

J. Carlos Lara Gálvez, Francisco Vera Hott & Pablo Viollier Bonvin

Estado de Internet en Chile: aspectos generales, regulación y actores relevantes

ONG Derechos Digitales:

Organización No Gubernamental (ONG) fundada en el año 2005, cuya misión es la defensa, promoción y desarrollo de los derechos fundamentales en el entorno digital desde el interés público. Entre sus principales ejes de interés, están la libertad de expresión, los derechos de autor y la privacidad.

Diseño y diagramación: Estudio Navaja

Corrección: Alberto cerda

(cc) Algunos derechos reservados.

Esta publicación está disponible bajo Licencia Creative Commons 3.0 Atribución - Compartir Igual. Ud puede copiar, distribuir, exhibir y ejecutar la obra; hacer obras derivadas; y hacer uso comercial de la obra. Ud. debe darle crédito a los autores originales de la obra, y en caso de hacer obras derivadas, utilizar para ellas una licencia idéntica a esta. El texto íntegro de la licencia puede ser obtenido en: <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/cl>

© ONG Derechos Digitales

Diagonal Paraguay 458 Piso 2, Santiago de Chile

CP 833003I.

(+56 02) 2702 7108

<http://derechosdigitales.org>

info@derechosdigitales.org

Estado de Internet en Chile: aspectos generales, regulación y actores relevantes

*J. Carlos Lara Gálvez
Francisco Vera Hott
Pablo Viollier Bonvin*

Resumen Ejecutivo

Cifras oficiales mencionan que en Chile existen más de 16 millones de personas. Las cifras oficiales y los distintos índices internacionales hablan de un aumento sostenido, tanto del acceso a Internet de los chilenos, como en su nivel de penetración en los hogares del país, aun cuando ese aumento de cobertura no es equitativo. Más del 61 % de las personas son usuarias de internet, mientras más del 45 % de los hogares tienen conexión a la red. En los extremos, según datos oficiales, un 69 % de los hogares de la II Región de Antofagasta, contrastando fuertemente con el 19,88 % correspondiente a la VII Región del Maule (VII región). Es posible sugerir que dicha diferencia es atribuible a los distintos niveles de urbanización a lo largo de nuestro territorio nacional, siendo las áreas urbanas las que concentran la mayor tasa de acceso a la red.

Solamente un puñado de empresas ofrecen servicios de conectividad fija, con dos de ellas concentrando casi cuatro quintos del total nacional: Telefónica (41,9 %), VTR (37,6 %), Grupo Claro (9,6 %), Grupo GTD (7,7 %), y otros.

Respecto de las prácticas a nivel de políticas públicas, la estrategia de los últimos gobiernos para incrementar la cantidad de habitantes con acceso a Internet ha sido dejar en manos de la iniciativa privada la provisión de dicho servicios, adquiriendo el Estado el rol de regulador o supervisor del buen funcionamiento del sistema. Siguiendo esta estrategia, los gobiernos han debido enfrentarse a qué hacer frente a los sectores del territorio nacional donde, por sus características geográficas o bajo poder adquisitivo de sus habitantes, no resulta rentable para las empresas de telecomunicaciones instalar una red de provisión de servicio de Internet. Se ha optado por realizar licitaciones, en la forma de subsidios, al sector privado que permitan compensar lo poco rentable de estas áreas rurales. Bajo esta premisa opera el Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones (FDT), del cual se derivan (siguiendo la misma lógica) la mayoría de las iniciativas gubernamentales en esta área.

Una política similar por parte del Estado se ha visto en torno al aseguramiento de la calidad de conexión a Internet. Hasta el momento, Chile no cuenta con una regulación que asegure estándares de calidad específicos, sino solamente aquellos principios rectores establecidos por la Ley de Neutralidad de la Red.

Lo anterior parece estar cambiando con los recientes anuncios de la agencia pública encargada del rubro (SUBTEL), aunque es aún imposible determinar su alcance efectivo.

La regulación de Internet en Chile también ha sufrido varias modificaciones en los últimos años. Destacan en particular dos hitos acaecidos el año 2010: la publicación de la Ley de Neutralidad de la Red en el mundo, que ha sido precursora en esta materia por tratarse de la primera vez que se reguló de manera legal en el mundo, y la reforma a la Ley de Propiedad Intelectual, que incorporó un régimen de responsabilidad de intermediarios de corte judicial.

En torno a la criminalización de expresiones legítimas realizadas a través de la red, se ha producido un interesante debate a nivel nacional en el último tiempo. A comienzos del 2013, a un usuario de Twitter le levantaron cargos por el delito de usurpación de nombre por administrar una cuenta que parodiaba a la familia Luksic (connotados empresarios nacionales), lo que encendió la alarma en los medios de comunicación y los grupos de derechos civiles defensores de la libertad de expresión. Finalmente, la justicia determinó que un ejercicio de parodia no cumplía con el requisito de tener la intención de hacerse pasar efectivamente por otra persona, sentando de esta forma un precedente positivo en esta materia.

Persisten distintas normas contenidas en el Código Penal chileno, susceptibles de aplicarse desproporcionadamente a las comunicaciones realizadas a través de Internet. Entre ellas, los delitos de injuria o calumnia (y su aplicación a medios de comunicación social) resultan potencialmente perniciosos para la libertad de prensa y expresión, pues el hecho de cometerse por un medio de comunicación masivo implica una penalidad mayor. Un nuevo Código Penal, que se mantiene como anteproyecto, podría cambiar esta realidad.

Otra relevante regulación relativa a Internet de reciente data es la concerniente a la responsabilidad de los intermediarios de servicios de telecomunicaciones. Esta legislación, elaborada con la finalidad de cumplir compromisos internacionales adquiridos con EE.UU, se encuentra concentrada en torno a disposiciones sobre Propiedad Intelectual y se complementa con los principios instalados por la Ley de Neutralidad de la Red.

La reforma legal antes mencionada consagró el carácter de intermediarios de los prestadores de servicios de Internet, y a la vez estableció la exención de responsabilidad por infracciones al derecho de autor cometidas por sus usuarios, en la medida que cumplieran una serie de condiciones. Debido a la variada naturaleza de intermediarios de Internet (y de las infracciones posibles), los requisitos de exención son específicas al rol que cada uno cumple. Sin embar-

go, en términos generales es posible aseverar que es la no intervención sobre los contenidos que transmiten a través de sus servicios los que condicionan su exención de responsabilidad. Asimismo, es posible constatar que los procedimientos establecidos para perseguir la responsabilidad de los posibles infractores se muestran respetuosos del derecho al debido proceso. Queda todavía pendiente una reforma que haga eco de similares principios respecto de otras clases de contenidos supuestamente ilícitos en línea.

En lo concerniente a los ciberataques, el espionaje corporativo sea una práctica reconocible. Esto puede explicar por qué el ilícito más frecuente en la red sigue siendo el *phishing* y que los ciberataques más noticiosos suelen corresponder denegaciones de servicio (DDoS) más bien inofensivos.

En los últimos dos años se han realizado millonarios ataques a instituciones financieras, lo que ha levantado las alarmas en este campo. Por otra parte, aún no existen casos de persecución criminal de un ciberataque cuya motivación sea la de protestar o expresar una opinión disidente (como podría ser un DDoS a un sitio gubernamental), quedando aún en duda cuál sería la acogida de la justicia chilena ante una defensa de dicha conducta amparada tras el derecho de libertad de expresión o legítima protesta.

La protección de los ciudadanos ante la vigilancia y la interceptación de las comunicaciones privadas se encuentra explícitamente contenida en la Constitución. La protección otorgada por la legislación ante la interceptación de comunicaciones por parte de otros particulares está contenida principalmente en disposiciones del Código Penal, y son plenamente aplicables a las comunicaciones realizadas a través de la red.

Asimismo, teniendo en cuenta que las diversas actuaciones realizadas durante una investigación criminal puede entrar en conflicto con diversos derechos fundamentales, la facultad de los organismos del Estado para interceptar comunicaciones privadas se encuentra limitada por el principio de reserva legal. En virtud de este principio, los organismos del Estado solo podrán afectar la vida privada o la inviolabilidad de las comunicaciones privadas de una persona si una ley los habilita expresamente para dicho efecto, y habiendo cumplido con todos los requisitos contenidos en ésta. De esta forma, por regla general se requerirá que cualquier diligencia que involucre la interceptación de comunicaciones privadas sea autorizada mediante orden judicial. Similares requisitos, pero con menor transparencia, debe cumplir la Agencia Nacional de Inteligencia, lo que podría significar un escenario de inobservancia de los derechos fundamentales. Mención aparte merece el procedimiento de tutela laboral establecido por la reforma procesal laboral, que permite al trabajador dependiente recurrir a los tribunales para una actuación expedita cuando vea afectado alguno de sus

derechos fundamentales por las facultades que la ley entrega al empleador. Puesto que la protección de la vida privada y de las comunicaciones privadas está consagrada en la Constitución, estos derechos han sido objeto de tutela a través de este procedimiento. En particular, se ha dirimido a través de este procedimiento el carácter de comunicaciones privadas de los correos electrónicos de los trabajadores en el lugar de trabajo.

Por otro lado, el régimen de protección de datos personales contenido en nuestra legislación sufre de graves deficiencias. Si bien la Ley sobre protección de la vida privada establece que cualquier manejo o uso de información o dato concerniente a una persona determinada o determinable debe contar con autorización de su titular, una excepción general permite la inobservancia de este principio. Se suma a estas deficiencias, la falta de sanciones que logren desincentivar el manejo ilícito de datos personales y la inexistencia de una agencia especializada que cuente con facultades para poder velar por la observancia de la legislación. Un proyecto de ley en discusión se hace cargo solamente de parte de estas deficiencias.

En lo que se refiere a la participación a nivel internacional, Chile también se ha hecho parte del concierto global en torno a la gobernanza de Internet a través de su participación en diferentes foros. Dicha participación se realiza a través de la Subsecretaría de Telecomunicaciones o del Ministerio de Relaciones Exteriores. Chile participó de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información realizada en Túnez el año 2005. Las metas acordadas en dicha cumbre sirvieron, a su vez, de base para un plan de acción para América Latina y el Caribe, denominado eLAC, que supone metas al año 2015 en torno al desarrollo económicos y el uso de tecnologías de la información, en donde Chile participa.

