

Servicios Over-the-Top: principios fundamentales para su tratamiento regulatorio en Argentina

Noviembre 2016

Servicios Over-the-Top: principios fundamentales para su tratamiento regulatorio en Argentina¹

Noviembre 2016

¹ Este documento fue elaborado por Maia Levy Daniel, investigadora de la Iniciativa por la Libertad de Expresión en Internet (ILEI), del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) de la Universidad de Palermo. La elaboración del documento fue dirigida y contó con los comentarios de Agustina Del Campo, directora del CELE.

1. Introducción

Los servicios de comunicación y los medios de comunicación están sujetos a distintas regulaciones, sea por el dominio que tienen sobre infraestructura crítica, por el uso que hacen de recursos limitados cuya titularidad muchas veces detenta el Estado, por razones económicas, o en aras de proteger los derechos humanos potencialmente afectados por estas actividades. En Argentina, al igual que en muchos otros países del mundo, existen leyes tendientes a garantizar la competencia, evitar los monopolios y oligopolios, garantizar el acceso y la no discriminación de las poblaciones minoritarias, entre otras. En este sentido, la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual -con las derogaciones específicas sufridas en diciembre de 2015- regula distintos aspectos del mercado de los medios de comunicación para evitar la existencia de monopolios que constituyan violaciones indirectas a la libertad de expresión y el acceso a la información, y establece pautas en torno a los contenidos. Además, la Ley Argentina Digital regula el mercado de la banda ancha en el país. La regulación tiene distintos aspectos y distintas finalidades. Por un lado, se regula la infraestructura y, por el otro, el contenido, a fin de garantizar la pluralidad de voces que requiere una sociedad democrática. El crecimiento y la expansión de internet, sin embargo, fue considerada solo parcialmente en ambas leyes.

Internet ha potenciado la difusión de contenidos, la creatividad y el espíritu emprendedor que derivaron en la incorporación al mercado de nuevos servicios y actores paralelos o complementarios a los existentes. Al crearse nuevos servicios, distintos en muchos aspectos de los ofrecidos tradicionalmente por empresas especializadas en comunicación y transmisión de información, los modelos empresariales también han cambiado. Las redes de alta velocidad y la multiplicación de dispositivos inteligentes, incluyendo teléfonos, tabletas, laptops, etc., coadyuvan a la rápida expansión de estos nuevos servicios, desdibujando las fronteras entre los dispositivos digitales y generando que muchos servicios de comunicación pasaran del mundo físico al digital.²

Aunque técnicamente no existe una definición unánime del término, ciertos sectores están de acuerdo en llamar servicios “Over the Top” u “OTTs” a los “servicios en línea

² Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Una Agenda Digital para Europa*, COM(2010) 245 final/2, Bruselas, 26 de agosto de 2010, p. 4.

que pueden sustituir en cierto nivel a los medios de comunicación y servicios de telecomunicaciones tradicionales”³.

Algunos autores definen a los OTTs como un grupo de actores⁴, mientras que otros consideran que se trata de un término para calificar una categoría de servicios⁵. En algunas ocasiones se los ha definido como “el contenido, un servicio o una aplicación que es provisto al usuario final en la internet abierta”⁶. Sin embargo, el común denominador entre las distintas definiciones es que las OTTs se caracterizan por el método de provisión de servicios -léase internet- y no por el tipo de servicio que ofrezca.⁷ Los OTTs dependen plenamente de internet para la entrega del servicio.⁸

El surgimiento de estas nuevas industrias ha generado grandes desafíos para las empresas de servicios tradicionales y para el Estado en vistas a su regulación.⁹ Netflix, YouTube, Skype, Airbnb y WhatsApp, entre muchos otros, constituyen ejemplos típicos de servicios OTT ofrecidos alrededor del mundo. Muchos de estos servicios han reemplazado en distintos aspectos a las formas tradicionales de comunicación y de telecomunicaciones, poniendo a disposición de los usuarios nuevos servicios de mensajería, audio y video, entre otros. Además, han otorgado a los usuarios la posibilidad de interactuar con el contenido, dándoles un rol mucho más activo que el que tenían frente a los servicios de comunicación tradicionales. Los servicios OTT ofrecen el valor añadido de “poder elegir”, frente al modelo tradicional de televisión lineal, por ejemplo¹⁰.

Existen distintos tipos de aplicaciones en el ámbito digital que se refieren a servicios muy variados. A medida que los servicios en internet crecen en los mercados locales a nivel mundial, distintos sectores alzan sus voces para exigir que se evalúe su regulación legal y/o la

³ Parlamento europeo, Policy Department A: Economic and Scientific policy, Directorate-general for internal policies, *Over-the-top players (OTTs)*, Study for the IMCO Committee, 2015, p. 11. Traducción libre.

⁴ Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas, *Report on OTT services*, BoR (16) 35, enero de 2016, p. 6. Traducción libre.

⁵ *Ídem*.

⁶ Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas, *supra* nota 4, p. 3.

⁷ Parlamento europeo, *supra* nota 3, p. 20.

⁸ *Ídem*.

⁹ Ganuza, Juan José y Vicens, María Fernanda, *Over-the-top (OTT) applications, services and content: implications for broadband infrastructure*, Documento de trabajo N° 13, Centro de Tecnología y Sociedad, Universidad de San Andrés, febrero de 2013, p. 9.

¹⁰ Conseil de l' Audiovisual de Catalunya, *Las Plataformas OTT para la distribución de contenidos audiovisuales: ¿una amenaza para el duopolio de la televisión en abierto en España?*, en *Audiovisual OTT, nuevas fronteras y desafíos*, Quaderns del CAC N° 42, Vol. XIX, julio de 2016, p. 24.

compatibilidad de la misma con los derechos humanos potencialmente afectados por estos nuevos actores.

Este artículo busca señalar los principios fundamentales que han de tenerse en cuenta al momento de regular internet, y la base compartida por los servicios OTT, aplicables a todos por igual. Para una mejor comprensión del tema, este artículo ofrece una descripción sobre la situación regulatoria actual en Argentina, así como argumentos que son normalmente esgrimidos a favor y en contra de la regulación de OTTs. Por último, incluye una sección de conclusiones y recomendaciones útiles para la discusión legislativa.

2. Los servicios OTT: qué son y qué significa su presencia en el mercado

Los servicios OTT surgieron recientemente. Skype, por ejemplo, fue diseñado en el año 2003 y WhatsApp fue creado en el año 2009. Netflix, por su parte, entró en América Latina recién en septiembre de 2011 y tiene menos de dos décadas en el mercado estadounidense que lo creó. A pesar de su corta trayectoria, la importancia de las OTTs ha crecido rápidamente en los últimos años, llegando a tener un rol muy relevante para las industrias de tecnología de la información y la comunicación, así como para los consumidores y las empresas¹¹. Tanto es así que, en el año 2015, siete de cada diez usuarios de internet en Estados Unidos accedían a videos online a través de proveedores OTT¹².

