Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señores Ossandón, García Huidobro, Girardi, Letelier y Matta, que modifica la ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones, en lo relativo al principio de neutralidad en la red.

FUNDAMENTOS E IDEAS MATRICES

La historia del principio de neutralidad de la red nace con el desarrollo de los primeros prototipos de la red pública que hoy conocemos como Internet.

En su génesis en los años finales de la década de 1960 y al inicio de la de 1970, los ingenieros que trabajaban en el proyecto ARPANET, que llevó a desarrollar protocolos para *Internetworking* o interconexión entre distintas redes y que, en corto, los documentos técnicos denominaron "Internet", identificaron uno de los hechos esenciales que describen la naturaleza de esta red pública: la infraestructura por la cual se debe transmitir la información, no le pertenece a quienes generan estos contenidos. En la realidad de los Estados Unidos de esa época, la infraestructura pertenecía, principalmente, a la compañía de telecomunicaciones AT&T[1].

Los creadores de la unidad básica de transmisión de datos en la red, el protocolo *TCP/IP*, reconocen asimismo que "*gran parte del diseño nos fue impuesto*"[2] por las condiciones de concentración y propiedad de la infraestructura de telecomunicaciones.

Para superar esta limitación, y lo que sería finalmente la mayor genialidad de la Internet como la conocemos, sus creadores se imaginaron la unidad base de transporte (TCP/IP) como una cápsula, o como un sobre de correo tradicional, en el cual su contenido podía rezar en español, alemán o chino, mientras que la cápsula que lo contiene posee un estándar conocido en todo el mundo para su

1 Sterling, Bernt y Weiss, "Shaping American Telecommunications: A History of Technology, Policy, and Economics", New York: Routledge, 2006.
2 Wu, Tim. "The Master Switch: Rise and fall of information empires", Alfred A. Knopf, 2010 p. 209.

transporte, independiente de quien lo transporte, y por cierto, de la propiedad de la infraestructura necesaria para trasladarlo[3].

De esta realidad en la creación de Internet, se infiere que los propietarios de la infraestructura no son titulares de un derecho de propiedad sobre la unidad mínima de transporte de los datos (el protocolo TCP/IP), tampoco de los datos contenidos en el medio de transporte -que pertenecen a sus creadores- y, por tanto, no pueden llevar a cabo actos tan propios del dueño, como disponer de dichos bienes, comerciarlos, degradarlos o destruirlos, del mismo modo que el concesionario de una autopista no puede comerciar, destruir o imponer trabas arbitrarias sobre los autos que transitan por ella.

No podemos, entonces, desconocer que las medidas de gestión de tráfico, aquellas que están orientadas a distorsionar la forma en la que naturalmente los paquetes de datos TCP/IP se trasladan en la red, son -en esencia- medidas que disponen del protocolo TCP/IP de forma ilegítima para una red pública y que, de alguna forma, la ley chilena ha reconocido cierta necesidad de aceptación en un marco regulado por las exigencias de seguridad y estabilidad de la red, mas no con fundamentos basados en políticas comerciales o razonamientos económicos propios del negocio de telecomunicaciones.

Todo lo anterior es el reflejo histórico de un concepto que los creadores de la Internet reconocen hasta el día de hoy: **La neutralidad de la red es un principio de diseño de la red**[4], y no una nueva construcción accidental por parte de los activistas y estudiosos del fenómeno.

El caso chileno

3 Wu, Tim, Ob. Cit. p. 210.
4 Wu, Tim, “Network Neutrality FAQ”, 2002. Disponible en http://timwu.org/network_neutrality.html

Chile fue el primer país del mundo en legislar[5] para garantizar el respeto al principio de neutralidad de la red[6]. En base a esta idea rectora, las empresas que proveen acceso a Internet no pueden realizar actividades de gestión de la red para bloquear o discriminar el tráfico de un proveedor de contenidos. Fue una idea innovadora en el mundo de las políticas públicas de telecomunicaciones, y le dio a nuestro país un gran reconocimiento en el circuito internacional, sirviendo de ejemplo para países como Holanda, Brasil y el propio Estados Unidos, quienes posteriormente, adoptaron medidas similares.

Originalmente, la idea de legislar en esta materia nace de las abundantes ocasiones en las que las empresas de telecomunicaciones chilenas producían, artificialmente, barreras de acceso a cierto tipo de contenidos en Internet.