Chile también participó en la Conferencia Mundial de Telecomunicaciones Internacionales realizada en Dubai el año 2012. Sin embargo, Chile no ha manifestado formalmente su voluntad de adscribir a las Regulaciones de Telecomunicaciones que en este foro se acordaron. Del mismo modo la participación de Chile en ICANN ha sido irregular y no ha sido posible distinguir una posición definida por parte del gobierno.

Finalmente, como muchos países de la cuenca del pacífico, Chile participa del proceso de negociación del Acuerdo Trans-Pacífico (TPP), el cual puede afectar de manera negativa aspectos relacionados con la privacidad y responsabilidad de intermediarios de Internet, imponiendo mecanismos que no son consistentes con la protección de los derechos fundamentales en los entornos digitales, tales como un sistema de notificaciones privadas en materia de propiedad intelectual. Este proceso ha estado marcado por el secretismo y la exclusión de la participación ciudadana en su deliberación, por lo que se mantiene como una materia sensible.

En relación con los actores relevantes para los procesos de gobernanza de Internet a nivel nacional, a nivel de reparticiones ministeriales destacan el Ministerio del Interior, que es el ministerio más poderoso del Gobierno, a cargo de la mantención del orden público, la seguridad y la paz social, supervisando las labores policiales y de inteligencia del país, además de la gestión de las emergencias mediante la supervisión de la Oficina Nacional de Emergencias.

Otros ministerios relevantes en este ámbito son el Ministerio de Relaciones Exteriores, que está a cargo de la política exterior del Estado chileno, incluyendo las representaciones diplomáticas del país ante diversos países y órganos internacionales como la negociación de diversos acuerdos internacionales; el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que asesora al presidente en sus relaciones con el Congreso Nacional y está a cargo de la Unidad de Modernización y Gobierno Digital; y, el Ministerio de Economía que supervisa varias instituciones que velan por la competencia y derechos de los consumidores en Chile.

Mención aparte el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, vital para el desarrollo de Internet en Chile y el desarrollo de su agenda digital. En particular, de este Ministerio depende la Subsecretaría de Telecomunicaciones, que coordina las políticas públicas de inclusión a Internet y tiene atribuciones reglamentarias y de fiscalización sobre los prestadores de servicio de Internet. La misma Subsecretaría de Telecomunicaciones, mediante la Secretaría Ejecutiva de Desarrollo Digital, ha desarrollado una agenda digital denominada Imagina Chile, que plantea ejes estratégicos para el país en materia de tecnologías de la información. Sin embargo, esta agenda fue elaborada sin suficiente discusión ni consenso con los diversos actores de Internet en Chile, lo que ha dado pie a varios cuestionamientos.

Otro espacio relevante es el Consejo Nacional de Nombres de Dominio y Direcciones IP, que es un espacio multisectorial que colabora con la formulación, análisis y aprobación de diversas políticas públicas relacionadas con la gestión de nombres de dominio y números IP, integrada por funcionarios de gobierno, sociedad civil e industria.

La operación del ccTLD correspondiente a Chile (.cl) corresponde a NIC Chile, que pertenece a su vez a la Universidad de Chile, cumpliendo diversas funciones que garantizan el funcionamiento y una adecuada gestión del sistema. El sistema de inscripción de dominios es automático y no requiere de control o aprobación previa. En caso de suscitarse algún conflicto por la asignación de un nombre, el conflicto es conocido por un árbitro que se sortea de un panel nombrado por NIC Chile, que ofrece una mediación gratuita y luego tiene competencia para la resolución del problema.

Dentro del desarrollo interno, también tiene cierto espacio la sociedad civil. Pese al tamaño del país, Chile cuenta con una muy activa sociedad civil que ha propiciado numerosos cambios legislativos y políticas públicas. Destacan especialmente en ese sentido organizaciones como: ONG Cívico, impulsora de la Ley de Neutralidad de la Red; ONG Derechos Digitales, que intervino decisivamente en la reforma a la Ley de Propiedad Intelectual del año 2010; y, Ciudadano Inteligente, que ha logrado consolidarse como un referente regional en materia de participación ciudadana por Internet. En esta materia, existe el desafío de incorporar nuevas organizaciones de la sociedad civil a temas de Derechos en Internet, especialmente aquellas dedicadas a temas de conservación del medio ambiente, de consumidores, comunidades de opinión y participación ciudadana, y organizaciones tradicionales de derechos humanos.

Del análisis realizado en el informe, se desprende la necesidad de abordar diversos desafíos vinculados a la gobernanza de Internet en Chile, a nivel público como privado, a nivel nacional como internacional. Se recomienda poner énfasis en tres áreas sensibles:

- Abogar por una nueva normativa relativa a la protección de los datos personales en Chile. Siendo inconcuso el consenso en torno a la insuficiencia de la normativa actual, además de la falta de consagración constitucional, de la ausencia de una orgánica de control y la carencia de mecanismos de reclamación, es necesario impulsar nuevas reglas en la materia. Del mismo modo, corresponde acoger en el sistema chileno avances reconocidos en otras latitudes, como el rechazo en Europa a la retención de datos de conexión a Internet pero que en Chile se mantiene vigente.
- Impulsar la adopción de un régimen de responsabilidad de intermediarios de conexión y de puesta a disposición de contenidos en Internet, que admita la irresponsabilidad en caso de cumplir con requisitos formales y con las órdenes judiciales de retiro. Si se estima que un régimen de esta naturaleza funciona a propósito de las infracciones a la propiedad intelectual, parece apropiado apuntar hacia un régimen general respecto de otras clases de contenido potencialmente ilícito, sujetándolo a reglas expresas para su retiro.
- Participar activamente en la discusión tendiente a la elaboración de una nueva normativa sancionatoria general, a través de la dictación de un nuevo Código Penal, que se haga cargo de las particularidades de la comunicación a través de la red respecto de ciertos contenidos calificables como injuria y calumnia, y que se haga cargo de las variantes tecnológicas en la persecución de delitos económicos, como también de la problemática consagración actual de delitos informáticos.

Panorama general

I.I Acceso a Internet (acceso a la conectividad y calidad de acceso)

La historia de la conexión a Internet en Chile comienza el año 1992, año en que la Universidad de Chile realiza el primer envío de datos a través de un ruteador entre Santiago y Maryland¹. Sin embargo, no ha sido hasta la última década, impulsado por la penetración de las conexiones al interior de los hogares, que realmente se puede hablar de Internet en Chile como un fenómeno de masas.

I.I. Estadísticas

De acuerdo al Informe Sectorial del año 2012 de la Subsecretaría de Telecomunicaciones (SUBTEL), la penetración de internet por habitante en el segmento de Internet es la que ha experimentado un mayor crecimiento, llegando a un 40,7 por cada 100 habitantes. El siguiente cuadro especifica los cambios porcentuales en el acceso a Internet de la población, desde el año 2009 hasta el 2012²:

Cuadro 3.I: Indicadores de Penetración de Internet

Indicador	2009	2010	2011	2012	Var (%) 2011-2012
Penetración de Internet por cada 100 Habitantes. (Fija+Móvil 3G)	13,7%	19,0	29,6	40,7	37,5%
Penetración de Internet por Hogares. (Fija+Móvil 3G) (%)	37,0%	41,8%	50,2%	57,6%	14,9%
Penetración Banda Ancha fija por Hogares. (Fija+Móvil 3G) (%)	35,3%	36,6%	39,3%	41,0%	4,4%
Penetración Banda Ancha e Internet Móvil-3G por cada 100 Habitantes.	3,8	8,4	17,91	28,16	57,2%
Penetración de Internet Móvil-3G por cada 100 Habitantes.	N/D	N/D	N/D	22,8%	N/D

Además, se sostiene que gran parte del incremento en el acceso a Internet se debe a la expansión del Internet móvil 3G, que ha aumentado en un 670 % en los últimos tres años.³

1 Fayerwayer, "Internet en Chile, 20 años después": <http://www.fayerwayer.com/2012/01/Internet-en-chile-20-anos-despues/> [última visita: 30 de abril de 2014].

2 SUBTEL (2012), Informe Sectorial: Telecomunicaciones en Chile. Cifras a Diciembre 2012. Gobierno de Chile, pág. 10.

3 SUBTEL (2012), Informe Sectorial: Telecomunicaciones en Chile. Cifras a Diciem-

1.2. Distribución geográfica

Si bien el acceso a Internet ha aumentado de manera significativa durante los últimos años, este aumento no se ha producido de forma equitativa entre las regiones de nuestro país. De esta forma, es posible advertir regiones que cuentan con un porcentaje de acceso a Internet entre sus habitantes tres veces mayor a otras. De acuerdo a las estadísticas proporcionadas por la SUBTEL, a junio del año 2013, la VII Región contaba con un porcentaje de penetración de Internet de un 19.88 % mientras que el porcentaje en la II Región es del 69 %⁴.

1.3. Concentración de mercado

El total de la oferta de servicios de acceso a Internet en Chile proviene del sector privado, manteniendo el Estado un rol fiscalizador y de supervigilancia sobre éstos.

En cuanto al mercado de proveedores de servicios de Internet, es posible advertir dos actores dominantes que poseen más de un 35 % de cuota de mercado cada uno, configurándose así una especie de oligopolio que podría resultar perjudicial para la competencia y dinamismo del sector. Del total del mercado, el porcentaje de participación por empresa proveedora se reparte de la siguiente forma: Telefónica (41,9 %), VTR (37,6 %), Grupo Claro (9,6 %), Grupo GTD (7,7 %), Grupo Entel (1 %) y otros actores (2,2 %)⁵.

1.4. Iniciativas de gobierno para promover acceso a Internet

Como habíamos mencionado, las políticas públicas del Estado de Chile⁶ han entregado al mercado la tarea de proveer de acceso a Internet a la población. Sin embargo, existen algunas iniciativas gubernamentales que tienden a promover el acceso a Internet, las que a su vez, tienen un carácter subsidiario.

