

MERCEDES FUERTES

NEUTRALIDAD DE LA RED:  
¿REALIDAD O UTOPIÍA?

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2014

# ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
<b>PRÓLOGO</b> .....	9
<b>CAPÍTULO I. DEL ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LOS DEBATES</b> .....	17
I. LOS PREÁMBULOS NORTEAMERICANOS .....	18
II. LA INCESANTE ACTIVIDAD DE LAS INSTITUCIONES EUROPEAS.....	31
III. CONCRETAS PROPUESTAS NACIONALES .....	48
<b>CAPÍTULO II. LA ODISEA EN BUSCA DE TÍTULOS JURÍDICOS DE PROTECCIÓN</b> .....	57
I. ELUDIENDO CORRIENTES Y OTROS TORBELLINOS .....	57
1. Los rápidos de la velocidad .....	58
2. Cantos de sirenas de precios.....	59
3. Los vientos que se agitan con sueños de ganancias.....	64
4. Frente al horizonte del mar abierto, la perspectiva de tantas islas .....	68
5. ¿Son parásitos los cíclopes?.....	72

	Pág.
6. ¿Existió alguna vez la neutralidad? .....	74
7. Más que una neutralidad «tecnológica» .....	78
<b>II. RAZONES PARA MANTENER EL TIMÓN DE LA NEUTRALIDAD</b> .....	<b>80</b>
1. La herencia de los servicios públicos .....	80
2. El principio general de no discriminación .....	84
3. La quilla de los derechos fundamentales .....	87
4. La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas .....	89
5. El riesgo del deslumbramiento norteamericano .....	94
6. Los peligros de las desviaciones.....	96
 <b>CAPÍTULO III. OBLIGACIONES PÚBLICAS QUE DERIVAN DEL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD</b> .....	 <b>99</b>
I. PROHIBICIÓN DE BLOQUEO .....	100
II. RESTRINGIR LAS PERTURBACIONES .....	114
III. MÍNIMAS CONDICIONES DE CALIDAD .....	116
IV. GESTIÓN RAZONABLE SIN DISCRIMINACIÓN .....	120
V. LA INFORMACIÓN VERAZ.....	129
VI. «NO SIN CONSENTIMIENTO PREVIO» .....	131
 <b>CAPÍTULO IV. GARANTÍAS DE SEGURIDAD QUE HA DE OFRECER LA ADMINISTRACIÓN</b> .....	 <b>135</b>
 <b>CAPÍTULO V. DÉBILES INSTRUMENTOS PARA DEMANDAR NEUTRALIDAD</b> .....	 <b>147</b>
 <b>ALGUNAS REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	 <b>157</b>

## PRÓLOGO

Internet nos ha cautivado. Nadie podía imaginar en su inicial presentación que las relaciones sociales cambiarían —y cambiarán— tanto. Que morder ese fruto abriría de tal manera los ojos y la curiosidad hacia un nuevo mundo. Que, aunque sigamos con ciertas pautas de comportamiento similares —porque desgraciadamente las personas persistimos en los mismos errores y desastres—, sin embargo, tratamos de estar «conectados»: la mayor parte de nuestro tiempo nos ponemos al alcance de cualquier llamada e interrupción, nos desenvolvemos en medio de una maraña de redes, pensamos que todo está «accesible» a través de Internet y que sin la correspondiente «aplicación» no se puede avanzar. La comunicación se realiza a través de Internet, en Internet buscamos información, los aparatos ya disponen de un código de identificación (el denominado «Internet de los objetos») para facilitar datos específicos y tratar de mejorar su funcionamiento o la gestión de distintos servicios. Las principales infraestructuras dependen de la programación que se realiza de modo telemático y, por ello, son objeto de una especial atención. Se las califica como «críticas» o «estratégicas» con el fin de evitar que una incidencia o su paralización genere, de manera automática, sucesivos problemas de abastecimiento, de interrupción de servicios esenciales y básicos, de prestaciones indispensables para la vida de los ciudadanos, de graves riesgos a la seguridad pública. Con muchas empresas la relación es únicamente a través de Internet: las facturas son electrónicas y sus utensilios y cachivaches sólo funcionan si los hemos dado de alta en la correspondiente página web de la empresa.