Estos comportamientos se llevaban a cabo para poder mantener altas tasas de "reventa" de los enlaces residenciales, principalmente. De esta forma, una capacidad de enlace que permite abastecer a un número determinado de clientes, era sobrevendido varias veces en base a un cálculo probabilístico de uso, que a su vez era garantizado a través de estrictas medidas de control de tráfico.

Algunas de las medidas más reconocidas era el bloqueo de los puertos de acceso a ciertos contenidos, el *freno* que se ponía a las conexiones residenciales de los llamados *heavy users*[7] (usuarios pesados, o más bien, usuarios intensivos), y más adelante, medidas arbitrarias de *throttling* o control dinámico de tráfico.

La ley 20.453, que consagró el principio de neutralidad de la red, fue la respuesta de la sociedad civil y del poder legislativo para poner freno a esos comportamientos abusivos contra los usuarios y proveedores de

5 Periódico El Mundo, "Chile, primer país en incorporar la Neutralidad en la Red", disponible en http://www.elmundo.es/elmundo/2010/07/16/navegante/1279272468.html
6 Wikipedia, "Net neutrality in Chile", disponible en https://en.wikipedia.org/wiki/Net_neutrality_in_Chile
7 NeutralidadSi, "Telefónica's Heavy Users", 2007, disponible en http://www.neutralidadsi.org/2007/06/04/telefonicas-heavy-users/

contenido, estableciendo una serie de obligaciones y prohibiciones a las que están sujetos los proveedores de acceso, y de cuyo cumplimiento y supervigilancia debía hacerse cargo la Subsecretaría de Telecomunicaciones.

Sin embargo, y tras el paso de los años, las ineficiencias en la forma de implementación y control de la ley se han dejado ver con efectos negativos para el mercado de telecomunicaciones, el de contenidos y, obviamente, para el usuario[8].

Para poder evaluar su efecto, debemos reconocer los distintos temas que la ley aborda.

La ley de neutralidad puede ser dividida en tres capítulos: las obligaciones y prohibiciones de los proveedores de acceso (o ISP por su sigla en inglés) frente al tratamiento de los contenidos en Internet; las obligaciones respecto de servicios que deben ser ofrecidos al usuario y, por otro lado, las obligaciones de publicidad respecto de las condiciones de oferta del servicio de acceso.

En estricto rigor, sólo las primeras son obligaciones propias del principio de neutralidad, mientras que aquellas como el control parental o el bloqueo de contenidos “a la carta”, o incluso las medidas de publicidad que corresponden a materias más cercanas al mundo de la protección del consumidor, son accesorias respecto del núcleo del principio técnico de neutralidad, más bien basadas en consideraciones de política pública que en una necesidad específica para cumplir el objetivo general planteado en la ley.

Respecto de aquellas prohibiciones y obligaciones establecidas en el artículo 24 H de la ley general de telecomunicaciones, para garantizar el estricto apego al principio de neutralidad, la autoridad fiscalizadora parece no haber realizado mucho para controlar los comportamientos

8 Cerda, Alberto, “Una evauación de la ley de neutralidad de la red en Chile”, Revista Digital Rights Latin America & The Caribbean, número 28, 17 de julio de 2013, disponible en http://www.digitalrightslac.net/es/una-evaluacion-de-la-ley-de-neutralidad-de-la-red-en-chile/

discutibles de los proveedores de acceso. De acuerdo a una investigación de la ONG Cívico[9], SUBTEL solo habría abocado sus esfuerzos en resolver los reclamos del público general, los incumplimientos a las obligaciones de publicidad, pero poco o nada a las medidas de gestión de tráfico que afectan el principio de neutralidad y, por tanto, a los proveedores de contenido y usuarios, a pesar de contar con información fidedigna de su ocurrencia.

En el último tiempo, nuevos modelos de negocios de las empresas de telecomunicaciones han puesto en peligro el balance de la neutralidad de la red. Tal es el caso de las ofertas denominadas *Zero Rating*[10] (tasa cero, de tráfico subsidiado o de costo cero para el usuario), en las cuales los proveedores de acceso móvil a Internet entregan acceso completo a un conjunto de aplicaciones determinadas, sin descontar su tráfico de las cuotas mensuales fijadas para cada plan comercial.

Esto constituye, para el usuario, un supuesto beneficio (no pagar por el tráfico de ciertas aplicaciones), por tanto un incentivo artificial a usarlas por sobre otras, ya que el *zero rating* no se basa en la calidad, la competitividad del servicio o utilidad del contenido, si no en el criterio arbitrario que determina el proveedor de acceso.

Tal es el caso de las ofertas tipo “redes sociales gratis” de algunos proveedores chilenos, en los cuales el gancho comercial para el público consiste en contratar dichos planes para mantener acceso sin limitaciones a ese grupo de aplicaciones “beneficiadas”.