.....

bre 2012. Gobierno de Chile, pág. 10.

- 4 SUBTEL, Series larga distancia nacional (publicado el 13 de septiembre de 2013) (Período Información Enero 2000 - Junio 2013 http://www.subtel.gob.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=2486&Itemid=337 [última visita: 30 de abril de 2014].
- 5 SUBTEL, "Estadísticas de la Industria de Telecomunicaciones, Mayo 2012", pág. 19
- 6 Se puede hablar de una política de Estado, y no solo de gobierno, ya que ha sido la línea adoptada por todos los gobiernos desde el retorno a la democracia.

- a) **Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones (FDT):** Es el principal programa o iniciativa por parte del Estado para promover el acceso a Internet. Tiene por objeto promover el aumento de la cobertura de servicios de telecomunicaciones en áreas rurales o urbanas de bajos ingresos, con baja o nula disponibilidad de estos servicios debido a la inviabilidad económica de ser atendidas por parte de la industria nacional de telecomunicaciones⁷.

Es de carácter financiero, ya que este programa no ejecuta directamente los proyectos que diseña, sino que los adjudica mediante concursos públicos a las empresas e instituciones que satisfacen las condiciones de licitación.

- b) **Red de Centros “Quiero mi Barrio”:** Iniciativa de la SUBTEL inaugurada el año 2012, cuyo objetivo era inaugurar 80 telecentros en la Región Metropolitana y 200 a nivel nacional, que permitiesen a los sectores más vulnerables acceder a computadores modernos y conexión a Internet.
- c) **Red de Internet Rural: Todo Chile Conectado:** Un programa creado el año 2010 a partir del FDT. Su objetivo era lograr la penetración de Internet en 428 localidades, otorgando subsidios a los actores privados para prestar servicios en localidades rurales que de otra forma no tienen las condiciones de mercado necesarias. Sin embargo, no se encuentra información disponible si estos objetivos se han cumplido a la fecha⁸.
- d) **Programa “Yo Elijo mi PC”:** Iniciativa promovida por el Ministerio de Educación y la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas cuyo objetivo es “aumentar los niveles de equidad, disminuir la brecha digital y favorecer a niños en condición de vulnerabilidad que se destacan por sus altas calificaciones escolares⁹”. Para ello, el gobierno entrega cerca de 60.000 computadores portátiles por año a los estudiantes

.....

7 SUBTEL, “Programas de Subsidios y Otros Beneficios”: http://www.subtel.gob.cl/transparencia/subsidio_programas/2012/subsidio_programas.html [última visita: 30 de abril de 2014].

8 SUBTEL, “Proyecto Bicentenario Red de Internet Rural: Todo Chile Comunicado”:: http://www.subtel.gob.cl/images/stories/articles/subtel/asocfile/ppt_bicentenario_fdt_red_Internet_rural.pdf [última visita: 30 de abril de 2014].

9 Sitio oficial del programa: <http://www.yoelijomipc.cl> [última visita: 30 de abril de 2014].

que estén matriculados en séptimo básico¹⁰, sean los mejores de su clase y correspondan al 40 % de la población más vulnerable. En los tres años que lleva el programa, ha beneficiado a cerca de 150.000 alumnos.

1.5. Proyectos de Ley

Existen numerosas iniciativas legales en torno a Internet en el Congreso chileno. Entre ellas, las más relevantes son: el boletín N° 4.612 que propone una reforma constitucional para consagrar el derecho esencial el acceso a la conectividad digital; el boletín N° 6.987 que establece la garantía del acceso universal a las tecnologías de la información y la comunicación; y, el boletín N° 8.585 que modifica la Ley General de Telecomunicaciones para establecer la obligación de una velocidad mínima garantizada de acceso a Internet.

1.6. Calidad de conexión

De acuerdo al índice elaborado por Ookla, empresa dedicada a la medición de datos de tráfico en Internet, Chile se encuentra en el lugar número 32 a nivel mundial en cuanto a la calidad de su conexión a Internet¹¹. Si bien dicho estudio no cuenta con estadística de todos los países de Latinoamérica, sí muestra que la calidad de las conexiones nacionales superan a las de los países vecinos, Argentina y Perú.

Sin embargo, en nuestro país no se encuentran regulados de manera específica los parámetros de calidad de conexión que los proveedores de Internet deben entregar a sus usuarios. Lo más cercano es la prohibición general de publicidad engañosa contenida en la Ley de Protección a los Derechos del Consumidor.

Asimismo, datos proporcionados por la SUBTEL indican que la velocidad ofrecida por los proveedores de Internet no siempre coincide con la realmente entregada¹². Para combatir estas deficiencias, el mismo organismo ha propuesto

.....
10 La edad de los estudiantes que cursan dicho nivel corresponde a los 13 o 14 años.

11 Ookla, "Net Index: Quality Index in Chile": <http://www.netindex.com/quality/2,40/Chile/> [última visita: 30 de abril de 2014].

12 FayerWayer " Chile: VTR y Claro son las empresas que mejor cumplen la velocidad de Internet fija que prometen, según Subtel": <http://www.fayerwayer.com/2013/01/chile-subtel-entrego-informe-de-indicadores-de-calidad-de-internet-y-de-telefonía-fija-y-movil/> [última visita: 30 de abril de 2014].

recientemente fijar parámetros mínimos de calidad, tanto para los proveedores de Internet, como para los de telefonía (fija y celular) y TV abierta y por pago¹³. Dicho plan ha sido blanco de críticas por parte de la industria, que argumenta que la SUBTEL ha sobrepasado sus atribuciones¹⁴. No obstante, esto no parece ser efectivo, y por el contrario, resulta positivo que se regulen estándares técnicos de calidad, así como de denominación publicitaria (como por ejemplo, qué velocidad mínima puede entenderse como “banda ancha”).

2. Bloqueo y filtrado arbitrario

En materia de bloqueo y filtrado arbitrario de la red, Chile ha experimentado un avance sustantivo desde la dictación de la Ley 20.453, que consagra el principio de neutralidad de la red, legislación que ha sido pionera en el mundo en esta área.

Esta legislación impone dos grandes obligaciones clave a los prestadores de servicio de Internet: el de proveer información a los usuarios relativa a las características de su servicio y, abstenerse de interferir en las comunicaciones de los mismos. De esta forma, “No podrán arbitrariamente bloquear, interferir, discriminar, entorpecer ni restringir” el derecho a usar contenidos y redes (Art. 24 H, letra a). Así, se garantiza que no sean los proveedores de Internet los encargados de discriminar qué contenidos deben ser retirados de la red ni por qué motivo. A pesar de lo anterior, la ley deja abierta la posibilidad de que la intervención sea legítima, en la medida en que no sea de carácter “arbitrario”¹⁵.

Podemos advertir que son los tribunales de justicia los encargados de decretar el retiro de material que contravenga lo establecido por el ordenamiento jurídico, de acuerdo a lo establecido por la ley de neutralidad de la red, sumado a la modificación de la exención de responsabilidad de intermediarios de servicios

.....
¹³ La Tercera, “Subtel fijará estándares mínimos de calidad de servicio”<http://www.latercera.com/noticia/negocios/2013/08/655-536508-9-subtel-fijara-estandares-minimos-de-calidad-de-servicio.shtml> [última visita: 30 de abril de 2014].

¹⁴ La Segunda “Subtel responde a críticas a operadoras: “Son resabios naturales y entendibles de una industria que no quiere tener normas” [última visita: 30 de abril de 2014]
<http://www.lasegunda.com/Noticias/Economia/2013/09/880800/subtel-responde-a-operadoras-son-resabios-naturales-y-entendibles-de-una-industria-que-no-quiere-tener-normas> [última visita: 30 de abril de 2014].

¹⁵ Derechos Digitales “Las dudas del proyecto de ley sobre neutralidad de la red”
<http://www.derechosdigitales.org/1855/las-dudas-de-la-ley-sobre-neutralidad-en-la-red/> [última visita: 30 de abril de 2014].

de redes a propósito de infracciones a los derechos de autor, y el tratamiento que la legislación y la jurisprudencia nacional han dado al derecho al debido proceso. Todo ello consagra el principio de legalidad en el retiro de material en la red de una forma equilibrada y respetuosa de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

3. Criminalización de la expresión legítima

El historial chileno en torno a la protección de la libre expresión no es, bajo ningún punto de vista, digno de admiración. Desde el retorno a la democracia, el fantasma de la censura ha seguido vigente y, lamentablemente, amparado por los tribunales superiores de justicia en ciertas ocasiones. Es así como el año 1993, el empresario chileno Andrónico Luksic logró detener la publicación de un libro supuestamente infamante al acudir a la Corte de Apelaciones de Santiago, en el connotado caso “Luksic con Martorell”. Igualmente polémico resultó la prohibición de exhibir la película “La última tentación de Cristo” decretada por los tribunales el año 1997, por resultar ofensiva a la creencia de los cristianos católicos. Éste último caso le valió una condena al Estado de Chile en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Finalmente, en el año 1999, a un día de su lanzamiento, “El Libro Negro de la Justicia en Chile” fue confiscado y prohibida su circulación, por incurrir su autora “según los tribunales- en “desacato” u ofensas a la autoridad, prohibición que se mantuvo hasta el año 2001.

En los últimos años, el criterio de los tribunales superiores de justicia ha evolucionado a uno más garantista de este derecho fundamental. Si bien no se ha llegado a un desarrollo teórico similar a la jurisprudencia estadounidense, que ha señalado que este derecho cuenta con una “posición preferente”, sí se ha evidenciado, al menos, una ausencia de fallos abiertamente contrarios a la libertad de expresión¹⁶. Esta evolución jurisprudencial ha ido de la mano con el avance de Internet como medio de comunicación masivo; sin embargo, aún existen campos donde se puede apreciar, al menos, un peligro para el ejercicio de la libertad de expresión en el ambiente digital. En todos los casos que se exponen a continuación, se esboza un peligro de criminalización de la expresión legítima a través del uso abusivo de un tipo penal.

3.1. Usurpación de nombre

.....