En el funcionamiento de un servicio OTT confluyen tres actores distintos e igualmente necesarios: los proveedores de servicios OTT, los fabricantes de artefactos y, por último, los proveedores del servicio de internet (PSI)¹³. No existe servicio OTT sin los aparatos y dispositivos (por ejemplo, el módem, teléfono celular o computadora) que facilitan la conexión

¹¹ Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas, *supra* nota 4, p. 3.

¹² Conseil de l' Audiovisual de Catalunya, *supra* nota 10, p. 24. Ver, a su vez, *Seven in 10 US Internet Users Watch OTT Video*, en <http://bit.ly/1ORVChp>

¹³ Ganuza, Juan José y Viçens, María Fernanda, *supra* nota 9, p. 7.

a internet, o sin un proveedor de servicio de internet para poder conectarse a la red. Para el consumidor, entonces, estos tres servicios son complementarios¹⁴.

Las redes de banda ancha han posibilitado la existencia de estos servicios. A medida que estas redes aumenten en su alcance y calidad, es razonable pensar que las empresas que ofrecen servicios OTT irán expandiéndose hacia nuevos sectores. En particular, se puede prever que el número de consumidores aumentará a medida que la velocidad de descarga mejore con el tiempo y pueda ofrecerles una mejor experiencia al utilizar estos servicios. En la actualidad, América Latina no cuenta con la infraestructura y tecnología necesarias para brindar un servicio OTT de calidad como en otras regiones, por lo que todavía hoy las empresas proveedoras de servicios tradicionales (por ejemplo, de telefonía, televisión, etc.) no se sienten realmente amenazadas por los servicios OTT¹⁵ como competencia. Distinto es el caso particular de los servicios de mensajería como WhatsApp, que ya se han expandido enormemente de la mano de los *smartphones*.

3. El escenario actual en Argentina

En Argentina no hay hasta el día de hoy normativa específica sobre regulación de servicios OTT. La Ley Argentina Digital (Ley 27.078)¹⁶, dictada en el año 2014, regula las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TICs), las Telecomunicaciones y sus recursos asociados. El dictado de dicha ley se fundamentó en “(...) *las innovaciones tecnológicas, las necesidades de la población, el crecimiento demográfico y el crecimiento del sector de las telecomunicaciones*”. En su artículo 2, la ley establece que sus disposiciones “(...) *tienen como finalidad garantizar el derecho humano a las comunicaciones y a las telecomunicaciones, reconocer a las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC) como un factor preponderante en la independencia tecnológica y productiva de nuestra Nación, promover el rol del Estado como planificador, incentivando la función social que dichas tecnologías poseen, como así también la competencia y la generación de empleo mediante el establecimiento de pautas claras y transparentes que favorezcan el desarrollo sustentable del sector, procurando la accesibilidad y asequibilidad de las tecnologías de la información y las comunicaciones para el pueblo.*” Sin

¹⁴ Gazuza, Juan José y Viegens, María Fernanda, *supra* nota 9, p. 7.

¹⁵ Gazuza, Juan José y Viegens, María Fernanda, *supra* nota 9, p. 27.

¹⁶ Ver Ley Argentina Digital: <http://bit.ly/2fDLTfS>

embargo, excluye explícitamente en su artículo 1 “(...) cualquier tipo de regulación de los contenidos, cualquiera fuere su medio de transmisión.”, por lo que no estipula regulación alguna respecto de los servicios OTT.

Paralelamente, se encuentra vigente la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, con las modificaciones realizadas por el Decreto N° 267/2015. Asimismo, se está llevando adelante un proceso de debate en torno a la redacción de una nueva ley de servicios de comunicación que, como novedad, contendrá también regulación sobre convergencia.

En el año 2015, por medio del Decreto N° 267/2015¹⁷ se disolvió la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA) y el Consejo Federal de Comunicación Audiovisual, creados por la Ley 26.522, y la Autoridad Federal de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (AFTIC) y el Consejo Federal de Tecnologías de las Telecomunicaciones y la Digitalización. Asimismo, se creó el Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM), en la órbita del Ministerio de Comunicaciones, como Autoridad de Aplicación de las leyes Argentina Digital y de Servicios de Comunicación Audiovisual (Ley 26.522), y continuador de los organismos antes mencionados. El ENACOM creó, en el ámbito del Ministerio de Comunicaciones, la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Reforma, Actualización y Unificación de las Leyes 26.522 y 27.078. Dicha Comisión tiene por objeto redactar el anteproyecto de la ley, que luego será elevado al Congreso para su discusión y eventual adopción. Metodológicamente, la Comisión se propone convocar “(...) a representantes de consumidores, sindicatos, cámaras, periodistas y a diversos intelectuales y especialistas para la redacción de un marco regulatorio plural y moderno que contemple las nuevas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), internet, redes de telecomunicaciones y los medios audiovisuales de manera integral y convergente.”

Al momento de redacción de este artículo la Comisión aún trabaja en la elaboración de un proyecto de ley al respecto. En julio de 2016, luego de reuniones con distintos sectores que han expuesto sus puntos de vista y recomendaciones sobre el tema, la Comisión dio a conocer los principios que guiarán la redacción de dicho proyecto¹⁸. El Principio N° 13 del documento difundido podría ser aplicable a servicios OTT, en tanto establece que “Las aplicaciones de intermediación en la prestación de servicios en el ámbito de las Comunicaciones Convergentes,

¹⁷ Ver Decreto N° 267/2015: <http://bit.ly/2eLG5mX>

¹⁸ Ver los 17 principios: <http://bit.ly/29PIYUA>

sin importar el soporte que utilicen, deberán respetar las normas locales que los regulen, respondiendo por los daños y perjuicios que la actividad de intermediación produzca si una vez notificados no cesan con la actividad dañosa. Las mismas deberán registrarse conforme lo establezca la autoridad de aplicación respetando los derechos de propiedad intelectual.” No obstante, hasta tanto no exista un grado mayor de especificidad en torno al contenido específico del proyecto, difícilmente pueda hacerse un análisis adecuado en esta materia.