9 ONG Cívico, “Investigación: SUBTEL conocía de los problemas de calidad de servicio en acceso a Internet. Nada hizo al respecto”, 11 de junio de 2013, disponible en https://ongcivico.org/denuncias/investigacion-subtel-conocia-de-los-problemas-de-calidad-de-servicio-en-acceso-a-internet-nada-hizo-al-respecto/

10 Electronic Frontier Foundation, “Zero Rating: What It Is and Why You Should Care”, 18 de febrero de 2016, disponible en https://www.eff.org/deeplinks/2016/02/zero-rating-what-it-is-why-you-should-care

En estricto rigor, este tipo de ofertas son formas de priorización de contenidos basado en mejores condiciones artificiales de acceso o de uso para el usuario. Por tanto, existe siempre un tercero lesionado que no contará con dichas mejoradas condiciones para llegar al usuario y, por este hecho, se convierte en una barrera para la competencia entre proveedores de contenidos.

En el largo plazo, los efectos de las ofertas *Zero rating* son de toda lógica: los contenidos o aplicaciones no beneficiadas por las ofertas dejan de existir o se vuelven irrelevantes, por lo que existen menos alternativas (o ninguna) para el usuario a la hora de elegir qué servicios consumir en Internet, viéndose incluso forzados a utilizar sistemas más inseguros o de bajos estándares en materias tan relevantes como la privacidad[11].

El resultado de las prácticas de *Zero rating* es la existencia de un precio diferenciado para los contenidos, el que afecta la capacidad del usuario para escoger un contenido o producto no como resultado de la creación de un producto o servicio de mejor calidad por parte del Proveedor de Acceso o de un proveedor de contenido afiliado a él, sino porque el proveedor de acceso ha reducido estratégicamente el atractivo del producto o servicio rival[12].

En marzo de 2016, un extenso listado de grandes organizaciones de la sociedad civil dirigieron una carta abierta al regulador de los Estados Unidos -quien recientemente adoptó reglas para mantener la *Internet Abierta* a través del respeto forzado del principio de neutralidad de la red- indicando lo que ellos han detectado en las ofertas de *Zero Rating* y el peligro que éstas significan señalando que "*como resultado, ellas presentan una seria amenaza a la Internet Abierta: distorsionan la*

11 ONG Derechos Digitales, "¿Por qué es importante defender la neutralidad de la red?", Vera Hott, Francisco, 12 de junio de 2014, disponible en https://www.derechosdigitales.org/7497/por-que-es-importante-defender-la-neutralidad-de-la-red/

12 Oficina de Competencia de Canadá (Competition Bureau), "Competition Bureau Intervention Telecom Notice of Consultation CRTC 2016-192", numeral 79, 29 de junio de 2016, disponible en http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04108.html

competencia, frustran la innovación, amenazan la libertad de expresión, y restringen la libertad del consumidor para elegir— todo daña lo que las reglas (de neutralidad) deben proteger"[13].

El regulador chileno ha actuado[14] de forma bastante errática[15] en esta materia, incluso llegando a echar pié atrás[16] en las posturas tomadas originalmente respecto de los casos conocidos; de lo que se deduce que no existe una interpretación adecuada o, en el mejor de los casos, una al menos homogénea de la ley de neutralidad frente a estos nuevos desafíos.

La solución de este problema particular es bastante más sencillo de lo que se piensa. El proveedor de acceso debe ofrecer el mismo trato a todos los contenidos del mismo tipo, de lo contrario, se convierte necesariamente en una discriminación arbitraria basada, muchas veces, en meros criterios comerciales y publicitarios, pero que además podrían ser parte de acuerdos onerosos entre ciertos proveedores de contenidos y las empresas de telecomunicaciones.

De la misma forma, y siguiendo la doctrina de libre competencia canadiense en esta materia, las ofertas de *zero rating* dañan la competencia en todos aquellos casos en que el contenido beneficiado se encuentra "afiliado" al proveedor de acceso, es decir, este último recibe una compensación económica por el mejor trato otorgado al contenido beneficiado, deteriorando asimismo la innovación e incrementando los precios para los usuarios[17]. Tales mayores precios

13 Carta a Tom Wheeler, director de la Federal Communications Comision (FCC) de los Estados Unidos, una copia disponible en https://cdn.arstechnica.net/wp-content/uploads/2016/03/FinalZeroRatingSign-OnLetter.pdf

