y definiciones básicas, sin las cuáles, se violan los principios previstos en la LFTR.

El primer párrafo del artículo establece que los PSI podrán ofrecer estos servicios “en tanto garanticen que la provisión de estos no resulta en detrimento del servicio de

internet, por lo que no deberán degradar la calidad ni la velocidad del resto del tráfico”.⁶² El despliegue de redes 5G y la evolución tecnológica ofrece a los PSI la posibilidad de diferenciar el tráfico de manera más eficiente para los PSI, por ejemplo hacer *network slicing* para ejecutar múltiples redes lógicas como operadores independientes.⁶³ Bajo estas condiciones, no es necesario que el servicio de internet sea deteriorado para ofrecer a los PACS una mejor calidad en el servicio. En este sentido, se puede ofrecer distinta calidad de servicio para ciertos PACS.

Sin embargo, utilizar los servicios especializados de manera indiscriminada sería otra manera de permitir formas de priorización pagada o *fast lanes* para determinadas aplicaciones o servicios y eludir las prohibiciones previstas en los Lineamientos y en la LFTR. Es importante mencionar que no es necesario degradar el tráfico de otros PACS para influir en la decisión de las personas usuarias, como lo mencionamos en el apartado anterior. Las *fast lanes* o la priorización pagada tiene exactamente las mismas consecuencias que los servicios diferenciados: discriminan el tráfico, eliminan la posibilidad de elección de los usuarios, distorsionan el mercado y limitan la libertad de expresión.

El último párrafo del artículo en el que se prohíbe “requerir un pago de los PACS para el curso, bajo condiciones estándar, del tráfico generado por sus contenidos, aplicaciones y servicios”, no es suficientemente claro. Se tiene que prohibir expresamente el uso de estos servicios para favorecer un tipo o clase de tráfico sobre otro, inclusive si no hay un pago de por medio.

⁶² Artículo 8 de los Lineamientos, primer párrafo, Anteproyecto de Lineamientos para la Gestión de Tráfico y Administración de Red a que Deberán Sujetarse los Concesionarios y Autorizados que Presten el Servicio de Acceso a Internet, 2020.

⁶³ Barbara van Schewick, *Comments on BEREC Guidelines on the Implementation by National Regulators of European Net Neutrality Rules*, Center for Internet and Society, (2019)

Los servicios especializados tienen que estar restringidos únicamente aplicaciones que no pueden funcionar de manera normal dentro de internet (por ejemplo, la cirugía remota). Es decir, que cumplan la condición de **necesitar** este servicio y no sólo que serían beneficiados por el mismo. Es importante mencionar que todas las aplicaciones se pueden beneficiar de servicios especializados, sin embargo, muy pocas lo requieren realmente para funcionar. Por ejemplo, estos servicios no podrían ser utilizados para aliviar congestión de red, pues se convertirían en una manera de eludir otras prohibiciones muy importantes previstas en los Lineamientos y sería un incentivo para eludir la obligación de desarrollo de infraestructura prevista en la LFTR.

En este sentido, para evitar que la figura de “servicios especializados” sea abusada de maneras contrarias a los principios establecidos en la LFTR, resulta indispensable modificar los artículos 2, fracción VII y 8 de manera que se establezca con claridad el requisito de necesidad, adicionalmente al requisito de capacidad (no ir en detrimento de la disponibilidad y calidad general del servicio de acceso a Internet). Lo anterior es reconocido, por ejemplo, por el artículo 3 (5) de la Regulación Europea⁶⁴ y desarrollado en su de Guía de Implementación⁶⁵ por parte del regulador europeo.

Propuesta: Modificar los artículos 2, fracción VII y 8 del Anteproyecto para incorporar el requisito de necesidad y otros límites indispensables

Artículo 2.