4. Argumentos a favor y en contra de su regulación

Conflictos como el relacionado con el arribo de Uber a la Argentina¹⁹ o disyuntivas en torno a cómo cobrar impuestos sobre servicios provistos por internet²⁰ dan cuenta de la necesidad de promover una discusión en torno a la situación regulatoria de las OTTs. La intención gubernamental de regular los servicios de comunicación convergentes, incluyendo los medios de comunicación tradicionales y los servicios ofrecidos en internet, le dio cierta urgencia al debate.²¹ La discusión, sin embargo, no radica aún en el tipo de regulación aplicable, sino que abarca también la conveniencia de regular este tipo de servicios, disyuntiva previa que merece cierta reflexión.

El primer punto que se debe analizar es la necesidad de regular los servicios OTT. Los sectores que se muestran a favor de su regulación argumentan que:

- Los servicios OTT ofrecen los mismos servicios que las empresas de comunicación tradicionales y, por ende, deberían ser regulados de la misma manera a efectos de lograr balancear la situación regulatoria.

¹⁹ Ver, por ejemplo: <http://bit.ly/2ahIAOq> y <http://bit.ly/2ahLcJ>

²⁰ La discusión que se ha dado en el año 2014 en la Ciudad de Buenos Aires sobre la posibilidad de cobrar impuestos locales a proveedoras de servicios OTT como Netflix, Spotify y otras es otro ejemplo de la necesidad de fomentar el análisis sobre estos temas. Ver, por ejemplo: <http://bit.ly/2cwkbIR> y <http://bit.ly/2cwiOnI>

²¹ Al momento de redacción de este artículo no se conocía un texto del proyecto de Ley de Comunicaciones Convergentes. Sin embargo, se puede acceder a los 17 Principios que se propusieron desde la Comisión Redactora de la Nueva Ley de Comunicaciones del Ente Nacional de Comunicaciones (ENACOM) que regirán la redacción de la ley: <http://bit.ly/29PIYUA>

Se encuentran disponibles los comentarios presentados por el CELE a los Principios: <http://bit.ly/2fPPjBk>

- Los servicios OTT son *free-riders* de los proveedores del servicio de internet. Al momento no comparten los costos de las obligaciones con ellos, pagándoles a los proveedores por el uso de sus redes. Quienes argumentan en esta línea sostienen que las empresas de comunicación tradicional han invertido en infraestructura que ahora utilizan las empresas de OTT sin realizar ningún aporte.
- Los servicios OTT tienen un impacto económico negativo en los proveedores de internet, lo que obstaculiza la inversión.²²
- Por último, cabe destacar que *“(...) el interés público reclama (...) del Estado la promoción de políticas públicas que estimulen diversidad de actores, diversidad de perspectivas y puntos de vista, diversidad cultural, diversidad geográfica, diversidad de servicios y aplicaciones. Cuando la política pública no promueve la diversidad, la lógica comercial se desentiende de las necesidades de los sectores más vulnerables (acceso y contenidos).”*²³ Por lo tanto, es necesario que, también en internet, el Estado participe implementando políticas que garanticen la diversidad y resguarden los derechos humanos en juego.

Estos argumentos en general encuentran sustento en la necesidad de equilibrar las condiciones de juego (el concepto de “level playing field”). Según esta idea, los servicios que tienen la misma función y compiten entre sí deberían estar sujetos al mismo tratamiento regulatorio²⁴. Este concepto es el que destacan los operadores de redes tradicionales que se ven afectados por la expansión de las empresas que ofrecen sus servicios en forma *online*. Se hace hincapié en que los servicios son los mismos, más allá de las diferencias respecto del medio a través del cual se provean, destacando la naturaleza de los servicios y no las tecnologías.²⁵

En la contracara, y abogando por no regular o regular de manera distinta a las OTTs respecto de los actores tradicionales en materia de medios y telecomunicaciones, se argumenta que si bien el servicio puede ser similar, la tecnología por medio de la cual se provee es radicalmente

²² Asia Internet Coalition, *Smart Regulation for OTT Growth*, octubre de 2015, p. 5. Disponible en: <http://bit.ly/1mT2e3K>

²³ Ver “La convergencia es más que un proyecto de ley” por Martín Becerra. Disponible en: <http://bit.ly/23X2YDF>

²⁴ Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas, *supra* nota 4, p. 22.

²⁵ Ver documento presentado por Asociación Interamericana de Empresas de Telecomunicaciones (ASIET) ante la Comisión Redactora para la Nueva Ley de Comunicaciones con fecha 18 de mayo de 2016, p. 21. Documento disponible en: <http://bit.ly/1sxiXg6>

distinta y su integridad depende de que se respete esta naturaleza. Entre los argumentos más significativos en esta línea cabe destacar:

- La Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet, firmada por representantes de distintos organismos internacionales de derechos humanos afirma que *“Los enfoques de reglamentación desarrollados para otros medios de comunicación —como telefonía o radio y televisión— no pueden transferirse sin más a Internet, sino que deben ser diseñados específicamente para este medio, atendiendo a sus particularidades.”*²⁶ La regulación de los servicios ofrecidos en internet debe considerar los distintos niveles de esta tecnología, y respetar su carácter abierto, dinámico y descentralizado, características con las que no cuentan otros medios de comunicación tradicionales²⁷. En el caso de la televisión, las diferencias también son esenciales al intentar regular este servicio. Por ejemplo, hasta hace algunos años sólo era posible ver en una pantalla concreta contenidos y productos específicos que eran distribuidos mediante una tecnología dedicada y actores identificados. Hoy en día con los servicios OTT esto cambió radicalmente: la televisión se encuentra disponible en múltiples dispositivos con acceso multipantalla y multicanal, y los contenidos están disponibles en múltiples formas²⁸. El usuario tiene la posibilidad de interactuar con el contenido y, además, la oferta de contenido ya no es de dominio exclusivo del organismo de radiodifusión tradicional. Cualquier editor de contenido o servicios puede ofrecer sus contenidos en igualdad de condiciones²⁹.
- Las empresas OTT, a diferencia de los operadores tradicionales, no controlan “infraestructura crítica”, tienen costos bajos de entrada al mercado y mucha competencia. Los operadores

²⁶ 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), *Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet*, 1 de junio de 2011, párrafo 1) c.

²⁷ Ver “Internet plural y abierta – Principios fundamentales para la regulación” en <http://bit.ly/1XksnIW>

²⁸ Conseil de l' Audiovisual de Catalunya, *Estrategias y normativas de los servicios OTT en el marco de los EE.UU. (2005-2015)*, en *Audiovisual OTT, nuevas fronteras y desafíos*, Quaderns del CAC N° 42, Vol. XIX, julio de 2016, p. 16.