16 La excepción la podríamos encontrar en el fallo un fallo de la Corte de Apelaciones del año 2012. El abogado Jorge Abbot interpuso un recurso de protección contra Google ya que al “googlear” su nombre, éste aparecía como referencia a un sitio que acusaba a distintos abogados de corrupción. La Corte ordenó a Google agregar filtros computacionales para evitar los resultados de dicha búsqueda en su portal.

El caso de usurpación de nombre es el más novedoso y reciente. A comienzos del año 2013, el connotado empresario Andrónico Luksic, denunció ante el Ministerio Público, y luego interpuso querrela criminal, en contra de un usuario de Twitter, acusándolo de ser el administrador de tres cuentas que estarían cometiendo el ilícito de usurpar su nombre. El Ministerio Público envió un requerimiento internacional al Departamento de Estado de Estados Unidos, el que a su vez ordenó a Twitter la entrega de los antecedentes del titular de la cuenta, así como su dirección IP, lo que permitió identificar al administrador de al menos una de las cuentas en cuestión¹⁷.

La defensa del usuario alegó que no existía un ánimo de usurpación de identidad en la cuenta referida, toda vez que en ella se exhibían mensajes irónicos alusivos a la fama y fortuna de la familia Luksic, sin actuar como ninguno de sus miembros individualmente¹⁸. Por lo mismo, correspondía calificar la actividad realizada por esta cuenta de Twitter como un ejercicio legítimo de parodia, amparado por el derecho a libertad de expresión. La defensa argumentó que la Fiscalía, al intentar procesar penalmente un acto legítimo de parodia estaría infringiendo el derecho a la libertad de expresión, constitucionalmente consagrado en el artículo 19 número 12 de la Carta Fundamental chilena.

Asimismo, y en un sentido más jurídico, la persecución penal de este ejercicio de parodia infringiría un principio fundante del derecho penal, a saber, el de tipicidad estricta y previa, consagrado en el artículo 19 número 3 de la Constitución. Esto se vuelve evidente al constatar que en ningún momento el acusado intentó apropiarse de manera fraudulenta de la identidad del querellante (conforme lo requiere el tipo penal), sino que más bien hizo uso de la cuenta de parodia con un motivo burlesco. Por lo tanto, no se podía perfeccionar el tipo legal de usurpación de identidad, el que exige “utilizar el nombre de otra persona como si fuera propio, con todas las consecuencias tanto personales como patrimoniales que para ese otro sujeto ello implica”¹⁹.

.....

17 La Tercera “Formalizan a abogado por usurpación de identidad de Andrónico Luksic” <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2013/02/680-509766-9-formalizan-a-abogado-por-usurpacion-de-identidad-de-andronico-luksic-en-twitter.shtml> [última visita: 30 de abril de 2014].

18 En Chile, la familia Luksic ha adquirido el estatus de figuras públicas, entre otros motivos por su participación en círculos empresariales como también por exposición pública mediante aportes monetarios, a título personal, a causas benéficas como la llamada “Teletón”.

19 Citado en: MUÑOZ, Fernando ¿Es punible la parodia a través de Twitter? Revista

Felizmente, el acusado fue sobreseído definitivamente en la audiencia realizada ante el 7º Juzgado de Garantía de Santiago²⁰, el cual consideró que no existían suficientes antecedentes para proceder a la investigación del caso. Si bien este fallo no implica que sea imposible cometer el delito de suplantación de identidad a través de la red social citada²¹, sí permite sentar un precedente sólido en el sentido de que los ejercicios de sátira, parodia y crítica se encuentran amparados bajo la libertad de expresión.

3.2. Calumnias e injurias

En el caso de los delitos de calumnia e injurias, encontramos una de las legítimas restricciones a la libertad de expresión. La emergencia de los medios digitales solo ha significado que estos delitos han extendido su aplicación a comunicaciones realizadas a través de la red. Estas figuras legales, de la forma en que son consagradas en Chile, arriesgan prestarse para ser utilizadas como forma de criminalizar la expresión legítima.

El delito de calumnia corresponde a *“la imputación de un delito determinado pero falso y que pueda actualmente perseguirse de oficio”*²²; las penas aplicables varían dependiendo si lo que se le imputa al afectado es un simple delito o un crimen y si la calumnia es propagada con publicidad y por escrito. Por otro lado, la injuria es definida como *“toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona”*²³; al igual que en el caso de calumnia, la pena aplicable varía dependiendo si las expresiones fueron realizadas por escrito y publicadas.

En las disposiciones comunes a ambos tipos penales se establece que *“La calumnia y la injuria se reputan hechas por escrito y con publicidad cuando se propagaren por medio de carteles o pasquines fijados en los sitios públicos;*

.....

de Derecho y Tecnología, Vol. 2 Núm. 1 (2013), págs. 149-168.

20 Bio-Bio Chile “Rechazan querrela de Andrónico Luksic” <http://www.biobiochile.cl/2013/04/19/rechazan-querrela-de-andronico-luksic-contr-a-usuario-acusado-de-usurpar-su-identidad-en-twitter.shtml> [última visita: 30 de abril de 2014].

21 Este punto es desarrollado de forma más extensa en Muñoz Fernando ¿Es punible la parodia a través de Twitter? Revista de Derecho y Tecnología, Vol. 2 Num 1 (2013). pág 149-168

22 Artículo 412 del Código Penal.

23 Artículo 416 del Código Penal.

por papeles impresos, no sujetos a la ley de imprenta, litografías, grabados o manuscritos comunicados a más de cinco personas, o por alegorías, caricaturas, emblemas o alusiones reproducidas por medio de la litografía, el grabado, la fotografía u otro procedimiento cualquiera”²⁴. A pesar de lo arcaico de la redacción, es posible concluir que una comunicación realizada a través de la web podría ser objeto de dicha agravante. Entonces, se vuelve posible perseguir penalmente a quien realice una declaración injuriosa que afecte la honra de una persona a través de la plataforma de Twitter o un blog personal²⁵.

A diferencia de la calumnia, al acusado de injuria no se le permite eximirse de responsabilidad al probar la veracidad de sus declaraciones, salvo en el caso que el ofendido sea un empleado público y los hechos versen sobre el ejercicio de su cargo. La redacción de ambos tipos penales citados, en particular el de la injuria, permite la persecución penal de una serie de conductas legítimas, tales como la denuncia o el derecho de emitir opinión de forma pública respecto de otro, existiendo “deshonra, descrédito o menosprecio”. En suma, tanto la redacción de los tipos penales, como el carácter agravado por el solo hecho de realizarse en Internet, parece abrir la posibilidad de que dichas figuras sean usadas para limitar o criminalizar ejercicios de expresión legítima, o como mínimo, para desincentivar actos amparados por la libertad de expresión.

3.3. Delitos contra la vida privada y la honra de la persona y su familia

La ley chilena castiga a quienes por cualquier medio capten, intercepten, reproduzcan, graben, filmen o fotografíen o difundan hechos de carácter privado que se produzcan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público²⁶.

En este caso existe un resguardo desmedido de la legislación, la cual, al proteger con excesivo celo un ámbito específico de la protección de la vida privada, entra en tensión con el ejercicio legítimo de otros derechos y libertades en relación con determinadas actividades. Particularmente gravosa resulta esta regulación para el ejercicio de la labor periodística, donde esta captura o difusión puede acarrear penas de hasta 500 Unidades Tributarias Mensuales (sobre 35 mil dólares de los Estados Unidos) y penas de reclusión.

.....
24 El énfasis es nuestro.

25 En virtud de la Ley 19.733, esta regulación, en lo medular, se vuelve aplicable a los medios de comunicación social.

26 Artículo 161-A del Código Penal

4. Imposición de responsabilidad a intermediarios

La regulación de la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación de comunicaciones a través de redes digitales es de reciente data en nuestro país. La primera reforma legal cuyo objetivo fue consagrar la responsabilidad de los proveedores de Internet se materializó, a través de la modificación de la Ley de Propiedad Intelectual, con el objetivo de cumplir con las obligaciones internacionales adquiridas por Chile, en particular, las contenidas en el Tratado de Libre Comercio suscrito con Estados Unidos²⁷. La segunda, corresponde a la consagración legal del principio de neutralidad de lared²⁸. En ambos casos se reformó la legislación para consagrar el carácter de intermediarios a los prestadores de servicio de Internet, en que la no intervención sobre los contenidos que transmiten o difunden mediante sus servicios determina su exención de responsabilidad.

La legislación chilena ha definido a los diversos operadores de la cadena de intermediación en términos amplios y utilizando un lenguaje que permite abarcar a todos los operadores, distintos de los usuarios mismos y de los proveedores de contenido, que constituyen la red que permite la comunicación y el intercambio de contenidos en el entorno digital. Es así como la Ley de Propiedad Intelectual define “Prestador de Servicio” como la *“empresa proveedora de transmisión, enrutamiento o conexiones para comunicaciones digitales en línea, sin modificación de su contenido, entre puntos especificados por el usuario del material que selecciona, o una empresa proveedora u operadora de instalaciones de servicios en línea o de acceso a redes”*²⁹. Por otro lado, la ley que consagró el principio de neutralidad de lared define a los proveedores de acceso a Internet como *“toda persona natural o jurídica que preste servicios comercial de conectividad entre los usuarios o sus redes e Internet”*³⁰.

.....
27 Ley 20.435, implementando en este punto el Artículo 17.II.23 del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos.

28 Ley 20.453.

29 Artículo 5° letra y), Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual.

30 Artículo 24H, Ley 18.168 General Sobre Telecomunicaciones.

Es posible observar que bajo las expresiones definidas por la ley pueden clasificarse una serie de actores que participan en el mercado de prestación de servicios de intermediación de comunicaciones a través de la red. Entre ellos podemos destacar a los proveedores de acceso, proveedores de tránsito, proveedores de alojamiento (tanto de caching como de hosting), proveedores de servicios en línea y los proveedores de búsqueda y enlaces.

Las distintas formas de comunicación, la participación de naturaleza disímil de los intermediarios y las distintas formas de cometer ilícitos en la red justifican la necesidad de una regulación diferenciada para cada tipo de intermediario. Asimismo, y dependiendo del ilícito, cada intermediario estará sujeto a los requisitos legales existentes para su exención o para asignar de forma directa su responsabilidad.