Sin acceso a Internet se empiezan a perder oportunidades... Incluso, hay quien cree que todo lo que es, lo es a través de Internet, y lo que no, simplemente no existe, materializando *El Aleph* de Jorge Luis Borges. Mucho nos ha cambiado Internet. Quizá llegue a impulsar transformaciones en los paradigmas sociales, pues hay quien se atreve a anunciar «ciberutopías»<sup>1</sup>.

Es cierto que otros grandes descubrimientos condujeron a fabulosas reformas sociales, porque la Historia de la Humanidad se puede contar a través de las consecuencias que han ido aportando nuevos inventos y hallazgos... Pero tales cambios han sido localizados en un ámbito, por muy amplio que sea, como el del desarrollo económico con la electricidad o el del régimen de los salarios a raíz del diferente modo de concebir el trabajo. Podría seguir con otros ejemplos y tendrá muchos más en la cabeza el lector. Si destaco la diferencia que supone Internet frente a tantos inventos y movimientos es porque está originando una transformación social en prácticamente todos los aspectos de la vida. En las redes hay ideas, la comunicación y la información se multiplica, acelerando todo en trepidante taquicardia. Es una nueva sociedad la que está inmersa en Internet. En otras palabras, más que destacar la trascendencia del propio hallazgo, Internet tiene relevancia como una potentísima palanca de cambio, porque otros descubrimientos y movimientos se ven impulsados como nadie pudo imaginar a través de las redes.

Si la caída del Imperio Romano o el descubrimiento de América, según la más común historiografía, abrieron sendas puertas para bautizar un nuevo periodo histórico de la Humanidad, en mi modesto entender la generalización de Internet nos ha hecho entrar en otra nueva era. Exigirá repensar las relaciones sociales y las instituciones jurídicas, desde los trazos más elementales del sistema político hasta las construcciones jurídicas más afinadas.

---

<sup>1</sup> Entre la abundante bibliografía existente, sirva la remisión a la obra de M. CASTELLS, en especial su trilogía *La era de la información*, cuyo primer volumen resulta indispensable para advertir las consecuencias de la transformación tecnológica: *Economía, sociedad y cultura. La sociedad en red*, Madrid, Alianza, 2005; o E. DANS, *Todo va a cambiar. Tecnología y evolución: adaptarse o desaparecer*, Deusto, 2010. Sin embargo, las actuales tendencias están poniendo en duda algunas ilusiones, como han explicado Jonathan ZITTRAIN, *The Future of the Internet* (disponible en <http://futureoftheinternet.org/>); o Evgeny MOROZOV, *El desengaño de Internet. Los mitos de la libertad en la red*, Barcelona, Destino, 2012.

No es que crea que gracias a Internet se alcanzará una utopía de organización social tan deseada. En absoluto. Las libertades públicas han sido «tocadas» por Internet.

Resulta innecesario presenciar la tragedia de una guerra o vivir sometido a una dictadura para sentir que, desde Internet, proceden en la actualidad dolorosos zarpazos a la limitación de los derechos y libertades públicas.

En Internet hay censuras procedentes de algunos Gobiernos, pero incluso en las sociedades democráticas y civilizadas, Internet ofrece una faz oscura al ser una potente herramienta para consumir muchos delitos. La lesión a los intereses personales y patrimoniales se multiplica por su rápida difusión. Aparecen nuevos «partisanos» o grupos de justicieros anónimos; se producen violaciones a la intimidad de nuestras conversaciones y mensajes; hay programas espías que persiguen cualquier comunicación o voluntarias alteraciones de la comunicación originando lentitud y conexiones fallidas; se propagan virus informáticos más letales que las grandes pestes que en la Historia se han sucedido; hay «gusanos» y «troyanos» que se introducen en los ordenadores personales para pudrir o dañar mucha documentación; existen «registradores de teclas» que permiten conocer las contraseñas que utilizamos; hay ataques que convierten a los ordenadores en una especie de «zombis» y quedan bajo el control de otro para multiplicar las campañas de acoso; hay actuaciones sobre la información que instituciones, empresarios o personas publican a través de sus páginas web, los denominados «ataques de denegación de servicio», que consiguen la parálisis e, incluso, cambian el contenido, o desvían la atención hacia otros lugares bien distintos; hay suplantaciones de la personalidad; hay campañas de desprestigio cuya rapidez se extiende pugnando con la velocidad de la luz; hay «ciberacosos» que terminan en desgraciadas tragedias; hay robo de datos personales y económicos, hay un mercado internacional de datos hurtados<sup>2</sup>...