²⁹ *Ídem*.

tradicionales, en cambio, tienen un costo de entrada al mercado muy alto y muy poca competencia. Por ende, el concepto del *level playing field* fracasa desde su concepción.³⁰

- Un servicio OTT forma parte de internet como una aplicación más, por lo que no es necesario regularlo, al igual que sucede con las aplicaciones en general. No tendría sentido tratar de imponer viejas estructuras regulatorias en las nuevas redes de banda ancha. Según Vinton Cerf, “Internet fue diseñada como una plataforma neutral para el intercambio de paquetes sobre la cual todo lo que pudiera ser empaquetado, podría ser transmitido y recibido.” Así, la “noción de OTT es simplemente un malentendido del diseño de este sistema, ya que cualquier aplicación se realiza sobre esta red de alta velocidad de conmutación de paquetes subyacente.”³¹
- En cuanto al argumento que sostiene que las empresas OTT son *free-riders*, algunos autores señalan que el acceso y las aplicaciones son complementarios. Aplicaciones más complejas generan mayor demanda y disposición a pagar por mejor acceso a la red, y una cobertura de acceso de mejor calidad permite un mayor uso de servicios de mensajería y otras aplicaciones. Por lo tanto, el problema de *free rider* no existe.³²
- Por último, “muchas de las regulaciones que afectan al sector de las telecomunicaciones tenían sentido cuando existían monopolios, pero con el surgimiento de nuevas tecnologías y la aparición de nuevos proveedores, la necesidad de regulación para promover la competencia es menos relevante.”³³

Los servicios tradicionales son ofrecidos a nivel local en cada país, mientras que los servicios de internet son ofrecidos en forma global y traspasan los límites territoriales³⁴. El regulador ha de

³⁰ Teniendo en cuenta los costos que la regulación acarrea, para ciertos sectores la solución debería consistir en la eliminación o reestructuración de la regulación de los operadores de redes a fin de promover la inversión, el crecimiento y el acceso al ancho de banda. El *level playing field* se lograría, entonces, a través de la desregulación de todos los proveedores.

³¹ Vinton Cerf en el panel “¿Somos todos OTT? Los peligros de regular un concepto indefinido” organizado por la Asociación Latinoamericana de Internet (ALAI) en el Foro de Gobernanza de Internet (IGF) de 2016 en Guadalajara, México. Se puede acceder al resumen de la sesión aquí: <http://bit.ly/2hx09MX>

³² Williamson, Brian, *Next Generation communications & the level playing field – what should be done?*, junio de 2016, p. 17. Disponible en: <http://bit.ly/2guYerk>

³³ Alexander Riobó, Director de Regulación de Latinoamérica en Telefónica, en el panel “¿Somos todos OTT? Los peligros de regular un concepto indefinido” organizado por la Asociación Latinoamericana de Internet (ALAI) en el Foro de Gobernanza de Internet (IGF) de 2016 en Guadalajara, México. Se puede acceder al resumen de la sesión aquí: <http://bit.ly/2hx09MX>

³⁴ Asia Internet Coalition, *supra* nota 22, p. 7.

tener particularmente en cuenta que las OTTs no están solo sujetas a la normativa local, sino también a la de todos los demás países donde operan, balanceando las ventajas de la tecnología y la innovación global con la necesidad de imponer regulación específica local a quienes la generan. En muchos casos, los servicios OTT son ofrecidos por empresas que no tienen presencia física en el país que impone la regulación, en cuyo caso surgen importantes problemas en torno a la implementación de la ley.

La naturaleza global de internet y la posibilidad de generar fragmentaciones que perjudiquen a los usuarios también son argumentos ofrecidos para no regular los servicios OTT.

5. OTTs y la libertad de expresión

Lo que hace a los servicios OTT distintos de los servicios de comunicación tradicionales es el hecho de que se ofrecen por medio de internet. Tal como afirma Naciones Unidas, los derechos humanos, incluyendo la libertad de expresión, se encuentran plenamente vigentes en internet.³⁵ Internet tiene un gran potencial para permitir a las personas expresarse, participar en las discusiones públicas, así como acceder a bienes y servicios, lo que fomenta los principios básicos de una sociedad democrática. Internet y los servicios disponibles en ella hacen a las comunicaciones más económicas, accesibles y rápidas, y potencian la audiencia para quien se expresa, extendiendo las fronteras de la propia ciudad, provincia, estado, región, etc. La Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión en internet, atendiendo precisamente a este factor distintivo y considerando la importancia fundamental de internet para la expresión y la participación de la discusión pública, establece como principio general la obligación positiva de los Estados de facilitar el acceso universal a internet³⁶.

Precisamente por la naturaleza y el potencial de internet, conviene evaluar la regulación del medio –internet- desde una perspectiva de derechos humanos y, particularmente, desde la

³⁵ ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en internet*, A/HRC/20/L.13, 29 de junio de 2012, párr. 1. Disponible en <http://bit.ly/1XksnIW>

³⁶ 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), *supra* nota 26, párrafo 6) e.

perspectiva de la libertad de expresión. toda limitación a la libertad de expresión debe ser evaluada en torno al test tripartito, a saber: las limitaciones han de establecerse claramente en una ley, deben ser necesarias en una sociedad democrática y ser proporcionales a los fines legítimos que la medida persiga. Las medidas tendientes a remover contenidos o bloquear el acceso a determinadas aplicaciones en internet deben ser excepcionales, y adoptarse en procesos que garanticen el debido proceso y la notificación adecuada al usuario.³⁷

En todos los casos, la regulación de las OTTS debe evitar transformarse en una intromisión directa del Estado en los contenidos ofrecidos en internet, lo que podría traer consecuencias graves para el derecho a la libertad de expresión de los ciudadanos, tanto en su sentido individual como social, como para el ejercicio de otros derechos humanos fundamentales, tales como el derecho de asociación y de reunión, de participación política, entre otros³⁸.

La vinculación entre las dimensiones individual y social de la libertad de expresión la resumió la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos diciendo que la libertad de expresión es una *“condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”*³⁹. La Corte Interamericana de Derechos Humanos agregó que *“el entorno en línea no solo ha facilitado que los ciudadanos se expresen libre y abiertamente, sino que también ofrece condiciones inmejorables para la innovación y el ejercicio de otros derechos fundamentales como el derecho a la educación y a la libre asociación”*⁴⁰. Las redes sociales constituyen un claro ejemplo de esto. Individuos de todas partes del mundo han encontrado en ellas un espacio con el que no contaban anteriormente para expresarse, informarse y conectarse con otras personas en forma fácil y

³⁷ OEA, CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Libertad de expresión e Internet*, OEA/Ser.LV/II., CIDH/RELE/INF. 11/13, 31 de diciembre de 2013, párr. 55.