⁶⁴ Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta y se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y el Reglamento (UE) no 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión. Artículo 3 (5). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015R2120&from=en>

⁶⁵ BEREC. *Guidelines on the Implementation of the Open Internet Regulation*. 11 de Junio de 2020. Páginas 30-36. Disponible en: https://berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/regulatory_best_practices/guidelines/927-berec-guidelines-on-the-implementation-of-the-open-internet-regulation

VII. Servicios especializados: servicios distintos a los servicios de acceso a Internet, optimizados para el acceso a contenidos, aplicaciones y servicios específicos, o a una combinación de ellos, en los que la optimización es necesaria para cumplir con los requerimientos del contenido, aplicación o servicio para un nivel específico de calidad.

Artículo 8.

Los PSI podrán ofrecer servicios especializados únicamente cuando se satisfagan los siguientes requisitos:

- 1. Sean servicios distintos a los servicios de acceso a Internet y éstos no sean usados y ofertados como reemplazos de un servicio de acceso a Internet.**
- 2. La optimización del contenido, aplicación o servicio específico, o una combinación de los mismos, sea objetivamente necesaria para cumplir con los requerimientos de un nivel de calidad específico.**
- 3. La provisión de estos no resulta en detrimento del servicio de acceso a Internet, por lo que la prestación de los mismos no deberá afectar la calidad ni la velocidad del resto del tráfico que cursa por la red pública de telecomunicaciones.**
- 4. La capacidad de la red sea suficiente para proveer el servicio especializado adicionalmente a la provisión de los servicios de acceso a internet.**

Los PSI que ofrezcan servicios especializados deberán hacerlo en condiciones no discriminatorias, por lo que deberán poner a disposición de los PACS la misma diversidad de servicios, calidad y precio cuando las condiciones de contratación incluidas, sin limitar, los niveles de servicio, los tiempos de atención a fallas y niveles de calidad, sean equivalentes. Asimismo, deberán abstenerse de negar la provisión de dichos servicios por causas injustificadas, celebrar acuerdos de exclusividad o realizar conductas con efectos similares.

Cuando un PSI distribuya contenidos, aplicaciones o servicios propios mediante el uso de recursos específicos de su red, deberá poner a disposición de otros PACS los referidos recursos bajo la figura de servicio especializado.

La prestación de servicios especializados por parte del PSI no podrá traducirse, bajo ninguna circunstancia, en el intercambio monetario o de otros beneficios de parte de los PACS para el curso, bajo condiciones estándar, del tráfico generado por sus contenidos, aplicaciones y/o servicios.

i. La prestación de servicios 5G que facilitan múltiples calidades de servicio simultáneas (*network slicing*)

La eventual prestación de servicios 5G que permiten la segmentación de tráfico a través de la tecnología conocida como “*network slicing*”, la cual permite que múltiples redes virtuales con diferentes calidades de servicio sean utilizadas simultáneamente, ha sido erróneamente caracterizada por algunos como incompatible con los principios de neutralidad de la red.

Por el contrario, el regulador europeo BEREC ha reconocido en su Guía de Implementación actualizada que los principios de libertad de elección y no discriminación deben ser igualmente respetados en la prestación de servicios 5G como los descritos. Se destaca que el regulador europeo considera que de llegar a ofrecerse en el mercado ofertas como las descritas, éstas deben ser permitidas siempre y cuando cumpla con algunos requisitos importantes⁶⁶, a saber:

1. Respeten los derechos de las personas usuarias, especialmente el derecho de libre elección;
2. Respeten el principio de no discriminación;
3. Las personas usuarias finales tengan total control sobre qué aplicaciones transmiten tráfico con qué nivel de calidad de servicio.
4. La calidad de servicio no sea preseleccionada por el PSI.

Se considera que el Instituto debería recoger dichas consideraciones en sus Lineamientos, de manera que se dé certeza jurídica frente a tecnologías que si bien, aún

⁶⁶ BEREC. *Guidelines on the Implementation of the Open Internet Regulation*. 11 de Junio de 2020. Párrafo 34c.

están lejos de ser una realidad en México, eventualmente puede modificar de manera importante la manera en que las personas usuarias ejercen sus derechos.