4.1. Derechos de autor

Sin perjuicio de que sobre los prestadores de servicios recae una obligación general de no intervención sobre los contenidos³¹, no es posible identificar en la legislación una norma general sobre responsabilidad de los intermediarios en redes digitales. De esta forma, es en materia de infracciones a derechos de autor y conexos donde mejor se puede identificar una regulación a los deberes de los prestadores de servicios de intermediación en redes. A partir de una reforma legal realizada en mayo del año 2010, se agregó el capítulo titulado “Limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet” a la Ley de Propiedad Intelectual.

En dicho capítulo se establece la exención de responsabilidad de los intermediarios bajo tres condiciones generales (que no son aplicables a los servicios de búsqueda o enlace), a saber: (i) haber establecido condiciones generales y públicas, bajo las cuales el proveedor tiene la facultad de poner término a los contratos de los proveedores de contenido calificados judicialmente como infractores reincidentes de derecho de autor, (ii) no interferir en las medidas tecnológicas de protección y de gestión de derechos de obras protegidas ampliamente reconocidas y utilizadas lícitamente, y (iii) no haber generado, ni haber seleccionado el material o sus destinatarios³².

.....

31 De esta forma la ley que consagró el principio de neutralidad de la red estableció que estos “no podrán arbitrariamente bloquear, interferir, discriminar, entorpecer ni restringir el derecho de cualquier usuario para utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio legal a través de Internet, así como cualquier otro tipo de actividad o uso legal realizado a través de la red”.

32 Artículo 85 O, Ley 17.336.

Como habíamos adelantado, existen requisitos que dependen de las características del servicio del intermediario respectivo. Los prestadores de servicio de transmisión de datos, enrutamiento o suministro de conexiones, estarán exentos de responsabilidad en la medida que no seleccionen ni modifiquen el contenido de la transmisión, no inicien ellos mismos dicha transmisión ni seleccionen a los destinatarios de la información³³. Los prestadores de servicio que almacenen temporal y automáticamente datos se encuentran exentos de responsabilidad en la medida que no modifiquen el contenido, no intervengan en la tecnología utilizada para obtener información sobre el uso en línea del material almacenado y no modifiquen su contenido en la transmisión a otros usuarios³⁴. Asimismo, esta clase de proveedores se eximirá de responsabilidad en la medida que retire o inhabilite el acceso al material almacenado, cuando este haya sido inhabilitado en su sitio de origen³⁵.

Las condiciones para que los prestadores de servicios de almacenamiento y de búsqueda y enlace se encuentren exentos de responsabilidad son: a) que el prestador no tenga conocimiento efectivo del carácter ilícito de los datos, b) que no reciba un beneficio económico directamente atribuible a la actividad infractora, c) que designe públicamente un representante para recibir las notificaciones judiciales, y d) que retire o inhabilite de manera expedita el acceso al material almacenado³⁶. Se entenderá que el intermediario no cumple con la condición anterior si habiendo sido notificado judicialmente, de acuerdo al procedimiento contenido en la ley, no cumple con lo ordenado de manera expedita.

La particularidad del procedimiento que permite el retiro de material que infrinja algún derecho de autor, y que lo diferencia del sistema estadounidense de aviso y remoción de contenidos (notice and takedown), es que el procedimiento la ley chilena tiene carácter judicial. Es el juez civil, en un proceso de carácter breve y sumario, el que debe decretar el retiro del material infractor. Para ello se deberá individualizar con precisión los derechos infringidos, su titularidad, el contenido infractor, la forma de infracción y su ubicación en la red. La orden judicial de retiro podrá solicitarse como medida cautelar o prejudicial y solo podrá impedir el acceso al contenido infractor, mas no al contenido lícito.

.....
33 Artículo 85 M, Ley 17.336

34 Artículo 85 N, Ley 17.336

35 Artículo 85 Q, Ley 17.336

36 Artículo 85 Ñ, Ley 17.336

En cuanto al procedimiento para el retiro de material infractor, es posible aseverar que respeta el principio de bilateralidad de la audiencia que informa al derecho procesal, al contemplar la posibilidad de oposición, en la cual el proveedor puede solicitar que se deje sin efecto la medida adoptada. Finalmente, el tribunal puede decretar (a petición del demandante) medidas que persigan identificar la identidad del infractor, para de este modo perseguir su responsabilidad directa³⁷.

Este sistema ha sido blanco de algunas críticas, tales como su falta de celeridad, la carga económica que significa para los titulares de derechos tener que acudir a los tribunales de justicia y la falta de símiles en el derecho comparado. Sin embargo el procedimiento contenido en la legislación nacional sigue principios generales de debido proceso y no afectación de garantías constitucionales sin orden judicial previa y fundada. De ahí que, ante la posible afectación de derechos de rango constitucional, tales como la libertad de expresión y el respeto y protección a la vida privada, sea necesario que la potestad para decretar dicha medida recaiga sobre un juez de la República.

4.2. Atentados contra la honra

Debido a la falta de una regulación específica en este tema, solo han sido conocidos casos esporádicos por los tribunales, los cuales han aplicado criterios poco homogéneos para dirimir estos conflictos. En cuanto a la responsabilidad penal de los intermediarios de servicios de Internet no han existido casos que hayan llegado a tribunales superiores de justicia. Sí se han conocido querrelas en contra de administradores de sitios web que prestan servicios para la puesta a disposición de contenido subido por terceros, los que –hasta donde hemos tenido acceso o conocimiento– han sido objeto de salidas alternativas a la sentencia, es decir, medidas que permiten terminar o suspender el proceso bajo ciertas condiciones.

4.3. Prácticas extralegales

A partir del año 2013, la Agrupación de Productores Fonográficos de Chile (IFPI Chile) comenzó a enviar notificaciones a personas que habrían infringido derechos de propiedad intelectual al descargar música desde sistemas peer to peer, con el fin de “concientizar a los usuarios”³⁸. Si bien dicha medida tiene

.....
37 Artículo 85 S, Ley 17.336

38 24 Horas “Llegan notificaciones a los hogares que bajan música ilegal” <http://www.24horas.cl/tendencias/mundodigital/llegan-notificaciones-a-los-hogares-que-bajan-musica-ilegal-767422> [última visita: 30 de abril de 2014].

sustento legal³⁹, esta solo constituye un aviso que el proveedor de Internet realiza al usuario una vez que el titular del derecho de autor le ha proporcionado información al ISP de un supuesto ilícito. Sin embargo, el retiro del material y la asignación de responsabilidad civil de un eventual infractor deberá ser decretada por un juez mediante el procedimiento ya descrito, por lo que este tipo de notificaciones, fuera de su carácter informativo, tienen un efecto jurídico limitado. Queda abierta la interrogante sobre si la información recabada por la IFPI, sobre dichas supuestas infracciones por parte de los usuarios, fue obtenida de acuerdo a establecido en nuestro marco legal.

5. Desconexión de usuarios de Internet

Chile no cuenta con una regulación que especifique las condiciones bajo las cuales es posible desconectar a un usuario de Internet. Sin embargo, la ley de propiedad intelectual, al enumerar los requisitos que deben cumplir los intermediarios de servicios de telecomunicaciones para establecer su irresponsabilidad frente a infracciones a la propiedad intelectual cometidas por sus usuarios, establece la obligación de *“a) Haber establecido condiciones generales y públicas, bajo las cuales éste podrá hacer uso de la facultad de poner término a los contratos de los proveedores de contenido calificados judicialmente como infractores reincidentes de los derechos protegidos por esta ley”* ⁴⁰. Atendido el principio de arquitectura cliente-servidor, todo usuario que ponga a disposición material susceptible de comunicarse o publicarse en la red, puede ser calificado como un “proveedor de contenido”. Por ello, un usuario que ha sido declarado judicialmente como infractor de las disposiciones sobre propiedad intelectual, de manera reiterada, podría ser desconectado de Internet, al ponerse fin al contrato entre este usuario y su proveedor de servicios. Para que ello sea posible, el ISP o intermediario análogo, deberá contar con condiciones previas, generales y públicas bajo las cuales este escenario sería posible, y presumiblemente dichas condiciones se encontrarán en las cláusulas del contrato con el usuario o publicadas en su página web⁴¹.

.....
39 Artículo 85 U, Ley 17.336.

40 Artículo 85 O letra a), Ley 17.336.

41 Así por ejemplo, las condiciones de uso de VTR, unas de las mayores empresas proveedoras de servicio de Internet, señalan que “VTR no controla, no califica ni censura el uso dado por el Usuario a los servicios y/o Sitios, pero en caso de determinar que el Usuario está accediendo a los Sitios y/o usando los Servicios sobre Internet con un objetivo distinto al que sirvió de fundamento para su creación, o se encuentra en contravención con estas Condiciones de Uso y/o de las respectivas Condiciones de Particulares y/o disposiciones legales, VTR podrá

Dicha disposición pareciera estar en consonancia con el resto de las normas sobre la materia, y ser respetuosa del derecho constitucional al debido proceso, toda vez que exige que el infractor haya sido declarado judicialmente como tal. Asimismo, el requisito de reincidencia y el hecho que la potestad de desconectar o terminar el contrato con el infractor sea facultativa y no imperativa, agrega garantías adicionales al mecanismo.

Asimismo, el sistema jurídico entrega herramientas al usuario de Internet que se enfrente a un proveedor de Internet que establezca cláusulas arbitrarias o abusivas en sus condiciones respecto a esta materia y producto de ello resulta desconectado de Internet. Toda vez que el contrato entre el proveedor y el usuario constituye un contrato de adhesión, cualquier cláusula abusiva o arbitraria podrá ser impugnada, y dejada sin efecto, a través de las disposiciones contenidas en Ley de Protección al Consumidor. Del mismo modo, el recurso de protección permitiría a los usuarios que ven pasado a llevar alguno de sus derechos fundamentales, al ser desconectado arbitrariamente de Internet, a acudir de manera expedita, y sin necesidad de un juicio lato, a la justicia para que se restablezca el imperio del derecho.