³⁸ Estas cuestiones han sido destacadas recientemente en Argentina por distintas organizaciones de la sociedad civil como consecuencia de la presentación de un proyecto de ley de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (proyecto de ley D-2298) que modificaba la Ley de Procedimiento Contravencional de la Ciudad. Dicho proyecto de ley permitía, en forma preventiva, a un fiscal o autoridad preventora, *“(…) ordenar a las empresas prestatarias del servicio de “internet” bloquear, o denegar el acceso al dominio o aplicación de que se trate en forma parcial o total según la conducta ilícita sea generada dentro de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o produzca sus consecuencias dentro de ésta.”*

³⁹ OEA, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-5/85, La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 13 de noviembre de 1985, párrafo 70.

⁴⁰ OEA, CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *supra* nota 38, párrafo 2.

rápida. Facebook, Twitter e incluso Whatsapp, entre otras redes sociales y servicios de mensajería instantánea, han devenido esenciales en el ejercicio de derechos fundamentales, en el ejercicio del periodismo, y como plataformas de reunión, de asociación, de protesta, de activismo o de denuncia. Para grupos que nunca habían tenido acceso a los medios de comunicación tradicionales, las redes sociales han venido a proveer una alternativa económica y accesible que les permite, quizás por primera vez, expresar sus opiniones e ideas, y difundirlas.

Los medios de comunicación en internet constituyen un instrumento particular que permite y promueve, en una forma nunca antes experimentada, el ejercicio tanto del derecho a la libertad de expresión como de otros derechos humanos fundamentales. Atento a su importancia, las Relatorías de Naciones Unidas y de la Comisión Interamericana para la Libertad de Expresión han sostenido que la decisión de bloquear el acceso de las personas a sitios web o filtrar cierto contenido de internet debe ser una medida extrema, solo justificada según los estándares internacionales (por ejemplo, cuando sea necesaria para proteger a menores del abuso sexual)⁴¹. Al funcionar en internet, esta restricción aplica también a cualquier plataforma o aplicación que ofrezca servicios OTT. El bloqueo de un servicio brindado a través de internet tiene que ser una medida de última *ratio* y debe cumplir con los estándares antes mencionados, ya que podría conllevar una violación al derecho a la libertad de expresión y de acceso a la información de las personas, así como a derechos humanos en general.

6. Principios fundamentales a tener en cuenta a la hora de regular

Cada servicio OTT cuenta con ciertas particularidades que lo distinguen del resto: Spotify no ofrece el mismo servicio que Netflix (en el caso de Netflix se trata de contenido audiovisual, mientras que Spotify ofrece sólo audio). De la misma manera, la regulación específica de las telefónicas no podría ser directamente trasladada al servicio que ofrece Facebook. Asimismo, son también relevantes las diferencias en los modelos de negocio que actualmente actúan en internet y que requieren distinciones específicas en cuanto a su regulación. Los modelos más

⁴¹ 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), *supra* nota 26, párrafo 3).

conocidos son los de micropagos,⁴² el pago por consumo,⁴³ suscripción,⁴⁴ membresía,⁴⁵ freemium/premium,⁴⁶ por publicidad insertada⁴⁷ y de acceso abierto.⁴⁸ Cada modelo de negocios es distinto y rige de manera distinta también en cada tipo de servicio OTT, y estas diferencias importan al momento de regular. Por ejemplo, si se decidiera establecer un impuesto a las transacciones en internet y no a las suscripciones, se estaría perjudicando a un tipo específico de servicios OTT frente a otros que no deberían pagar. No obstante las diferencias, que pueden abordarse desde distintas perspectivas en una eventual regulación, hay aspectos generales fundamentales que subyacen a todas las empresas que ofrecen servicios OTT distintos. El Estado, al decidir regular la prestación de los servicios OTT, debe considerar una serie de principios básicos que surgen directamente de las características propias de internet, su apertura, descentralización y universalidad que guiarán la labor legislativa en esta materia.

Teniendo en cuenta el análisis desarrollado en las secciones previas, y sobre la base de la bibliografía consultada, la opinión de expertos que abordaron distintos aspectos de la temática y consensos en la materia, a continuación presentaremos los principios generales que consideramos fundamentales a la hora de pensar estos temas:

⁴² Micropagos/contenido fraccionado: se realiza una transacción para acceder a algún tipo de contenido (por ejemplo, un artículo en una web, una canción o el acceso al siguiente nivel en un videojuego).

⁴³ Pago por consumo: un modelo que nació en el ámbito de la televisión ("pay per view") y luego se extendió a otros espacios. Es un sistema de pago en el que el usuario paga sólo por lo que ve.

⁴⁴ Suscripción: se cuenta con una base de clientes fija en un tiempo concreto (semanal, mensual, anual) y con un flujo de ingresos también fijos. Por ejemplo, el caso de Netflix, Hulu o Spotify.

⁴⁵ Membresía: consiste en la pertenencia a un grupo que puede ser también cualquier tipo de empresa que oferte servicios o contenidos. Un usuario puede ser miembro de un club de fans o de una comunidad de lectores, pero sería la suscripción la que llevaría implícita un pago por algún tipo de servicio o acceso. Ser miembro supone la pertenencia a algo (un club, periódico, seguro, comunidad, etc.) Un ejemplo es el caso del videojuego Second Life.

⁴⁶ Freemium/Premium: consiste en un modelo que ofrece algún producto o contenido de manera gratuita, mientras que para tener acceso a otra parte de los contenidos hay que pagar (el modelo Premium). Muchas veces este modelo incluye publicidad o marketing agregado a los contenidos (o sólo en los modelos Freemium), a fin de que sustenten el negocio junto con los usuarios Premium. Es el caso de Spotify, Skype, iCloud, Dropbox, entre muchos otros.

⁴⁷ Por publicidad insertada: es otra versión del modelo Freemium/Premium. Consiste en ofrecer contenido gratuito pero con publicidad insertada en los eBooks, frente al servicio Premium, sin publicidad y con otras ventajas.

⁴⁸ Acceso abierto (Open Access): se refiere a todo tipo de acceso sin necesidad de suscripción previa o pago. Suele utilizarse para ofrecer material de tipo educativo, científico o académico que está en relación directa con la gestión de adquisiciones y préstamos en las bibliotecas. Nuevos modelos de negocio en la era digital, LIBER, 2014. Disponible en: <http://bit.ly/1tdtTlv>

6.1 Definir precisamente el concepto de servicio Over-the-Top” en caso de decidir regularlo

Las definiciones de servicios OTT que se conocen hoy en día abarcan una gran cantidad de servicios variados y radicalmente distintos en cuanto a procedimientos, prestaciones y modelos económicos. Con las distintas definiciones actuales, servicios como los ofrecidos por Netflix o Facebook podrían ser regulados de la misma manera, a pesar de sus radicales diferencias.