Este tipo de ofertas no necesariamente implican la prestación de servicios especializados, por lo que resulta pertinente que estas consideraciones sean recogidas en los Lineamientos en un artículo separado.

Propuesta: Establecer obligaciones respecto de la prestación de servicios 5G que facilitan múltiples calidades de servicio simultáneas (*network slicing*).

Artículo XX. Las ofertas que permitan la provisión simultánea de múltiples niveles de calidad de servicio bajo una misma suscripción deberán cumplir con los siguientes requisitos:

- I. Las ofertas deberán respetar los principios de libertad de elección y no discriminación, así como no afectar la competencia y la pluralidad.**
- II. El usuario deberá tener control total sobre qué aplicaciones o servicios utilizan calidades de servicio de su elección.**
- III. Las calidades de servicio no deberán estar preseleccionadas por PSI.**

8. Protección del principio de privacidad

El artículo 145, fracción III de la LFTR, establece la obligación de que los Lineamientos garanticen el principio de privacidad de los usuarios.

El Anteproyecto se limita a establecer en el artículo 4, fracción III, la obligación de que “las políticas de gestión de tráfico y administración de red que, en su caso, implementen los PSI, deberán asegurar: (...) la inviolabilidad de las comunicaciones privadas”, así como la obligación de incluir recomendaciones para los usuarios finales a fin de minimizar riesgos a la privacidad de sus comunicaciones dentro del “código de políticas de gestión de tráfico” al que se refiere el artículo 13 del Anteproyecto.

Las disposiciones mencionadas en el Anteproyecto resultan insuficientes para la protección de la privacidad de los usuarios y no otorgan, ni a los PSI ni a las personas usuarias certidumbre jurídica en torno a las técnicas de gestión de tráfico autorizadas por los lineamientos y su posible impacto en el derecho a la privacidad.

En particular, resulta indispensable que los Lineamientos establezcan reglas que impidan la utilización de técnicas de gestión de tráfico que invaden el derecho a la privacidad de las personas usuarias sin apego a los principios de necesidad y proporcionalidad, como lo son las técnicas gestión de tráfico que permiten a los PSI inspeccionar las capas que conforman la “carga útil” de un paquete, como lo son las técnicas de Inspección Profunda de Paquetes (*Deep Packet Inspection* o “DPI” por sus siglas en inglés) e Inspección Profunda de Flujos (*Deep Flow Inspection* o “DFI” por sus siglas en inglés).

Como ha sido reconocido, por ejemplo, por el Comité Europeo de Protección de Datos, las técnicas de gestión de tráfico que permiten la identificación de información como los nombres de dominio y URL (localizador de nombres uniforme por sus siglas en inglés), revelan una gran variedad de aspectos sobre la vida de las personas usuarias⁶⁷ y no son necesarias para que los PSI presten el servicio⁶⁸.

En este sentido, la Regulación Europea dispone en su artículo 3 (3), párrafo segundo, que las medidas de gestión de tráfico “no supervisarán el contenido específico”⁶⁹, cuyo

⁶⁷ Carta del Comité Europeo de Protección de Datos: “Asuntos sobre la protección de datos relacionados con la Regulación (EU) 2015/2120. Diciembre 3, 2019. Página 2. Disponible en:

https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_letter_out2019-0055_berecnetneutrality2.pdf

⁶⁸ *Ibidem*, página 8: “(...) domain names and URLs are not necessary for IAS service providers to convey a communication”.

⁶⁹ Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta y se modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas y el Reglamento (UE) no 531/2012 relativo a la itinerancia en las redes públicas de comunicaciones móviles en la Unión. Artículo 3 (3).

significado ha sido posteriormente clarificado por el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (BEREC por sus siglas en inglés) en la Guía de Implementación de la Regulación Europea al señalar que las medidas de gestión de tráfico “no deben monitorear el contenido específico, es decir, la carga útil de los paquetes (*transport layer protocol payload*)”.