6. Ciberataques

El mercado chileno no ha presentado características en las que el espionaje corporativo constituya una práctica recurrente o una amenaza real al tráfico económico de manera conspicua. Tampoco es posible apreciar una cultura o comunidad “hacker” nacional que realice ataques cibernéticos que produzcan algún nivel de daño considerable. Por lo mismo, los casos de cibercrimen más relevantes realizados en nuestro país corresponden a ataques a instituciones bancarias. De esta forma el año 2009 un hacker logró sustraer cerca de 100 millones de pesos de una cuenta bancaria del Banco Santander. Más connotado fue el caso del “hacker más buscado de Chile”, quien fue formalizado en 2013 por la comisión de delitos informáticos al sustraer más de 700 millones de pesos de distintas empresas e

.....

suspender o revocar, total o parcialmente, y en forma inmediata, las Claves de Acceso, el acceso al Sitio y/o el derecho a usar los Servicios sobre Internet. La revocación podrá involucrar la eliminación de la información que el Usuario hubiera almacenado al hacer uso del servicio, la supresión de sus Claves de Acceso y la exclusión del Usuario de los registros correspondientes.

En los casos en que sea posible, VTR informará previamente al Usuario respecto de la aplicación de estas medidas. Sin ser taxativo, se entenderá que no existe posibilidad de informar previamente sobre la aplicación de estas medidas, en casos de fuerza mayor como cuando así lo solicite una autoridad competente, o cuando la información previa vuelva inoperante o reste efectividad a la medida.”
<http://vtr.com/politicas.php> [última visita: 30 de abril de 2014].

instituciones financieras utilizando el método conocido como “data tampering”⁴².

6.1. Regulación

Los ataques cibernéticos a sistemas computacionales o bases de datos se encuentran regulados en la Ley 19.223, que tipifica figuras penales relativas a la informática. Esta ley, del año 1993, castiga al que a) con el ánimo de apoderarse, usar o conocer indebidamente de la información contenida en un sistema de tratamiento de la misma, lo intercepte, interfiera o acceda a él; b) maliciosamente altere, dañe o destruya los datos contenidos en un sistema de tratamiento de información; y c) el que maliciosamente revele o difunda los datos contenidos en un sistema de información⁴³.

6.2. Phishing

La mayoría de lo que es comúnmente denominado “ciberataque”, en realidad corresponde a la práctica conocida como “phishing” en donde estafadores envían correos electrónicos, o crean portales artificiales, para hacerse pasar por instituciones financieras, a fin de que los clientes de éstas le entreguen sus claves secretas⁴⁴. Si bien estos ilícitos son cometidos a través de Internet, la figura penal aplicable corresponde a la del delito de fraude.

6.3. DDoS

La mayoría de los “ciberataques” más noticiosos, corresponden a inhabilitaciones temporales de sitios web gubernamentales como forma de protesta, en los cuales se suele colocar una imagen alusiva a alguna causa en la portada del sitio, los cuales suelen volver a la normalidad luego de un par de horas. Asimismo, se han reportado numerosos ataques de denegación de servicios (DDoS), una modalidad que vuelve inaccesible un sitio al sobrecargar los recursos computacionales del sistema víctima.

.....
42 La Tercera “Indagan a hacker por robo de \$700 millones con inédito método” <http://diario.latercera.com/2013/05/18/01/contenido/pais/31-137125-9-indagan-a-hacker-por-robo-de--700-millones-con-inedito-metodo.shtml> [última visita: 30 de abril de 2014].

43 Artículos 2º, 3º y 4º, Ley 19.223

44 EMOL, “Conozca los métodos más utilizados por los estafadores bancarios” <http://www.emol.com/noticias/economia/2013/04/08/592283/conozca-los-metodos-mas-utilizados-por-los-estafadores-bancarios-de-internet-en-chile.html> [última visita: 30 de abril de 2014]

Usualmente esto se logra utilizando ciertos portales que visitan automáticamente el sitio blanco del ataque en numerosas ocasiones sucesivas. Si suficientes simpatizantes de la causa se unen al ataque, el sitio víctima queda inhabilitado por un período de tiempo no demasiado largo. Estos ataques resultan más relevantes por el revuelo noticioso que concitan que por el daño efectivamente causado; así, por ejemplo, el colectivo Anonymous realizó una serie de ataques al Ministerio de Educación en apoyo a la movilización estudiantil durante el año 2011⁴⁵.

Si bien los tribunales de justicia no han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la legalidad de estos ataques, toda vez que no han sido perseguidos penalmente hasta el momento, es posible concluir que no se configura ninguna de la hipótesis contenidas en los artículos de la Ley 19.223, ya que la información contenida en los sistemas computacionales atacados permanece intacta y no es apropiada de ninguna manera. Sin embargo, en el caso de que algún tipo de protesta social en la red llegase a ser perseguida, los tribunales de justicia estarían llamados a dirimir entre la persecución penal de la supuesta falta o si la conducta se encuentra amparada por el derecho a la libertad de expresión.

6.4. Jurisprudencia

Si bien la justicia ha conocido un número reducido de casos en torno a la aplicación de la Ley 19.223, la Corte Suprema ha fallado a favor de que es requisito para la configuración de este tipo de delitos el “dolo directo”, es decir “aquel que el agente activo del delito representa como cierto o seguro un resultado típicamente antijurídico al que quiera realizar directamente”. Este es el caso de la sentencia dictada por la Corte Suprema el año 2004, que a pesar de confirmar el fallo condenatorio en contra de un funcionario del Servicio de Impuestos Internos que intervino y obstaculizó el funcionamiento del sistema computacional del Servicio, sí estableció el requisito de que la acción fuese realizada maliciosamente, es decir a través de dolo directo, excluyendo de esta forma el dolo eventual. La sentencia se confirma, toda vez que se demostró que la interrupción del servicio se realizó con la intención específica de beneficiarse de la remuneración por horas extraordinarias, situación que sólo se detuvo cuando el servicio cambió las claves que dicho funcionario conocía⁴⁶.

.....

45 Cooperativa “Anonymous “bajó” sitio del Mineduc en operación de protesta” <http://www.cooperativa.cl/noticias/tecnologia/Internet> [última visita: 30 de abril de 2014]

46 Corte Suprema, causa rol N° 370/02, resolución de 24 de junio de 2004. Texto de la sentencia disponible en: <http://jurisconsultor.blogspot.com/2007/06/240604-rol-n-370-02.html> [última visita: 30 de abril de 2014]

De la misma forma, la Corte Suprema confirmó el año 2012 una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que absolvió a una imputada de realizar el delito contenido en el artículo 3 de la Ley 19.223. Funda su resolución que el tenor de los hechos indican que la intervención del sistema computacional correspondió a un error, y que no significaron un beneficio alguno para la imputada, por lo que no se configuraría la exigencia de malicia establecida por el tipo penal⁴⁷.

Por último, el año 2009, la Corte Suprema absolvió a un querrellado por los delitos de sabotaje informático y estafa que, reprogramando los datos contenidos en el chip de tarjetas de la empresa de televisión satelital logró tener acceso a un mayor número de canales que los permitidos⁴⁸.

6.5. Organismos públicos

Los organismos públicos responsables de investigar y perseguidos la comisión de delitos informáticos podemos encontrar los siguientes.

1. **La Brigada Investigadora del Ciber Crimen** de la Policía de Investigaciones es la encargada de investigar las figuras contempladas en la Ley N° 19.223 sobre Delitos Informáticos, así como también las amenazas electrónicas, fraudes de diverso orden, pornografía infantil en Internet, falsificaciones e injurias y calumnias, y en general los delitos que tengan tecnologías informáticas como objetos de ataque o como medios de comisión de otros delitos.
2. Al **Ministerio Público** le corresponde la persecución penal de estos ilícitos, aunque no de forma exclusiva, ya que existe la posibilidad que el afectado también se querelle de forma paralela.
3. Finalmente, dentro de las funciones que le corresponden a la **Agencia Nacional de Inteligencia** se encuentra *“Proponer normas y procedimientos de protección de los sistemas de información crítica del Estado”*⁴⁹. Le corresponde por tanto a esta agencia proponer

.....
⁴⁷ Corte Suprema, causa rol N° 2024/I2, resolución de 1 de junio de 2012. Texto de la sentencia disponible en: http://www.klebermonlezun.cl/downloads/2012/minutas/2- semestre/delitos_informaticos_delito_tributario_alteracion_dolosa_de_registros_dolo.html [última visita: 30 de abril de 2014]

⁴⁸ Corte Suprema, causa rol N° 4245/2008, resolución de 2 de Abril de 2009.

⁴⁹ Artículo 8 letra, c) Ley 19.974.

al poder ejecutivo las medidas tendientes a proteger la protección de información crítica del Estado de posibles ataques cibernéticos por particulares o naciones extranjeras, así como orientar en torno a políticas públicas sobre el tema.

7. Tutela legal y constitucional de la vigilancia y la interceptación de comunicaciones legítima

Como se ha señalado anteriormente, la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones, gozan de consagración constitucional. En el caso de la inviolabilidad de las comunicaciones también se establece el principio de reserva legal, toda vez que *“el hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”*⁵⁰.

En lo concerniente a la persecución penal, la Constitución va más allá, al establecer que en los casos en que existan actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, será requisito contar con aprobación judicial previa⁵¹. El espíritu garantista que la Constitución consagra en esta materia ha sido recogido por la reforma procesal del año 2000, que establece el mismo requisito en términos equivalentes para el proceso penal (artículo 9 Código Procesal Penal).

Asimismo, el Código del Trabajo establece el procedimiento de tutela laboral (artículos 485 y siguientes), con el fin de poder dirimir conflictos que puedan surgir a partir de la relación laboral por aplicación de las normas laborales que entren en conflicto con la observancia de los derechos fundamentales de los trabajadores. Ya que este procedimiento tutela todos los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, es también aplicable para tutelar el derecho a la privacidad y la inviolabilidad de la correspondencia. Son los Juzgados de Letras del Trabajo los llamados a pronunciarse sobre la existencia de una lesión de los derechos fundamentales del trabajador, es decir, aquellos casos en que el ejercicio de las potestades que ley reconoce al empleador limita el pleno ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución por parte del trabajador, sin justificación suficiente, en forma arbitraria y desproporcionada o sin respeto a su contenido.