---

<sup>2</sup> Las historias que se trenzan en las novelas, como la participación de Lisbeth Salander en una agrupación de *hackers* que robaban y negociaban con tarjetas de crédito no están sólo en la mente creativa de los escritores. Muchas obras de documentación recogen ya los casos concretos, como la de Misha GLENNY, *El lado oscuro de la red. La nueva mafia del ciberespacio*, Barcelona, Destino, 2012; o el Informe de la empresa seguridad Trend Micro sobre el comercio clandestino del cibercrimen. Es más, en los últimos meses hemos presenciado una preocupante escalada de «ataques» como los padecidos por los grandes medios de comunicación americanos, según se afirma en el In-

Y el daño se multiplica porque el escenario es el inmenso universo de Internet y porque cada vez, como he adelantado, nuestras relaciones se desarrollan más a través de la red. Los servicios públicos y las infraestructuras dependen mucho más de Internet.

Pero si estos riesgos son preocupantes, la alternativa de que las «huellas» en Internet permitan la posibilidad de un gran conocedor y supervisor de las comunicaciones también aterra, porque reproduciría el «panopticon» de Jeremy BENTHAM o la novela *1984* de George ORWELL. ¿Puede garantizarse el libre desarrollo de la personalidad en una sociedad permanentemente vigilada?

Es más, junto a los riesgos derivados de los comportamientos dentro de las redes, también existen riesgos sobre la propia estructura de Internet, ya que hay quien ataca a las redes, quiebra el sistema, su integridad y la seguridad general.

Se me dirá que todas estas actuaciones son sólo fruto de nuestra naturaleza humana. De las debilidades y maldades que durante siglos van integrando nuestra representación en el gran teatro del mundo. Se me dirá que muchos de estos ataques han de ser reconducidos a las clásicas instituciones de protección jurídica. Y no niego que algunas de las técnicas que durante décadas han puesto en pie los juristas para proteger los derechos y libertades públicas, para exigir las responsabilidades civiles, administrativas o penales oportunas, puedan ayudar a contrarrestarlos<sup>3</sup>.

Es cierto que se están haciendo grandes esfuerzos desde la doctrina para responder a los nuevos problemas que la tecnología introdu-

---

forme Mandiant, a raíz de los reportajes sobre las ganancias multimillonarias de los parientes del primer ministro chino; ataques a determinadas infraestructuras energéticas, aeronáuticas y tecnológicas norteamericanas singularizadas en su XII Plan Quinquenal; la sustracción de datos en Global Payment que afectó a varias entidades financieras y a las tarjetas de crédito vinculadas; también se ha considerado una agresión cibernética las grandes pérdidas de la bolsa de Nueva York a mediados de abril originadas a través de la difusión de manera consciente de una falsa noticia; del mismo modo Twitter reconoció que había sufrido un «sofisticado ataque» en más de 250.000 cuentas... lo que ha dado lugar a un impulso de la controvertida legislación sobre protección y compartición en ciberinteligencia, la *Cyber Intelligence Sharing and Protection Act*, que pretende que las empresas privadas compartan sus datos con el Gobierno para evitar «ciberataques». Algo que incidiría en las reglas de privacidad entre las empresas y sus clientes.