En igual sentido, es indispensable que los Lineamientos establezcan con claridad la prohibición de técnicas de gestión de tráfico que, independientemente de su posible utilidad o ventajas en términos de seguridad o gestión de tráfico, no son necesarias, en virtud de que existen otras medidas menos lesivas del derecho a la privacidad de las personas usuarias para conseguir los mismos objetivos, ni proporcionales, en tanto que dichas medidas suponen un sacrificio excesivo para el derecho a la privacidad que no se encuentra justificado.

Propuesta: Debe modificarse el artículo 4, fracción III, de los Lineamientos de manera que se establezca con claridad la prohibición de técnicas de gestión de tráfico que signifiquen el monitoreo del contenido específico, es decir, que inspeccionen la carga útil de los paquetes.

Artículo 4. Las políticas de gestión de tráfico y administración de red que, en su caso, implementen los PSI, deberán asegurar:

*III. La **privacidad e** inviolabilidad de las comunicaciones privadas de **las personas usuarias. Para ese efecto, la gestión de tráfico no deberá monitorear el contenido específico, es decir, la carga útil de los paquetes.***

9. Transparencia

Si bien la transparencia respecto de la gestión de tráfico y administración de la red no es suficiente por sí misma para garantizar la protección del principio de neutralidad de las redes y los principios reconocidos en los artículos 145 y 146 de la LFTR, las medidas de transparencia son indispensables para que las personas usuarias puedan ejercer sus derechos y el propio IFT cuente con información indispensable para la supervisión del cumplimiento de estos Lineamientos.

Los artículos 10 a 13 de los Lineamientos disponen algunas medidas de transparencia, como la obligación de publicar en el portal de Internet del PSI cierta información respecto de los servicios diferenciados y especializados; la obligación de remitir al IFT acuerdos comerciales e informes en torno a los servicios diferenciados y especializados ofrecidos; y la obligación de publicar un “código de políticas de gestión de tráfico” los cuales deben incluir algunas categorías de información descritas en el artículo 13.

No obstante lo anterior, los Lineamientos no establecen obligaciones y guías de implementación suficientemente detalladas para garantizar una transparencia significativa para las personas usuarias.

En este sentido, resulta pertinente hacer referencia a como la regulación comparada ofrece un nivel de detalle significativamente mayor al momento de establecer obligaciones de transparencia respecto de la gestión de tráfico. Por ejemplo, la Guía de Implementación de la Regulación Europea publicada por BEREC en los párrafos 128 a

166⁷⁰, así como la Guía sobre Transparencia en torno a la Neutralidad de la Red⁷¹ publicada por el mismo organismo establecen obligaciones, recomendaciones y mejores prácticas que permiten a los PSI implementar de manera adecuada las disposiciones de transparencia.

Propuesta: Sin ser exhaustivos, destacamos la necesidad de que los Lineamientos establezcan obligaciones más detalladas y específicas respecto de la información que debe publicarse por parte de los PSI respecto de las medidas de gestión de tráfico implementadas. En particular se recomienda incorporar las siguientes obligaciones:

- **Transparencia en dos niveles. Un nivel accesible, claro y comprensible para todas las personas usuarias y un segundo nivel más detallado técnicamente. Igualmente, establecer guías que permitan que la información sea comparable entre ofertas y entre PSI.**
- **Transparencia detallada respecto de cómo las medidas de gestión de tráfico afectan la experiencia de las personas usuarias tanto de manera general, como a aplicaciones o servicios específicos cuando sea el caso.**
- **Transparencia detallada y específica, en su caso, respecto del procesamiento de datos personales en la implementación de técnicas de gestión de tráfico, incluyendo una explicación detallada y precisa de las tecnologías empleadas y el nivel de profundidad en la inspección que las mismas permiten.**

⁷⁰ BEREC. *Guidelines on the Implementation of the Open Internet Regulation*. 11 de Junio de 2020. Párrafos 128-166.