Sobre el conflicto recurrente, que enfrenta las facultades del empleador y el correo electrónico laboral, la Dirección del Trabajo, órgano administrativo, ha

.....
⁵⁰ Artículo 19, número 5 de la Constitución Política de la República.

⁵¹ Artículo 83, número 4 de la Constitución Política de la República.

interpretado que el empleador “puede regular las condiciones, frecuencia y oportunidad de uso de los correos electrónicos de la empresa, pero en ningún caso podrá tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores”.⁵² Asimismo, el Tribunal Constitucional ha resuelto en relación a la Ley de acceso a la información pública, que los mensajes enviados a través del correo electrónico institucional en reparticiones de la administración del Estado no constituyen información pública, sino que constituyen información reservada protegida por el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones mencionado anteriormente⁵³.

7.1. Regulación de la vigilancia y la interceptación de comunicaciones por parte del Estado

En cumplimiento al principio de reserva legal consagrado la Constitución Política de la República, todo organismo público que pretenda interceptar las comunicaciones privadas de un individuo deberá estar facultado expresamente por la ley para aquel efecto. Como también hemos mencionado, el Ministerio Público requerirá aprobación judicial previa para llevar a cabo estas pesquisas.

Al interior del proceso penal, los requisitos, forma y condiciones para que pueda realizarse la interceptación de comunicaciones privadas se encuentran regulados por el artículo 222 del Código Procesal Penal. En él, se estipula que deben existir sospechas fundadas de la comisión de un crimen y deberá contar con aprobación previa del juez de garantía, a petición del Ministerio Público⁵⁴. En los incisos siguientes del mismo artículo se agregan más condiciones que limitan la capacidad del juez de garantía para autorizar este tipo de interceptación⁵⁵.

.....

52 Dirección del Trabajo, Ord. N° 260/19, 24 de enero de 2002.

53 Tribunal Constitucional, rol N° 2246-212-INA, sentencia de 31 de enero de 2013. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2684> [última visita: 30 de abril de 2014].

54 “Cuando existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que una persona hubiere cometido o participado en la preparación o comisión, a que ella prepare actualmente la comisión o participación en un hecho punible que mereciera la pena de crimen, y la investigación lo hiciere imprescindible, el juez de garantía, a petición del ministerio público, podrá ordenar la interceptación y grabación de sus comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicación”.

55 De esta forma la orden solo podrá afectar al imputado o a personas respecto de las cuales existieran fundadas sospechas basadas en hechos determinados. No serán susceptibles de interceptación las comunicaciones entre el imputado

En cuanto al rol de las empresas de comunicaciones, el Juez de Garantía a petición del Ministerio Público, podrá autorizar la facilitación por parte de éstas de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ellas. En este sentido, el Decreto 142 de 2005, reglamenta la interceptación y grabación de comunicaciones y otras formas de telecomunicación de los prestadores de servicios.

De acuerdo al procedimiento establecido en el reglamento, se remite el plazo de actuación de dichas empresas al oficio emitido por el tribunal que conoce la causa. La empresa deberá contar con los medios técnicos necesarios para la realización de las diligencias. En materia de privacidad, se señalan una serie de condiciones para llevar a cabo la investigación, dentro de las cuales se estipula que las intervenciones sólo deben realizarse en lo que concierne a dicha investigación, evitando cualquier intromisión en otro tipo de comunicaciones. Por otro lado, se deben adoptar las medidas de resguardo necesarias para no alertar a la persona que está siendo investigada y así evitar producir alteraciones en el servicio.

Establece dicho reglamento que los ISP deben mantener de forma reservada un listado actualizado del rango de direcciones de IP que manejan, y un registro no inferior a seis meses de los números de las conexiones IP que realicen sus abonados. Finalmente, se estipula que proveedores del servicio de Internet deben colaborar con la investigación en cuanto a lo que se les ordena por el juez de garantía⁵⁶.

.....

y su abogado, a menos que el juez de garantía lo ordene por considerar que el abogado pudiese tener responsabilidad penal en los hechos investigados. La orden que dispusiere la interceptación y grabación deberá contener el nombre y dirección del afectado, y señalar en qué forma y período de tiempo durante el cual se llevará a cabo la interceptación, cuyo período de aplicación no podrá sobrepasar los 60 días. El juez podrá prorrogar este período por plazos de hasta igual duración, pero deberá hacer una examinar la concurrencia de los requisitos contenidos en este artículo cada vez que se emita la orden.

56 Decreto 142 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, Reglamento sobre interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas y de otras formas de telecomunicación, N° 4: *“los prestadores requeridos deberán cuidar que las intervenciones se ejecuten de manera tal que se proteja la privacidad y la seguridad de las comunicaciones cuya interceptación y grabación no fue autorizada, debiendo evitar cualquier tipo de intromisión en ellas. Además, deberán adoptar las medidas de resguardo necesarias para que no se produzcan alteraciones en el servicio, que pudieren alertar a las personas cuyas comunicaciones se ha ordenado interceptar y grabar”*. N° 6: los ISP *“deberán contar con un listado actualizado de sus rangos autorizados de direcciones IP y un registro, no inferior a seis meses, de los números IP de las conexiones que realicen sus*

La utilización del correo electrónico como prueba en juicio, está regulada por las normas vinculadas al debido proceso y a la prueba ilícita. La prueba ilícita se encuentra contenida solo en torno a la exclusión de ésta del proceso. El tenor del inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal permite concluir que deberá excluirse de la prueba todo correo electrónico que haya sido obtenido a través de diligencias que incurran en la inobservancia de garantías constitucionales. Por otro lado, otros cuerpos legales habilitan al Ministerio Público y a otros organismos públicos para realizar interceptaciones a comunicaciones privadas. De esta forma, la ley 20.000 que sanciona el tráfico ilegal de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, en su artículo 24 autoriza la interceptación de comunicaciones privadas. Esta es una regulación especial, a la cual se le aplica de manera supletoria la contenida en el artículo 222 del Código Procesal Penal, tiene como objetivo el hacer menos gravosa la utilización de este mecanismo por parte del Ministerio Público, toda vez que se puede aplicar a la totalidad de delitos contenidos en la Ley 20.000 (incluyendo las faltas) y no requiere de la identificación pormenorizada de la identidad afectado. Al no establecerse explícitamente que dicha diligencia puede realizarse sin autorización judicial, es necesario aplicar el principio general, establecido por el artículo 83 N° 4 de la Constitución.

La ley 18.314, sobre conductas terroristas permite, mediante la solicitud del Ministerio Público al Juez de Garantía, que éste ordene la interceptación, apertura o registro de comunicaciones telefónicas e informáticas y su correspondencia epistolar y telegráfica, de todas aquellas conductas que califiquen como terroristas por la ley, cuando los hechos se cometan con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie.

Mención aparte requieren las hipótesis establecidas en el Decreto Ley 211 sobre Libre Competencia y la Ley 19.974 Sobre el sistema de inteligencia del Estado y que crea la Agencia Nacional de Inteligencia, toda vez que ambas habilitan a organismos distintos al Ministerio Público para solicitar la interceptación de comunicaciones privadas.

De esta forma el artículo 39 del Decreto Ley 211 establece como atribuciones del Fiscal Nacional Económico, *"n) En casos graves y calificados de investigaciones destinadas a acreditar conductas de las descritas en la letra a) del artículo 3°, solicitar, mediante petición fundada y con la aprobación previa del Tribunal*

.....

abonados. Asimismo, deberán otorgar las facilidades necesarias para llevar a cabo las intervenciones que fueren ordenadas, debiendo sujetarse al respecto a lo prescrito en el artículo 2° del presente reglamento".

de Defensa de la Libre Competencia, autorización al Ministro de la Corte de Apelaciones que corresponda de acuerdo al turno, para que Carabineros o la Policía de Investigaciones, bajo la dirección del funcionario de la Fiscalía Nacional Económica que indique la solicitud, proceda a: (...) n.3) Autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones, y n.4) Ordenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones, que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella". Como vemos, se cumple con el principio de reserva legal y el requisito de autorización judicial para la interceptación de la correspondencia privada, toda vez que se requiere autorización del Ministro de la Corte de Apelaciones de turno.

Lamentablemente no es posible decir lo mismo de la Ley 19.974. Esto debido a que su artículo 25 faculta al director o jefe de organismo para solicitar autorización judicial⁵⁷ para que se ordene la interceptación de comunicaciones privadas en los casos establecidos por el artículo 24 letras a) y d). Es decir, a contrario sensu, se podría interpretar esta disposición para argumentar que la Agencia Nacional de Inteligencia solo requeriría de autorización judicial en los supuestos en que la obtención de información dicen relación con a) La intervención de las comunicaciones telefónicas, informáticas, radiales y de la correspondencia en cualquiera de sus formas y d) La intervención de cualesquiera otros sistemas tecnológicos destinados a la transmisión, almacenamiento o procesamiento de comunicaciones o información. De esta forma, la Agencia Nacional de Inteligencia no requeriría autorización judicial para b) La intervención de sistemas y redes informáticos; y, c) La escucha y grabación electrónica incluyendo la audiovisual.

Sin embargo, la redacción de esta disposición es ambigua y sus alcances pocos precisos ¿Cómo es posible la escucha y grabación electrónica si no es a propósito de una intervención de las comunicaciones? Por lo mismo, y atendida la naturaleza del servicio en cuestión, y al hecho que las resoluciones dictadas por el servicio tienen carácter secreto, se vuelve necesario alertar que las atribuciones con que cuenta este servicio se prestan para actuaciones arbitrarias y que pueden, eventualmente, pasar a llevar la observancia de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

7.2. Infracción del derecho a la privacidad y la inviolabilidad de la comunicaciones por parte de particulares

Si bien no se ha sumado al desarrollo moderno del derecho a la privacidad, el derecho penal chileno tiene tipificado una serie de delitos concernientes a la infracción de la protección de la vida privada y la inviolabilidad de las comunicaciones. De esta forma el artículo 146 del Código Penal castiga a "El que

.....