La falta de claridad en la definición del concepto otorga discrecionalidad al Estado para decidir, incluso arbitrariamente, qué reglas se aplican a determinados contenidos o servicios y discriminarlos de otros similares o incluso iguales. Esta facultad debería ser lo más restrictiva posible, por las obvias consecuencias negativas que ello traería en términos de libertad.

Para suplir la deficiencia terminológica, algunos países han optado por agrupar determinados servicios OTT de acuerdo a la función que cumplen, por ejemplo. Así, en países como Hong Kong, Singapur y Estados Unidos, los reguladores han diferenciado específicamente los servicios sustitutos de la telefonía tradicional de los servicios emergentes⁴⁹, estableciendo para ellos una regulación particular. En el caso de Singapur, por ejemplo, la regulación no requiere que todos los proveedores de servicios OTT ofrezcan acceso a servicios de emergencia, pero requiere que quienes no lo provean informen al usuario al respecto⁵⁰.

6.2 Fomentar el acceso universal a internet

El Estado debe asegurar que la regulación en cualquier caso no genere consecuencias perjudiciales para el acceso de los ciudadanos a internet, entendido no solo como el acceso a la infraestructura, sino como el conjunto de aptitudes requeridas para acceder plenamente a la red, incluyendo la accesibilidad de los contenidos, alfabetización digital, pluralidad de lenguajes, asequibilidad, etc.

Los Estados tienen la obligación de promover el acceso universal a internet a fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la libertad de expresión y de otros derechos humanos fundamentales, tales como el derecho a la educación, a la atención de la salud y el trabajo, el

⁴⁹ Asia Internet Coalition, *Smart Regulation for OTT Growth*, October 2015, p. 7. Disponible en: <http://bit.ly/1mT2e3K>

⁵⁰ *Ídem*.

derecho de reunión y de asociación, y el derecho a elecciones libres⁵¹. En palabras de la Asamblea General de la OEA, “*las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) son cruciales para el desarrollo político, económico, social y cultural, así como un factor esencial para la reducción de la pobreza, la creación de empleo, la protección ambiental y para la prevención y mitigación de catástrofes naturales.*”⁵²

La regulación en materia de servicios OTT debe considerar el rol fundamental que tiene internet hoy en día tanto para las comunicaciones como para la participación pública, y la consecuente obligación de promover su acceso universal. Las obligaciones establecidas por los Estados a los servicios OTT no deberían constituir una barrera en el acceso universal a internet, sino propender y coadyuvar al cumplimiento del objetivo de acceso universal. Establecer obligaciones regulatorias desproporcionadas o innecesarias a los servicios OTT podría implicar la imposición de barreras que pueden impactar en la naturaleza abierta de internet, fragmentándola e imposibilitando el acceso de usuarios a contenido valioso⁵³.

En este sentido, la CIDH ha expresado, por ejemplo, que si un Estado decidiera imponer obligaciones de registro u otros requisitos a los proveedores de servicios en internet, las mismas podrán considerarse legítimas sólo si superan la prueba establecida por el derecho internacional para las restricciones a la libertad de expresión, resumidas en el test tripartito⁵⁴, previamente mencionado.

Dadas las características particulares de internet, la regulación de los servicios OTT puede incidir e impactar negativa o positivamente en la innovación, el crecimiento económico y la

⁵¹ 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), *supra* nota 26, Punto 6. a).

⁵² OEA, Asamblea General, *Utilización de las Telecomunicaciones/Tecnologías de la Información y la Comunicación para crear una sociedad de la información integradora*, AG/RES. 2702 (XLII-O/12), 4 de junio de 2012.

⁵³ Asia Internet Coalition, *supra* nota 22, p. 4.

⁵⁴ 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), *supra* nota 26, Punto 6. d).

disponibilidad de los servicios en el país. La regulación tradicional en general, por ejemplo, impone altos costos a la entrada y requerimientos locales específicos⁵⁵. Si se siguiera ese modelo, desincentivado por las Relatorías Especiales en Libertad de Expresión de la ONU y de la CIDH, cada país podría establecer sus propias reglas para proteger a sus operadores o usuarios, imponiendo barreras para la obtención de productos innovadores⁵⁶. De ahí que deba atenderse al objetivo de acceso universal y a la naturaleza de internet al momento de debatir cuestiones regulatorias en materia de OTTs.

6.3 Respetar el principio de neutralidad de la red

La neutralidad de la red es *“el principio según el cual el tráfico de Internet debe ser tratado con igualdad, sin discriminación, restricción o interferencia independientemente de su remitente, destinatario, tipo o contenido, para que la libertad de elección de los usuarios de Internet no esté restringida por favorecer o desfavorecer la transmisión de tráfico de Internet asociado con determinado contenido, servicios, aplicaciones o aparatos.”*⁵⁷ Aun cuando no existe una definición unívoca sobre el concepto de neutralidad de la red, al menos hay consenso sobre un piso común: la neutralidad incluye la no discriminación de contenidos, la garantía de no bloqueo y la libertad de uso de dispositivos⁵⁸.

Los contenidos deben ser tratados de igual forma por los proveedores de infraestructura, sin importar el origen o el tipo de contenido de que se trate⁵⁹. Además, los consumidores deben poder acceder a servicios y contenidos de su elección en forma gratuita vía internet público⁶⁰. Por lo tanto, *“no debe haber discriminación, restricción, bloqueo o interferencia en la transmisión del tráfico de Internet, a menos que sea estrictamente necesario y proporcional*

⁵⁵ Asia Internet Coalition, *supra* nota 22, p. 4.

⁵⁶ *Ídem*.

⁵⁷ Dynamic Coalition on Network Neutrality, “Model Framework on Network Neutrality”, disponible en inglés en: <http://bit.ly/2fy6Oi0>, y en español en <http://bit.ly/1QFWbaC>

⁵⁸ Cortés Castillo, Carlos, *La neutralidad de la red: la tensión entre la no discriminación y la gestión*, en “Internet y derechos humanos: aportes para la discusión en América Latina”, Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE), Buenos Aires, febrero de 2014, pp. 30 y 31.

⁵⁹ Ganuza, Juan José y Viegens, María Fernanda, *supra* nota 9, p. 10.

⁶⁰ Ganuza, Juan José y Viegens, María Fernanda, *supra* nota 9, p. 74.

*para preservar la integridad y seguridad de la red.*⁶¹ El objetivo es poder contar con una internet abierta, rápida y justa.