14 SUBTEL Chile, "Ley de neutralidad y redes sociales gratis", Comunicado de prensa, 24 de mayo de 2014, disponible en http://www.subtel.gob.cl/ley-de-neutralidad-y-redes-sociales-gratis/

15 Wikimedia Foundation, "Ente regulador chileno le da la bienvenida a Wikipedia Zero", 23 de septiembre de 2014, disponible en https://blog.wikimedia.org/es/2014/09/23/ente-regulador-chileno-le-da-la-bienvenida-a-wikipedia-zero/

16 Fayerwayer, "Pokémon Go, música ilimitada y redes sociales "gratis": ¿Se cumple la Ley de Neutralidad en la Red en Chile?", 26 de septiembre de 2016, disponible en https://www.fayerwayer.com/2016/09/pokemon-go-y-redes-sociales-gratis-se-cumple-la-ley-de-neutralidad-en-la-red-en-chile/

17 Oficina de Competencia de Canadá. Ob. Cit, numerales 4, 5, 6 y 7.

se manifiestan en una mayor carga financiera para acceder a servicios de Internet o de contenidos, pero pueden también afectar la calidad, variedad y los niveles de servicio asociados a esos servicios o contenidos[18].

Basado en la ley vigente, lo que el regulador no puede permitir son aquellas prácticas que generan efectos anticompetitivos, como las medidas de gestión de red o de tráfico que imponen estas restricciones entre oferentes de contenidos, sin embargo, es necesario precisar que los servicios de *Zero Rating* ofrecidos de forma restringida son, por su naturaleza, medidas que producen efectos contra la libre competencia, y así lo ha identificado la sociedad civil y la prensa[19] de forma bastante extensa, pero como es de esperar, no siempre es una interpretación homogénea ni concordante entre los reguladores de telecomunicaciones y de libre competencia[20], o siquiera entre la academia[21].

Profundizar en algunos de estos conceptos es parte importante del proyecto de ley que hoy presentamos al Honorable Senado.

Estructura y propuestas del proyecto

Para la mejor protección del usuario, el perfeccionamiento del principio de neutralidad de la red y el mantenimiento del equilibrio de la relación entre proveedores de contenidos y los proveedores de acceso a

18 Ob. Cit, numeral 40, literal a).
19 Wired, “Big AT&T Deal Proves It’s Time to Stop ‘Zero-Rating’”, 3 de noviembre de 2016, disponible en https://www.wired.com/2016/11/att-time-warner-deal-shows-time-stop-zero-rating/
20 El regulador de libre competencia canadiense sugiere resolver el asunto a través de una serie de postulados que se pueden reducir a la prohibición de ofertas *zero rating* solo cuando estas importan un beneficio económico directo para el proveedor de acceso, es decir, al recibir una compensación monetaria o similar por parte del proveedor de contenidos beneficiado por el programa de *zero rating*. Sobre esto, se puede profundizar en el contenido disponible en http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04113.html
21 Layton, Roslyn y Elaluf-Calderwood, Silvia. “Zero Rating: Do Hard Rules Protect or Harm Consumers and Competition? Evidence from Chile, Netherlands and Slovenia”, 15 de agosto de 2015, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2587542

Internet en Chile, el proyecto en estudio propone una serie de modificaciones a la ley general de telecomunicaciones, en especial, a los artículos 24 H y siguientes que regulan el principio de neutralidad.

Principio de neutralidad.

La primera modificación propone reconocer la naturaleza del principio de neutralidad como un *principio de diseño de la red*, un elemento de su esencia, que sin el cual, esta cosa que llamamos Internet, degenera en algo totalmente distinto.

Creemos importante la incorporación de un marco de principios que no se encuentra expresado en la ley vigente, el cual pueda inspirar las actuaciones presentes y futuras del mercado de telecomunicaciones, los usuarios y el regulador.

Arbitrariedad y gestión de tráfico.

Uno de los mayores focos de dificultad interpretativa que presenta la ley es la incorporación del concepto de *arbitrariedad* para evaluar si las medidas tomadas por el proveedor corresponden o no a aquellas que vulneran las prohibiciones de la ley.

La Real Academia Española define *arbitrario* como “Sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón”.

Desde la perspectiva estricta, el “estado natural” de los paquetes de datos en el tráfico de la red no requiere intervención alguna del proveedor de acceso, por lo que toda intervención del proveedor es arbitraria por naturaleza, ya que obedece a la voluntad del propio proveedor de acceso para conseguir un objetivo determinado. Sin embargo, hemos aceptado como sociedad, reforzados además por la realidad técnica del sistema en estudio, que deben existir ciertos espacios de administración o gestión de red autorizada por la ley, el regulador y fiscalizador, que permita dar garantías de seguridad y

estabilidad a la red, siempre y cuando sean todas éstas conocidas por el usuario[22].