⁷¹BEREC. *Guidelines on Transparency in the scope of Net Neutrality: Best practices and recommended approaches*. Diciembre 2011. Disponible en: https://berec.europa.eu/doc/berec/bor/bor11_67_transparencyguide.pdf

- **Transparencia detallada respecto distintas variables de calidad del servicio como lo es velocidad, retardo, fluctuación de retardo (*jitter*), probabilidad de pérdida de paquetes, tasa de bits, entre otros.**
- **Transparencia detallada respecto del volumen de datos adquiridos, las consecuencias (cargos adicionales, restricciones de velocidad o suspensión del servicio), así como, en caso de ofertas diferenciadas autorizadas, información detallada y clara respecto de las aplicaciones, servicios o contenidos incluidos o excluidos en la oferta, las cantidades de datos y el precio para cada categoría.**
- **Transparencia detallada sobre las velocidades mínima, máxima, promedio y ofrecida.**
- **Transparencia respecto de los mecanismos con que cuentan las personas usuarias para presentar quejas ante el PSI o acudir a autoridades competentes en caso de inconformidades.**

10. Supervisión y monitoreo

El establecimiento de reglas y principios para la protección de la neutralidad de las redes, de conformidad con lo que señala el artículo 145 y 146 de la LFTR, no resulta suficiente para su protección efectiva sin que existan medidas de monitoreo y supervisión de su cumplimiento.

Los Lineamientos se limitan a expresar en su artículo 15 que la supervisión y verificación del cumplimiento de las obligaciones de los PSI se llevará a cabo conforme a lo establecido en el Título Décimo Cuarto de la LFTR.

Lo establecido en el artículo 15 es notoriamente insuficiente para que el IFT garantice el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los Lineamientos y la función constitucional del IFT como garante del derecho de acceso a las tecnologías de la información y la comunicación, el derecho a la libertad de expresión, entre otros.

En la regulación comparada, se establecen mecanismos significativamente más robustos de monitoreo y supervisión del cumplimiento que deben ser incorporados a los Lineamientos. Por ejemplo, en la la Guía de Implementación de la Regulación Europea publicada por BEREC se incluyen diversos mecanismos a través de los cuales los reguladores pueden allegarse de información crucial para estar en posibilidad de evaluar el cumplimiento de la regulación⁷².

Se destacan mecanismos de medición de la gestión de tráfico implementados por los reguladores o facilitados por los mismos y que funcionan mediante reportes enviados por las personas usuarias. Un ejemplo de lo anterior en la aplicación Wehe⁷³ desarrollada e implementada por el regulador francés ARCEP en colaboración con la Universidad de Northeastern, la cual permite la recolección de información susceptible de detectar violaciones a la neutralidad de la red.

Igualmente, en la regulación europea se contemplan facultades por parte del regulador para hacer solicitudes detalladas de información a los PSI y se incluye la obligación de producir periódicamente reportes por parte de los reguladores, lo cual constituye una herramienta fundamental para que la sociedad pueda evaluar la actuación del regulador respecto de su obligación de monitorear y supervisar el cumplimiento de la regulación y la protección efectiva de la neutralidad de la red.

⁷² BEREC. *Guidelines on the Implementation of the Open Internet Regulation*. 11 de Junio de 2020. Párrafos 167-177.

⁷³ ARCEP. *Arcep presents Wehe – an app for detecting internet traffic throttling*. Noviembre 2018. <https://en.arcep.fr/news/press-releases/p/n/open-internet.html>

Propuesta: Incluir en los Lineamientos mecanismos más robustos para el monitoreo y supervisión del respeto a la neutralidad de la red por parte de los PSI.

En particular se recomienda, como mínimo:

- **La obligación del IFT de implementar herramientas de medición técnica de la gestión de tráfico que incluyan la posibilidad de que las personas usuarias realicen reportes y pruebas para la detección de posibles violaciones a la neutralidad de la red.**
- **La obligación del IFT de publicar un reporte anual sobre las actividades de supervisión y cumplimiento de los Lineamientos llevadas a cabo por el Instituto.**
- **Indicar con el mayor nivel de detalle posible las categorías de información que el IFT podrá requerir a los PSI para la evaluación del cumplimiento de los Lineamientos.**