<sup>3</sup> Así lo expliqué en mi trabajo «Internet: la paz del camino», *El Cronista*, núm. 37, mayo de 2013, pp. 62 y ss.

ce en las relaciones jurídicas. Se tipifican delitos ante los atentados a la integridad de los sistemas informáticos, se añaden otros de hurto de soportes digitales, de utilización fraudulenta de equipos, de falsificación informática, de intrusismo informático, etc.<sup>4</sup>. Sin embargo, estos instrumentos me parecen todavía insuficientes. La tradicional respuesta jurídica frente a los graves ilícitos penales, esto es, la pena de privación de libertad que puede conllevar la prohibición de acceso a Internet, no parece la más adecuada para corregir el comportamiento de personas, quienes, en bastantes ocasiones, son agudos matemáticos e informáticos que no han perseguido el lucro personal sino el capricho de superar barreras o muros de seguridad informática<sup>5</sup>.

El Derecho está acostumbrado a sopesar los tiempos. Es lógico. Cualquier análisis o decisión lleva su estudio. Las actuaciones procedimentales requieren también su tiempo, que normalmente se cuenta por días o por meses. Cuesta por ello reaccionar ante conductas que se propagan y multiplican en segundos. Y con una circunstancia agravante: aparentemente no hay fronteras. El poder coercitivo de los Estados se detiene en el límite de su territorio y ha de conseguir la colaboración de otros Estados para perseguir los saltos tecnológicos entre servidores alojados en distintos países o, en la metáfora que se ha generalizado, de esa nebulosa o «nube» inaccesible para muchos y que tanta información acoge.

Piénsese que estamos ante un nuevo sistema donde se prefieren los derechos privados de uso frente a la titularidad dominical que fue, no lo olvidemos, el motor de grandes cambios en otras épocas<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Son importantes los estudios criminológicos que se están difundiendo y relevante la obra que está surgiendo desde la doctrina penal para atender a los delitos informáticos. Entre la mucha bibliografía sobre estas cuestiones sirva la remisión a una de las obras más reciente que he consultado, el libro colectivo dirigido por José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Derecho penal informático*, Madrid, Civitas, 2012.

<sup>5</sup> Conviene anotar cómo pueden introducirse otras sanciones. Por ejemplo, la anterior Comisión del Mercado de Telecomunicaciones publicó en su página web la noticia que le requería un juzgado de Huelva. Y es que se había impuesto como regla de comportamiento al condenado, con apoyo en el art. 83 del Código Penal «la cancelación de la contratación de cualquier contrato de acceso a internet, bien asociado a números de telefonía fija o móvil, durante el plazo de condena, incluidos los actualmente mantenidos por él hasta el momento», de tal modo que era necesario dar a conocer a todas las empresas operadoras dicha prohibición.

<sup>6</sup> No es este el momento para seguir el hilo de esos interesantes asuntos por los interrogantes jurídicos que suscitan. Recuerdo sólo la negativa de muchas empresas y

Y en el ámbito del Derecho público también se apuntan grandes cambios. Con la generalización de Internet no se desenvolverá de igual manera el sistema democrático, por la sencilla razón de que choca con la inmediatez de las comunicaciones las convocatorias electorales basadas en llenar unos pabellones deportivos, así como que los representantes elegidos se reúnan en asambleas legislativas sin mayor relación con sus votantes. Ni tampoco podrán tramitarse con los mismos pausados tiempos muchos procedimientos administrativos, con plazos que se cuentan por meses cuando la comunicación telemática permite una mayor agilidad. Y qué decir de los procesos judiciales cuyos tiempos se extienden durante años. Ni tampoco será igual la participación ciudadana en los planes o proyectos de obras, por la información que se puede facilitar; ni la gestión municipal de tantos servicios debido a la programación que facilita el Internet de las cosas; ni la prestación de otros servicios como la sanidad o la educación e investigación por la facilidad de la comunicación a distancia que impulsa Internet... Lo estamos advirtiendo en los estudios universitarios, con la posibilidad de seguir las enseñanzas de destacados profesores de relevantes universidades mundiales.

Muchas instituciones jurídicas cambiarán al contar que estamos inmersos en Internet. Mucho habrá que estudiar para repensar los instrumentos de una nueva era, pues variados son los nuevos interrogantes y desde hace años los juristas estamos tratando de aprestar nuestros conocimientos<sup>7</sup>.