La ley vigente reconoce la facultad de realizar gestión de tráfico en forma más genérica que específica, en cuanto no esté orientada a afectar la libre competencia y corresponde, como mejor técnica para la aplicación de la ley, determinar de forma más precisa los espacios de administración autorizados, en vez de dejar abierta la interpretación del principio de neutralidad a la ocurrencia de un hecho "arbitrario" -que es lo que hoy contempla la ley- o a una evaluación de libre competencia de la cual solo existe un precedente judicial[23] anterior a la dictación de la ley 20.453, y que en la actualidad la autoridad administrativa y regulatoria de telecomunicaciones deslinda su responsabilidad en el análisis de dichos asuntos relativos a la libre competencia[24].

En palabras más sencillas, la ley debe asentar el principio de neutralidad de forma que la gestión de red esté permitida cuando concurran circunstancias o hechos específicos. De esta manera, la propuesta desarrolla las condiciones en las cuales se deben llevar a cabo las acciones de gestión de tráfico y administración de red, reconociendo que son medidas contrarias al principio de neutralidad, pero aceptadas de forma excepcional.

Bajo este prisma, las medidas de gestión de tráfico deberán ser ejecutadas para el control de la congestión y la atenuación de sus efectos, lo cual circunscribe su utilización al hecho técnico concreto para el cual tienen sentido en una red pública. De otra forma, las

22 Cfr. Artículo 5º, literal d), Decreto 368 de 15 de diciembre de 2010, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, Reglamento que regula las características y condiciones de la neutralidad de la red en el servicio de acceso a Internet.
23 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia 45/2006, Voissnet v/s CTC Chile, 26 de octubre de 2006, disponible en http://www.tdlc.cl/tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_45_2006.pdf
24 Fayerwayer, Ob. Cit. El Subsecretario de Telecomunicaciones señala en la entrevista, respecto de los planes de 'redes sociales gratis', "*¿Quién se siente discriminado con una oferta así? No el cliente, sino la empresa que se queda fuera del paquete. En la Subtel solo velamos por el lado del usuario y si este tiene un problema para acceder a internet, entonces nos metemos. Pero si una empresa tiene un problema, debe ir al Tribunal de Libre Competencia.*" y agrega, "*si una empresa reclama ante ese Tribunal y ese Tribunal falla a favor de ella, la Subtel tendrá que actuar*".

medidas de gestión de tráfico o de administración de red, serían utilizadas para fines comerciales o por consideraciones distintas a las necesidades del usuario, en perjuicio del mismo o de los proveedores de contenido, lo cual es, precisamente, lo que la ley de neutralidad ha querido evitar en un primer lugar[25]. La finalidad determinada de las medidas de gestión de tráfico fue la solución adoptada por la regulación holandesa sobre la materia[26] y, en otros respectos, están acordes a las directivas europeas[27], igualmente pertinentes para el análisis regulatorio del medio local.

La propuesta, también, sanciona las medidas de gestión cuyos efectos puedan afectar la libre competencia entre proveedores de contenido, ya que en los distintos casos en los que la degradación o priorización de tráfico se realiza en beneficio de un proveedor de contenido, existe una serie de otros proveedores que artificialmente son perjudicados en su capacidad de competir. Dicha circunstancia deberá ser evaluada por SUBTEL caso a caso, de acuerdo a los reclamos que reciba por las vías que contempla la ley.

Privacidad, seguridad y actividad jurisdiccional.

La propuesta confirma que una de las obligaciones mínimas de los proveedores de acceso será procurar la seguridad y privacidad de los usuarios.

La inclusión original de estos roles parece tener sentido respecto del establecimiento de un principio general y no de una obligación específica, tal como evidencian las actas de la historia de la ley en esta materia[28]. Lo anterior se explica debido a que la protección de la

25 Biblioteca del Congreso Nacional, “Historia de la ley 20.453”, disponible en http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4635/

26 Ley de Telecomunicaciones de Holanda, artículo 7.4a, sección 1, literal a., disponible en lengua original en http://wetten.overheid.nl/BWBR0009950/2016-01-01#Hoofdstuk7

27 Reglamento (UE) número 2015/2120, Artículo 3º, numeral 3, de 25 de noviembre de 2015, disponible en http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32015R2120

28 El informe de la Comisión de Transportes del Senado, con fecha 2 de abril de 2008, reproduce los argumentos del Subsecretario de Telecomunicaciones de la

privacidad es un asunto que requiere un nivel de profundidad mayor que el mostrado en la ley 20.453, y aún hoy se debate profusamente sobre la estructura de modernización del marco legal vigente en Chile.