El principio de neutralidad de la red *“debe ser aplicado hacia todos los servicios de acceso a Internet ofrecidos por ISPs, sin discriminar contra la tecnología subyacente utilizada para transmitir las señales.”*⁶² Dicho principio constituye una garantía para que las empresas que entren a un nuevo mercado en internet puedan competir en forma leal con empresas grandes que ya estén en funcionamiento⁶³. Este tipo de medidas podría disminuir la innovación en ciertos sectores, en tanto desaparecen los incentivos para generar productos o servicios nuevos si no existen medios adecuados para garantizar el acceso a los mismos *online*. De no definir y establecer como principio la neutralidad de la red en la legislación, los operadores de internet fijos y móviles, que proveen a los usuarios la conexión a internet a través de la cual se ofrecen los servicios en línea, podrían contar con los incentivos y las habilidades para regular o bloquear a los servicios en línea que constituyan una amenaza comercial a sus propios servicios, como los de mensajería o VoIP⁶⁴.

La Declaración Conjunta sobre libertad de expresión en internet, alertada sobre estos riesgos, dispone que *“Se debe exigir a los intermediarios de Internet que sean transparentes respecto de las prácticas que emplean para la gestión del tráfico o la información, y cualquier información relevante sobre tales prácticas debe ser puesta a disposición del público en un formato que resulte accesible para todos los interesados.”*⁶⁵ No respetar el principio de neutralidad de la red podría otorgar un gran nivel de control y discrecionalidad a los ISPs para discriminar ciertos tipos de contenidos y opiniones, sea por motivos económicos, políticos, o de cualquier otra índole. Esta discrecionalidad podría perjudicar a la sociedad toda, privándola

⁶¹ OEA, CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *supra* nota 38, párr. 30.

⁶² Dynamic Coalition on Network Neutrality, *supra* nota 58.

⁶³ Mahanagar Doorsanchar Bhawan, Jawahar Lal Nehru Marg; Organismo Regulador de Telecomunicaciones de India, *Consultation Paper on Regulatory Framework for Over-the-Top (OTT) services*, Documento de consulta N° 2/2015, 27 de marzo de 2015, Nueva Delhi, p. 78.

⁶⁴ Ganuza, Juan José y Viegens, María Fernanda, *supra* nota 9, p. 75.

⁶⁵ 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), *supra* nota 26, Punto 5. b).

de opiniones e ideas, y a los usuarios en su individualidad, en tanto podría negarse la difusión de expresiones contrarias a las opiniones generales, masivas o de la mayoría.

Si bien algunos proveedores de internet han expresado su intención de generar un esquema de precio adicional por el acceso a internet y tasas diferenciales para otorgar prioridad a cierto contenido⁶⁶ (generalmente con el argumento de que los productores de contenido aprovechan la infraestructura sin pagar por ella y sus servicios amenazan a los tradicionalmente provistos por ellos⁶⁷), este tipo de esquemas podría tener efecto negativo en la sociedad,⁶⁸ precisamente porque habilitaría la promoción o degradación de determinados servicios en claro contraste con el principio de neutralidad.⁶⁹

Países como Estados Unidos, Brasil y Europa en general han dictado leyes que resguardan la neutralidad de la red⁷⁰. En Estados Unidos, por ejemplo, la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC, por sus siglas en inglés) lanzó en marzo de 2015 sus nuevas reglas de internet sobre la base del Título II del *Communications Act* de 1934 y la Sección 706 del *Communications Act* de 1996. Estas reglas fortalecen el concepto de neutralidad de la red en ese país, y aplican tanto para servicios de internet fijos y móviles⁷¹. Estas reglas son:

- **No bloqueo:** los proveedores de servicio no podrán bloquear el acceso a contenido legal, aplicaciones, servicios o a dispositivos no dañinos.
- **No regulación:** los proveedores de servicio no podrán afectar o degradar el tráfico legal de internet sobre la base de contenido, aplicaciones, servicios o dispositivos no dañinos.
- **No priorización paga:** los proveedores de servicio no podrán favorecer a algún tráfico de internet legal sobre otro tráfico a cambio de cualquier tipo de consideración – es decir, no debe haber “carriles rápidos”. Esta regla también prohíbe a ISPs priorizar contenido y servicios de sus afiliados.⁷²

⁶⁶ Ganuza, Juan José y Viegens, María Fernanda, *supra* nota 9, pp. 11.

⁶⁷ Ganuza, Juan José y Viegens, María Fernanda, *supra* nota 9, pp. 10 y 11.

⁶⁸ Ver el Reglamento (UE) 2015/2120 recientemente aprobado por la Unión Europea sobre neutralidad de la red: <http://bit.ly/2ckebyv>

⁶⁹ ONU, *La nueva regulación digital: de la Internet del consumo a la Internet de la producción*, eLAC 2018, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), julio de 2015, p. 85.

⁷⁰ Ganuza, Juan José y Viegens, María Fernanda, *supra* nota 9, p. 75 y 76.

⁷¹ Mahanagar Doorsanchar Bhawan, Jawahar Lal Nehru Marg, *supra* nota 64, p. 64.

⁷² Mahanagar Doorsanchar Bhawan, Jawahar Lal Nehru Marg, *supra* nota 64, p. 64.

En Argentina, la neutralidad de la red está consagrada en la Ley Argentina Digital de 2014 y está vagamente mencionada en los Principios publicados por la Comisión redactora para la nueva ley de comunicaciones convergentes. Es fundamental que se establezca y garantice expresamente la neutralidad de la red para proteger y promover la libertad de expresión en internet.

6.4 Respetar la privacidad y fomentar la transparencia

La ONU ha previsto que “(...) toda captura de datos de las comunicaciones es potencialmente una injerencia en la vida privada y, además, la recopilación y conservación de datos de las comunicaciones equivale a una injerencia en la vida privada, independientemente de si posteriormente se consultan o utilizan esos datos.”⁷³ Cualquier regulación de servicios OTT debe atender a la necesidad de respetar la privacidad de las personas y fomentar la transparencia de las acciones del Estado.

Atendiendo a los distintos motivos por los cuales puede querer regularse los servicios OTTs, incluyendo motivos que hacen a la seguridad interior y a la protección e investigación del delito, conviene destacar la importancia de garantizar el derecho a la privacidad tanto en internet como fuera de ella. La interceptación de las comunicaciones en internet sólo debe ser permitida bajo orden judicial competente, en cumplimiento de las garantías del debido proceso. En este sentido, y tal como establece el Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, “(...) el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos también ha instado a las empresas del sector de la información y las comunicaciones a que revelen los riesgos y las exigencias de los Gobiernos de manera transparente. (véase A/HRC/27/37) (...) Las obligaciones en materia de transparencia empresarial pueden incluir también el deber de revelar los procesos e informes relativos a la aplicación de las condiciones de servicio y las solicitudes privadas de regulación de contenido y de datos de usuarios.”⁷⁴ Es decir, según las obligaciones de las empresas en materia de derechos humanos, aquellas que brinden servicios OTT deberían publicar estadísticas de los pedidos de interceptación, en caso de que haya habido, en aras de lograr una mayor transparencia.