---

servidores de Internet a reconocer que los bienes que adquieren los internautas son en concepto de propiedad, admitiendo sólo un derecho de uso que no se puede transmitir.

<sup>7</sup> Entre la ingente bibliografía que se publica es de justicia citar la temprana sistematización que ofreció Santiago MUÑOZ MACHADO con el libro *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Madrid, Taurus, 2000, completada luego por otros muchos artículos como «La libertad y el poder en la gran telaraña mundial», en E. GÓMEZ REINO (dir.), *Telecomunicaciones, infraestructuras y libre competencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 55 y ss., o «La república del ciberespacio» en *El Cronista*, núm. 10, 2010, pp. 78 y ss. Decenas de trabajos se han publicado sobre aspectos jurídico públicos de Internet. Sirva la referencia al artículo de J. C. LAGUNA DE PAZ, «Internet: aspecto de su régimen jurídico-público», *REDA*, núm. 113, pp. 5 y ss., así como a los que recoge ya una revista específica *Revista de Internet, Derecho y Política*. Desde la perspectiva de las relaciones privadas, es también muy recomendable un ambicioso trabajo de más de mil páginas de Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de Internet*, Madrid, Civitas, 4.<sup>a</sup> ed., 2011; en fin, es también aleccionadora la obra de Pablo GARCÍA MEXÍA, *Derecho europeo de Internet*, La Coruña, Netbiblo, 2009.

Sin embargo, aunque resultan bien interesantes tantos aspectos jurídicos que Internet exige reconsiderar, en este momento pretendo centrarme de manera preferente en un único y específico asunto que se acoge bajo la locución generalizada de «neutralidad de la red». Y ello porque es un elemento fundamental, un aspecto estructural, una auténtica viga maestra que determinará el desarrollo de Internet en un sentido o en otro.

Cómo se entienda ese carácter «neutral» definirá la evolución de Internet, sus reglas y su funcionamiento. Resulta por ello trascendente precisar su esencia, tarea que requiere de lecturas y cierta prudencia al estar, ya que de redes hablamos, bien enredada. Y es que bajo ese mismo vocablo se mencionan distintos contenidos y, sobre todo, saltan chispas de encendidas polémicas.

Para tratar de aprehender una definición y los límites de estos problemas, me ha parecido oportuno optar por la de recorrer desde sus inicios el camino que se ha transitado hasta originarse la polémica y conocer cómo se quiere domeñar por las distintas posiciones enfrentadas ese carácter neutral. Ese es el trayecto que inicio con el siguiente capítulo.



# CAPÍTULO I

## DEL ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LOS DEBATES

La discusión que enciende la expresión «neutralidad de la red» explotó en los Estados Unidos de América alrededor del año 2000 y desde allí se ha extendido a prácticamente todas las democracias occidentales. Es en esos primeros años del nuevo milenio cuando aparecen los primeros estudios —se citan los artículos de L. LESSIG y T. WU como los principales catalizadores—, cuando se multiplican las discusiones y cuando se generaliza la expresión inglesa *neutrality* frente a otras propuestas (caso de *neutering*)<sup>1</sup>.

De ahí que proponga como primera etapa conocer cómo se desenvuelve la controversia en los Estados Unidos para luego girar la mirada y advertir la atención que está teniendo esta cuestión en el ámbito de la Unión Europea. Anticipo que se trata de dos perspectivas distintas, motivadas por las diferentes concepciones jurídicas —cosa que nunca ha sido un obstáculo para acudir al método del Derecho comparado—, que ofrecen singularidades propias ante la diversa con-

---

<sup>1</sup> Sirva la referencia a la conocida carta de L. LESSIG y T. WU, «Ex Parte Submission in CS Docket 02-52», de 22 de agosto de 2003 ([http://www.timwu.org/wu\\_lessig\\_fcc.pdf](http://www.timwu.org/wu_lessig_fcc.pdf)); T. WU, «Network neutrality, broadband discrimination», en *Telecomm & High Tech Law*, núm. 2, 2003, o «Why have a telecommunications law? Anti-discrimination norms in communications», *Telecomm & High Tech Law*, 15, 2006 (accesibles en su página web). Otros primeros estudios se recogieron en el libro *Net neutrality or net neutering. Should broadband Internet services be regulated?*, dirigido por T. M. LEONARD y R. J. MAY, Springer, 2006.

cepción de la iniciativa empresarial y las circunstancias en las que se han desarrollado los mercados de las telecomunicaciones<sup>2</sup>.