Desde este punto de vista, la ley señala que los proveedores deberán "procurar" la protección de la privacidad del usuario y su seguridad, de lo que se puede entender que, ante una situación en la que peligren alguno de esos valores -privacidad y seguridad- el proveedor de acceso deberá tomar aquellas medidas que permitan proteger al usuario de tales peligros, sin que la protección de la privacidad o seguridad sea una obligación específica del proveedor. Aunque parece ser una diferencia sutil, es relevante para cuantificar el alcance que deberán tener las actividades del proveedor de acceso en este ámbito.

Las diversas visiones sobre el rol que cumplen de los proveedores de acceso a Internet han llevado a que la ley en algunas ocasiones[29], las policías, u otros estamentos de la sociedad les atribuyan obligaciones propias de órganos auxiliares de la justicia, lo que ha llevado a complejos casos[30] en los que colindan el ejercicio de diferentes garantías constitucionales.

Sin embargo, sostenemos que la misión de los proveedores de acceso es de mero transporte, por lo que asignarles roles propios de la

época. "*En cuanto a la privacidad de los usuarios de Internet señaló que es un tema muy importante y en los países desarrollados se han establecido legislaciones e instituciones específicas para poder garantizar que los datos personales puestos en Internet queden adecuadamente resguardados. Este tema es de gran relevancia, cada día se agregan más datos personales a Internet, que exceden del correo electrónico por el cual se envían los spams. Existe información respecto de la salud, de patrones de consumo, de tarjetas de créditos, entre otros, y existe un importante vacío legislativo. El Gobierno, dentro de la estrategia digital, ha considerado elaborar un proyecto de ley, destinado a la creación de un marco jurídico que regule esta materia. Sin perjuicio de lo anterior, expresó que sería preferible modificar el proyecto de ley con la finalidad de establecer que el término "podrán" se refiere a la gestión de tráfico y administración de la red y establecer que se "procurará" establecer medidas para garantizar la privacidad de los usuarios.*". Biblioteca del Congreso Nacional, Ob. Cit. "Historia de la ley 20.453".

29 Cfr. Ley 17.336, de Propiedad Intelectual. Artículo 85 L y siguientes.
30 The Clinic, "Rodrigo Ferrari, acusado por Andrónico Luksic de suplantarlo en Twitter: 'Los investigadores violaron todos mis derechos de privacidad'". 22 de septiembre de 2016, disponible en http://www.theclinic.cl/2016/09/22/554806/.

administración de justicia genera una incoherencia importante respecto del principio de neutralidad, esta vez, impuesto por el Estado.

No podemos desconocer, a pesar de esto, los derechos que pueden verse enfrentados en ambientes digitales, y cómo la actividad jurisdiccional es la que debe tener, como parte del debido proceso, la última palabra en disputas de derechos tan relevantes como la libertad de expresión, la libertad económica o el derecho a la vida privada.

De esta forma, el proyecto se hace cargo de reconocer que sólo mediando orden judicial, el proveedor de acceso podrá denegar el servicio de un contenido en Internet. No caben, en este concepto, el bloqueo de contenidos por orden administrativa o por solicitud de otras instituciones del Estado.

Respecto del literal b) del artículo 24 H, que establece que los proveedores de acceso "*No podrán limitar el derecho de un usuario a incorporar o utilizar cualquier clase de instrumentos, dispositivos o aparatos en la red, siempre que sean legales y que los mismos no dañen o perjudiquen la red o la calidad del servicio.*", conocida como la regla del *hush-a-phone*[31], obliga a los proveedores de acceso a permitir la entrada de dispositivos a la red, sin que deba mediar autorización alguna para que el usuario haga ejercicio de tal derecho.

En la ley Chilena, si bien las actas no hacen mención expresa, el caso judicial entre Voissnet y CTC Chile (Telefónica)[32], posee características muy similares con el histórico caso del *hush-a-phone*, por lo que se entiende que la incorporación de la regla está orientada a poner fin a conflictos como el de ambas compañías.