⁷³ ONU, Asamblea General, *El derecho a la privacidad en la era digital*, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/27/37, 30 de junio de 2014, párrafo 20.

⁷⁴ ONU, Asamblea General, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*, A/HRC/32/38, 11 de mayo de 2016, párr. 12.

Además, al regular estos servicios conviene que se establezca legalmente una obligación de transparencia por parte del Estado y de las empresas de servicios OTT respecto al tratamiento de los datos personales, a efectos de que los mismos no se utilicen con fines distintos de aquellos para los que los usuarios brindaron su consentimiento.

6.5 Promover modelos que fomenten la libertad de expresión y no la restrinjan

Es importante tener en cuenta que cualquier servicio OTT es ofrecido en internet, un medio que tiene características propias y distintas a las de otros medios tradicionales. La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH sostuvo que las limitaciones a la libertad de expresión en internet deben considerar las consecuencias que dicha limitación trae aparejadas para el ciberespacio en su conjunto.⁷⁵ Modelos regulatorios que habilitan el bloqueo a ciertos dominios y aplicaciones, por ejemplo, podrían ser perjudiciales para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Internet debe ser un espacio abierto que promueva la difusión de información e ideas, y la solución regulatoria debe tener en cuenta estas características particulares.

Tal como fue mencionado anteriormente, la Declaración Conjunta sobre libertad de expresión e internet establece que, dado el carácter plural y abierto de internet, una medida que determine el bloqueo obligatorio de sitios web, direcciones IP, puertos, protocolos de red o ciertos tipos de usos debe ser extrema⁷⁶. Por lo tanto, la regulación de servicios OTT podrá considerar el bloqueo sólo para casos sumamente excepcionales, ya que implica la privación de un medio esencial para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y otros derechos fundamentales.

⁷⁵ OEA, CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *supra* nota 38, párr. 53. 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), *supra* nota 26, párrafo 3) a.

Aquí es importante mencionar nuevamente el caso reciente del proyecto de ley de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (**proyecto de ley D-2298**) que otorgaba a diversas autoridades locales el poder de bloquear de nombres de dominio y de aplicaciones. En el caso en cuestión, organizaciones de la sociedad civil sostenían que “(...) el proyecto de Ley de Presti pone en serio riesgo esta herramienta [internet] al permitir que autoridades administrativas -entre ellas la fuerza policial- pueda censurar contenido para prevenir contravenciones locales. También otorga este poder a auxiliares de la justicia y a fiscales, generando masivas oportunidades para la fragmentación de Internet.” Asimismo, entre otros puntos, la carta presentada por organizaciones de la sociedad civil sostiene que “(...) los pactos de Derechos Humanos que protegen la Libertad de Expresión tienen rango constitucional y que por tanto, la restricción de contenidos debe adecuarse a estos estándares. Como lo explicamos en nuestra Carta, este proyecto no cumple con ninguno, siendo especialmente peligroso en relación a la investigación de las actividades que todos los usuarios realizamos conectados a la red.” Ver: <http://bit.ly/2bSdRHU>

⁷⁶ Ver “Internet plural y abierta – Principios fundamentales para la regulación” en <http://bit.ly/1XksnIW>

Conviene que la prioridad en la elección de modelos de regulación de la comunicación se centre en el usuario de los servicios. Cuanto menos costoso sea el servicio, mayor será el acceso que tendrán los consumidores y así podrán ejercer su derecho a la libertad de expresión, plenamente aplicable a las comunicaciones, ideas e informaciones que se difunden y acceden a través de internet⁷⁷. En general, los servicios OTT tienen menos barreras de entrada y menores costos, por lo que los precios que deben pagar los consumidores suelen ser menores que aquellos ofrecidos por los servicios de comunicación tradicionales.

6.6 Fomentar la inversión y el avance tecnológico

Aun cuando el surgimiento de servicios OTT podría generar consecuencias negativas en algunos sectores, *“a lo largo de la historia, toda revolución tecnológica ha tenido “ganadores” y “perdedores”, y lo que finalmente debe ser tenido en cuenta es el efecto sobre el bienestar agregado de la sociedad. Por consiguiente, los gobiernos deberían facilitar este proceso y no instrumentar medidas que pudieran entorpecerlo (...) Una buena política económica y regulatoria debería, sin duda, asegurar y potenciar estas posibilidades en la sociedad.”*⁷⁸

Por lo tanto, una regulación con esta perspectiva debe tener en cuenta, principalmente, el impacto que las medidas puedan tener en la inversión del país y en el desarrollo de avances tecnológicos. Por ejemplo, estipular medidas como la necesidad de registro de las empresas que brindan servicios OTT podría constituir un impedimento en el desarrollo tecnológico del país y, ulteriormente, perjudicar a los consumidores, lo que no es recomendable como regulación.

⁷⁷ OEA, CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *supra* nota 38, párr. 2. 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), *supra* nota 26, párrafo 1) a.

⁷⁸ Ganuza, Juan José y Viéens, María Fernanda, *El desafío de los contenidos y servicios over-the-top*, en Banda Ancha en América Latina: más allá de la conectividad, CEPAL, febrero de 2013, p. 349. Disponible en: <http://bit.ly/2fCFIUH>

7. Conclusiones

Este trabajo se ha abocado principalmente a sistematizar y desarrollar los principios que conviene tener en cuenta al diseñar regulación en la materia, particularmente a la luz del régimen nacional e internacional de derechos humanos. Los principios propuestos tienen vocación general, sin perjuicio de las prioridades y particularidades locales que el Estado pueda tener o contemplar al momento de regular.

Como se ha destacado a lo largo de este artículo, en la actualidad no hay normativa clara en relación con los servicios OTT. De hecho, hoy en día no hay una definición exacta del término ni desde lo técnico ni desde lo normativo. En este contexto resulta clave priorizar la definición del objeto a regular, teniendo en cuenta que los servicios OTT se ofrecen en internet, un medio y plataforma para el ejercicio de derechos humanos, con características únicas y particulares, como la apertura, descentralización, pluralismo, entre otras. La regulación de OTTs debe atender a la naturaleza de internet, su importancia para el desarrollo y ejercicio pleno de los derechos humanos, y sus particularidades técnicas, sobre todo al momento de evaluar la proporcionalidad de las medidas regulatorias propuestas respecto de los objetivos legítimos que dichas medidas puedan perseguir.