## I. LOS PREÁMBULOS NORTEAMERICANOS

La expansión de Internet y el cambio de milenio abrió la polémica sobre su carácter neutral. Desde hacía décadas se discutían los principios o las reglas que debían mantenerse en el desarrollo de las redes y en el desenvolvimiento de los negocios de telecomunicaciones. De ahí que, como tantas otras veces en el discurso jurídico, el análisis de los nuevos problemas considere los precedentes, los criterios que con anterioridad informaban el desarrollo de las redes de comunicación. Somos deudores de la historia.

Es en los años sesenta del pasado siglo cuando la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC) hubo de atender a las cuestiones que generaba el procesamiento de datos a través de las computadoras. Son los años en los que los servicios de defensa y las empresas de comunicaciones empiezan a plantar la semilla del sistema de relación entre ordenadores que será el germen de Internet. Western Union o Autodin (Automatical Digital Network) aparecen, como es bien sabido, entre los primeros protagonistas de ese éxito. También son años en los que se luchaba por romper el monopolio de las comunicaciones telefónicas en la empresa AT&T con el fin de facilitar otras formas de comunicación más rápidas para algunos negocios, caso de las operaciones bursátiles. Surgieron consultas, denuncias y la agencia americana promovió la resolución conocida como *Computer Inquiry I*, que

---

<sup>2</sup> Resulta ocioso insistir en las diferencias y, a la vez, recíprocas influencias entre los Derechos continentales europeos y el Derecho americano como ha destacado la mejor doctrina. Por todos, M. J. HORWITZ, *The transformation of American Law*, Cambridge, Oxford University Press, dos tomos, 1977 y 1992. Pero hay que saber, además, que la regulación en los Estados Unidos ha sido muy dependiente de la protección de los dos grandes monopolios en el teléfono y en el servicio de cable; una estructura muy diversa a la competencia existente en los países de la Unión Europea. Insisten en esas diferencias K. R. CARTER, J. S. MARCUS y C. WERNICK en *Network Neutrality: Implication for Europa*, *WIK Discussionbeitrag*, núm. 314, en especial, pp. 36 y ss.; estos mismos autores junto con P. NOOREN y J. CAVE presentaron un estudio a la Comisión del Mercado Interior y Protección de los Consumidores del Parlamento Europeo en el que insisten en esas diferencias de mercado, *Network Neutrality: Challenges and responses in the EU and in the U.S.*

trató de marcar algunas diferencias en la regulación de los servicios de telefonía con relación a aquellos otros de procesamiento de datos. A la vez, impuso la separación entre las empresas locales de telefonía en régimen de monopolio, de aquellas que podrían implantar y extender la red de comunicaciones de larga distancia. Fuera de este marco quedaban algunos servicios como «híbridos».

Las escuetas previsiones, la indefinición o las dificultades a la hora de interpretar qué debía entenderse por híbrido y, sobre todo, la tensión de sucesivos avances tecnológicos provocaron nuevos requerimientos por parte de las empresas y decenas de resoluciones de la Comisión de Telecomunicaciones y de los Tribunales de Justicia. Entre las que tuvieron mayor relevancia, destaco la sentencia del Supremo que estimó el recurso de la compañía *Southwestern Cable*, pues declaró limitadas las facultades de la citada Comisión para incidir en el régimen jurídico de este sector, porque lo consideró similar a los servicios de radiodifusión<sup>3</sup>. Esta calificación determinó su evolución.