31 El *Hush-a-phone* fue un dispositivo desarrollado por un tercero que se incorporaba al aparato telefónico para mejorar la calidad del sonido de la llamada. Se hizo famoso por el extenso litigio durante la primera mitad del siglo XX entre el creador del aparato y la compañía de telecomunicaciones Bell en Estados Unidos, esta última, prohibiendo su instalación en los equipos de la red telefónica de la compañía, en ejercicio de su carácter monopólico. El litigio fue ganado, finalmente, por el creador del dispositivo -quien moriría algunos años después en la más absoluta pobreza tras los costos de tiempo y dinero durante el litigio-, y se convertiría en un icónico caso que hoy podemos relacionar con la red de datos. Cfr. https://en.wikipedia.org/wiki/Hush-A-Phone.

32 Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Ob. Cit.

A pesar de esto, y en el análisis del rol del proveedor de acceso, la incorporación del concepto "*siempre que sean legales*" deja en manos del proveedor de acceso la determinación si un dispositivo "es o no legal", función que evidentemente le corresponde a los Tribunales de Justicia.

El proyecto propone suprimir tal distinción, en los literales a) y b), en cuanto no le compete al rol de transporte del proveedor. Ante disputas sobre este tipo de materias, los interesados podrán litigar o ceñirse al procedimiento del artículo 28 bis, según corresponda.

Esta modificación, que si bien parece menor, será de gran relevancia en los próximos años, en la medida que los dispositivos de *Internet of Things* (IoT o Internet de las Cosas) se hagan masivos en el país, y den lugar a disputas sin precedentes respecto -por ejemplo- si es legítimo que empresas IoT que provean servicios sobre la capa de red de telecomunicaciones puedan hacerlo sin obligaciones particulares con el transportador de la red pública.

Acuerdos de intercambio de tráfico.

El proyecto propone, a su vez, nuevas obligaciones de publicidad, incorporando un nuevo acápite segundo al literal d) del artículo 24 H. Dicha incorporación se refiere, específicamente, a aquellos acuerdos, actos o contratos, orientados al intercambio de tráfico entre proveedores de contenido, concesionarias o proveedores de acceso, para producir un mejor trato a los contenidos objeto del acuerdo.

Estos acuerdos, conocidos como *peering*[33], y que muchas veces pueden ser adoptados de forma unilateral y gratuita por el proveedor de acceso para producir mayores eficiencias en su red, también pueden

33 Cfr. https://es.wikipedia.org/wiki/Peering

adoptar la forma de contratos o intercambios comerciales entre unos y otros.

La importancia de los acuerdos de intercambio de tráfico radica en la relevancia que tiene para el usuario, a la hora de contratar un servicio de telecomunicaciones, si su proveedor de acceso posee una mejor condición de servicio para un contenido apetecido por el usuario, para lo cual la publicidad de tales acuerdos se enmarca entre las materias de información comercial de interés para la contratación.

Por otro lado, las barreras a la libre competencia que pueden surgir por el mejor trato que se otorga a un proveedor de contenidos respecto de otro, tales como el *zero rating*, se abordan en la incorporación de un nuevo literal e) que garantiza la obtención de un trato igualitario para el tráfico de un proveedor contenido de igual o similar naturaleza, requerido por el propio proveedor de contenido afectado, así como la prohibición de que dichas circunstancias sean parte de un acto o contrato a título oneroso, en cuanto dicha situación produce necesariamente efectos anticompetitivos, restringe la innovación y encarece los precios para el usuario final, como ya hemos abordado anteriormente.

Ambas incorporaciones nuevas a la ley son requeridas en conjunto para garantizar un trato igualitario a los contenidos de la red pública, de lo contrario, se corre el peligro de convertir el servicio de Internet en un “menú de TV cable”, donde habrán contenidos de primera y segunda categoría, todo regulado por la muñeca negociadora del proveedor de acceso.

Actividad de fiscalización

Finalmente, el proyecto propone pormenorizar el papel de la Subsecretaría de Telecomunicaciones, ya ampliamente desarrollado en distintos artículos de la ley, pero en especial para la materia en estudio, en los artículo 24 I y 28 bis.

Se incorpora una nueva frase final al artículo 24 I para detallar una potestad de la Subsecretaría que, de acuerdo a antecedentes mostrados anteriormente, pocas veces ha sido utilizada para la sanción del principio de neutralidad. De esta forma, no solo se dispondrá de un procedimiento de reclamo para poner en movimiento la actividad jurisdiccional administrativa, sino que además debe la Subsecretaría iniciar dichos procesos a través de sus facultades de fiscalización, y no solo esperar la llegada de reclamos por parte de los privados.