Nuevas consultas durante los años setenta generaron una nueva resolución, la denominada *Computer Inquiry II*, donde emergió la incorporación de un nuevo binomio: el servicio básico, frente a otros servicios, que podrían calificarse en contraposición a los anteriores como mejorados. El básico se centraba en la capacidad de transmisión e implicaba la obligación de las compañías a facilitarlo a cualquier usuario, existiendo cierto control de las tarifas. Una configuración que nos resulta bien conocida. Por el contrario, aquellos servicios calificados como mejorados suponían la combinación de comunicación con el procesamiento de datos, servicios de información, lo que permitía restringir la competencia por parte de las empresas. Tal dicotomía pretendía respetar la distinción establecida en la propia Ley americana de comunicaciones de 1934 que singularizaba el régimen jurídico de las «empresas de transporte público» (*common carriage*). Esto es, aquellos a los que imponía determinadas obligaciones de acceso dirigidas a impedir la discriminación como contrapartida a su situación de monopolio, lo que se fundamentaba en la sección 202 de la Ley<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> *U.S. v. Southwestern Cable Co.*, vol. 392, 157 de 1968.

<sup>4</sup> En virtud de esta previsión se consideró ilegal las actuaciones que generen una discriminación irrazonable en los cargos, las prácticas, los servicios, ya sean directas o indirectas, así como las que generan preferencia irrazonable o perjuicio indebido. Un buen resumen puede aprehenderse en D. LYONS, «Net neutrality and nondiscrimina-

Se fija así un fiel en la balanza como criterio de la Comisión americana, que oscilaba entre dos regulaciones con importantes consecuencias prácticas: ora se inclinaba hacía el plato de los servicios de información, ora hacia el otro plato de los servicios de comunicación.

Interesa recordar que esta legislación había surgido como una derivación de la legislación del transporte ferroviario, circunstancia que quizá haya afectado en cierta manera al desarrollo de los debates. En este sentido se pronuncia B. CHERRY, quien argumenta que en esa legislación existía una confusión del régimen jurídico de la competencia mercantil con las obligaciones de lo que podríamos entender, *servata distancia*, como obligaciones públicas justificadas por la necesaria intervención del poder en los bienes y relaciones privadas, al existir un interés público. Las situaciones calificadas como *public utilities* que la historia explica<sup>5</sup>. Y es que los escándalos de corrupción y las estafas ligadas a la construcción de las líneas ferroviarias impulsaron la aprobación de una Ley de comercio en 1887, con el fin de evitar discriminaciones y exclusiones entre las compañías, fijando obligaciones al transportista (*common carriage*). Entre ellas, la imposibilidad de discriminar a los usuarios, la obligación de ofrecerles el mismo trato, así como a cobrar unas tarifas razonables<sup>6</sup>.

---

tion norms in telecommunications: a historial perspective», *Social Science Research Network*, marzo de 2012 (accesible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2020779](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2020779)).

<sup>5</sup> B. CHERRY, «Misusing network neutrality to eliminate common carriage threatens free speech and the postal system», *Northern Kentucky Law Review*, núm. 483, pp. 505 y ss. Una completa explicación histórica ofrece S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, Iustel, 2011, pp. 771 y ss. del t. IV.

<sup>6</sup> B. CHERRY, *The crisis in telecommunications carrier liability: historical regulatory flaws and recommended reform*, Springer, 1999. Resulta muy interesante conocer el debate durante aquellos años que genera la aprobación de dos leyes, la de comercio interestatal de 1887 y la que lucha contra los monopolios también conocida como *Sherman Act* de 1890. Desde otra perspectiva, la de analizar el régimen de intervención por las agencias de regulación, relata también J. ESTEVE PARDO los conflictos derivados de la instalación del ferrocarril en «La regulación de industria y *public utilities* en los Estados Unidos de América. Modelos y experiencias», en *Derecho de la regulación económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, 2009, pp. 293 y ss. Y una visión de la sociedad americana, de esa época de fácil enriquecimiento y amplia corrupción se obtiene con la conocida novela de Mark TWAIN y Charles DUDLEY WARNER, *La edad dorada*, Tenerife, Baile del Sol Ediciones, 2007.