Cómo último acápite en el artículo 24 I, el texto propone incorporar otra pormenorización de las obligaciones de SUBTEL, quien deberá conocer de los reclamos presentados a través del procedimiento del artículo 28 bis por parte de proveedores de contenidos en contra de los proveedores de acceso o concesionarias. Dicha obligación, ya se encuentra presente en el artículo 28 bis que señala "*Los reclamos que se formulen por, entre o en contra de concesionarios, usuarios y particulares en general, y que se refieran a cualquier cuestión derivada de la presente ley*", por lo que la nueva incorporación no hace más que detallar aún más lo señalado en la ley vigente.

POR TANTO,

Vengo en someter a discusión el siguiente

PROYECTO DE LEY

ARTÍCULO ÚNICO: Modifícase la ley 18.168, general de telecomunicaciones, de la siguiente forma:

I. Artículo 24 H:

1. Agrégase el siguiente inciso primero, pasando el actual a ser inciso segundo, y así consecutivamente:

"Los proveedores de acceso a Internet se encontrarán obligados, en todas sus actuaciones, a ser neutrales en la gestión de la red, por tanto, obligados a respetar y promover el principio de neutralidad de la red, que constituye un elemento de la esencia y diseño de la red pública, entendiéndose por tal, como el deber del proveedor de acceso de abstenerse de otorgar prioridad, o de imponer cualquier clase de postergación o restricción sobre el tráfico de datos de la red pública."

2. Suprímase del literal a), acápite primero, las palabras "arbitrariamente" y "legal" en las dos ocasiones en que aparece cada una.

3. Reemplázase en el literal a) el acápite segundo, por el siguiente:

"Con todo, los concesionarios de servicio público de telecomunicaciones y los proveedores de acceso a Internet podrán, de forma extraordinaria, tomar las medidas o acciones necesarias para la gestión de tráfico y administración de red, en el exclusivo ámbito de la actividad que les ha sido autorizada. Las medidas de control de tráfico y administración de red deberán realizarse con la sola finalidad de minimizar los efectos temporales de la inminente congestión, tratando de la misma forma el tráfico de similar o misma naturaleza y, en ningún caso, podrán ocasionar otras vulneraciones al principio de neutralidad, la afectación de la libre competencia entre proveedores de contenido o de los derechos de los consumidores."

4. Agréganse al literal a) el siguiente acápite tercero, nuevo:

"Asimismo, procurarán preservar la privacidad y seguridad de los usuarios, así como la seguridad de la red. Sólo por orden judicial podrán bloquear el acceso a un determinado contenido disponible en la red pública."

5. Suprímase del literal b), la frase “que sean legales y”.

6. Agrégase el siguiente acápite segundo, nuevo, al literal d), pasando el actual a ser tercero:

“Asimismo, deberán publicar en su sitio web aquellos actos, contratos o acuerdos adoptados con proveedores de contenido respecto de condiciones que mejoren la calidad de acceso a dichos servicios de contenidos para los usuarios en la red del proveedor de servicio. Si las mejores condiciones ofrecidas al tráfico del servicio de contenidos fueran producto de un acto unilateral del concesionario o proveedor de acceso, deberán ser publicados de la misma forma.”

7. Agrégase el siguiente literal e), nuevo:

“e) Sólo podrán dar un trato diferenciado a un contenido para ofrecer mejores condiciones de acceso o de uso para el usuario, sin embargo, deberán ofrecer el mismo trato a todos los contenidos de similar o misma naturaleza cuando así les sea requerido por un proveedor de contenidos. El mejor trato ofrecido no podrá ser objeto de un acto o contrato a título oneroso entre proveedores de acceso y contenido.”

II. Artículo 24 I:

1. Para agregar a continuación de la expresión “General de Telecomunicaciones” una coma y, a continuación, la siguiente frase:

“así como las infracciones detectadas en el ejercicio de las actividades propias de la potestad de fiscalización de la Subsecretaría”.

2. Para agregar el siguiente inciso segundo nuevo:

"Asimismo, los conflictos que surjan entre los proveedores de contenido en Internet y las concesionarias de servicio público de telecomunicaciones que presten servicio a los proveedores de acceso a Internet, o con estos últimos también, en lo relativo a lo señalado en el artículo 24 H, literales a) y e); serán resueltos conforme al procedimiento señalado en el inciso anterior, sin perjuicio de las acciones civiles que procedan para cada caso."

Manuel José Ossandón Irarrázabal
Senador

Guido Girardi Lavín
Senador

Alejandro García-Huidobro Sanfuentes
Senador

Manuel Antonio Matta Aragay
Senador

Juan Pablo Letelier Morel
Senador