57 Otorgada por la Corte de Apelaciones en cuyo territorio se realice la diligencia

abriere o registrare la correspondencia o los papeles de otro sin su voluntad” y establece un agravante si “divulgare o se aprovechare de los secretos que ellos contienen”. No les será aplicable este artículo al cónyuge, padres o guardadores del afectado, ni a quienes en virtud de la ley les es lícito instruirse de correspondencia ajena.

Del mismo modo, y con excesivo celo, el legislador castiga a quienes *“en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado; sustraiga, fotografíe, fotocopie o reproduzca documentos o instrumentos de carácter privado; o capte, grabe, filme o fotografíe imágenes o hecho de carácter privado...”* (Artículo 161-A del Código Penal).

Asimismo, la Ley 19.974 que crea la ANI, sanciona al funcionario de este servicio que utilizare la información obtenida en el desempeño de sus funciones en beneficio propio o de otra persona, autoridad u organismo, o para ejercer presiones o amenazas.

La Ley 19.223 de delitos informáticos, castiga a quienes se apoderen, alteren o destruyan o difundan maliciosamente información contenida en un sistema informático. En este sentido, la legislación puede perseguir penalmente a quienes, a través de un ataque cibernético, intercepten comunicaciones o datos personales de manera ilegal, pasando a llevar el derecho a la privacidad y la inviolabilidad de la correspondencia.

Se ha indicado por la doctrina, y recogido por la jurisprudencia, que *“la inviolabilidad rige igualmente para toda forma de comunicación privada, es decir, la transmisión de señales escritas, visuales o audiovisuales, hecha mediante un código común al emisor y al receptor y destinada sólo al conocimiento de ambos y no del público ni de terceros más circunscritos”*⁵⁸

A nivel judicial, la obtención de medios de prueba en vulneración de garantías constitucionales de vida privada e inviolabilidad de las comunicaciones es objeto de la sanción de exclusión de esas pruebas, por constituir prueba ilícita. En la justicia de familia, la ley establece que en la audiencia preparatoria del juicio, el juez *“ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en juicio aquellas que hayan sido obtenidas con infracción de garantías fundamentales”*⁵⁹.

.....
58 Cea, José Luis, Derecho Constitucional Chileno, Tomo II, p. 195.

59 Artículo 31, Ley 19.968 sobre Tribunales de Familia.

En sentido similar, en la justicia laboral, “no podrán ser apreciadas por el tribunal las pruebas que las partes aporten y que se hubieren obtenido directa o indirectamente por medios ilícitos o a través de actos que impliquen violación de derechos fundamentales”⁶⁰. La exclusión de esta prueba ha sido reconocida por la jurisprudencia en materia laboral, estableciéndose, como ejemplo, que respecto de cierto medio presentado “no existen antecedentes que acrediten que la empleadora la obtuvo de manera lícita, o sea con autorización de su propietario, siendo plausible ... que haya sido obtenida a través de la revisión del correo electrónico del actor”.

Queda todavía por resolver si, a falta de disposición análoga, es posible aplicar la exclusión de prueba al proceso civil en general. Los mecanismos para excluir prueba en el procedimiento civil incluyen la posibilidad de interponer incidentes, como también recursos ante tribunales superiores (como la apelación y la casación), dentro del curso ordinario del procedimiento. La discusión de un nuevo código para el proceso civil ha servido de oportunidad para la inclusión de normas sobre prueba ilícita.

Por último, la Ley General de Telecomunicaciones tipifica como delito de acción pública la difusión pública o privada de cualquier comunicación obtenida a través de una interceptación maliciosa de un servicio público de telecomunicaciones (Artículo 36B)

7.3 Vigilancia

No hay mayores antecedentes en Chile que acrediten que el gobierno chileno haya adquirido o haga uso de software o equipos de vigilancia de comunicaciones en línea. Sin embargo, el año 2011 existió revuelo en torno a que el gobierno de Chile estaba monitoreando los contenidos expresados las redes sociales. No obstante, como demuestra una solicitud de transparencia presentada por la ONG Ciudadano Inteligente, dicho monitoreo en realidad consistió en la contratación de una agencia de marketing que realizó un estudio de tendencias, más allá del perfilamiento individual de usuarios de Twitter⁶¹.

8. Régimen de protección de datos en Internet

Si bien la Constitución chilena no regula expresamente el derecho a la protección de los datos personales, sí asegura en su artículo 19 N° 4, el “respeto y

.....

⁶⁰ Artículo 453 N° 4, Código del Trabajo.

⁶¹ Disponible en: <https://www.accesointeligente.org/AccesoInteligente/#response;requestId=455> [última visita: 30 de abril de 2014].

protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”. A partir de esta garantía constitucional se ha fundamentado la protección de los datos personales por parte de la jurisprudencia y la doctrina nacional⁶².

En términos internacionales Chile se encuentra sujeto a los estándares establecidos por los distintos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que ha suscrito. Entre ellos se encuentran, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Asimismo, se encuentra afecto a los estándares establecidos en las distintas comunidades internacionales de las cuales forma parte, como las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (ONDE, de la cual es miembro desde el año 2010) y el Marco de Privacidad del Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC).

8.1. Regulación legal

La protección de los datos personales ha adquirido una importancia mayor en la última década, debido a que, por una parte, ha surgido un mercado en torno a ellos por empresas privadas, y por otro, que la disponibilidad de dichos datos se ha hecho más accesible (e incluso pública) a través del uso cada vez más masivo de distintas redes sociales.

En términos legislativos, el derecho a la vida privada se encuentra protegido constitucionalmente, con algunas sanciones penales a su vulneración en el Código Penal, y con normas sobre manejo de datos personales en la Ley 19.628 sobre protección a la vida privada. En rigor, este último cuerpo normativo sólo se hace cargo de la protección de datos personales.

El concepto de dato personal es definido en la ley como *“los relativos a cualquier información concerniente a personas naturales, identificadas o identificables”*⁶³. Nos encontramos ante una definición amplia, que es aplicable a cualquier sujeto identificado o identificable.

El principio general respecto del tratamiento de datos de carácter personal, es que constituye una conducta lícita, en la medida que se realice de manera concordante con la ley 19.628 y para las finalidades permitidas por el ordena-

.....
⁶² ONG Derechos Digitales “Privacidad y nuevas tecnologías, regulación chilena y propuestas de política pública”.

⁶³ Artículo 2° letra f), Ley 19.628.

miento jurídico⁶⁴. De esta forma, dentro de los márgenes legales, se configura la libertad del tratamiento de datos como principio general.

Existe un consenso en que la ley resulta insuficiente en su forma de abordar esta problemática, al punto de llegar a convertirse en una mera declaración de buenas intenciones. Lo anterior, toda vez que, a pesar de establecer la autorización del titular como requisito para el tratamiento de datos de carácter personal (artículo 4), excluye de esta imposición todos aquellos datos que puedan ser obtenidos de fuentes de público acceso.

Sumado a que la mayoría de los datos de carácter personal provienen de fuentes de público acceso, la ley contempla importantes excepciones, en particular en materia de datos personales de carácter patrimonial. De esta forma las personas jurídicas de carácter privado no requerirán de la autorización del titular para el tratamiento de datos personales, ya sea para su uso exclusivo, de sus asociados y de las entidades que están asociadas con fines estadísticos, de tarificación u otro beneficio de aquellos⁶⁵.

Por lo anterior, es posible apreciar que nuestro país ha quedado rezagado en la evolución y desarrollo que se le ha dado en otros países al derecho a la protección de los datos personales. La legislación nacional aún mantiene una noción pasiva de la materia en cuestión, centrada en la retención de la información, en condiciones que otros países han evolucionado a una noción activa, también denominada como “autodeterminación informativa”. Esta última supone no solo evitar la injerencia de terceros, sino que permitirle al titular controlar la información personal que le compete, y de esta forma poder disponer cuándo, quién y para qué pueden otros acceder a información que le concierne.

Por tanto, no es aventurado señalar que la regulación chilena, lejos de garantizar los derechos de los ciudadanos en esta materia, más bien sienta la base y otorga un marco legal para el tráfico indiscriminado de datos personales, permitiendo así la consecuente vulneración de diversos derechos. Asimismo, la falta de una regulación positiva en torno al manejo de datos personales y de un catálogo de principios claros para su aplicación en las normas respectivas (como sí existen en las Directrices OCDE) hacen difícil su interpretación y aplicación. Por otro lado, la ley requiere de un mecanismo que garantice su cumplimiento, así como de un régimen de sanciones que desincentive el uso no autorizado de datos personales.

.....
64 Artículo 1º inciso segundo, Ley 19.628.

65 Artículo 4º inciso final, Ley 19.628.

La ley yerra en su aproximación a la problemática, al poner énfasis en el origen público de los datos para autorizar en general su tratamiento, desatendiendo el posible uso perjudicial para los intereses de los usuarios que se podría realizar de dicha información potencialmente sensible. De esta forma se legitima el manejo no autorizado de datos personales aún cuando éste vaya en detrimento de los intereses y derechos de los usuarios.

Si bien los usuarios cuentan con la posibilidad de conocer los datos concernientes a su persona que son almacenados por parte de entes públicos o privados, y pueden, eventualmente, reclamar su modificación o eliminación, en la práctica esta prerrogativa es de difícil aplicación atendidas las diferencias económicas y las asimetrías de poder e información entre los participantes, en especial si nos encontramos ante empresas con la capacidad de hacer transitar los datos fuera de las fronteras nacionales. Esto se ve agravado debido a que, en ausencia de un organismo especializado, con facultades para fiscalizar y sancionar, es la justicia civil la encargada de conocer y resolver este tipo de controversias, lo que en la práctica significa una tramitación judicial lenta y onerosa.

A medida que la protección de datos personales ha adquirido un mayor desarrollo teórico y las carencias de la ley ha demostrado no estar a la altura de lo requerido por el tráfico comercial, se ha hecho patente la necesidad de que nuestro país cuente con una agencia de protección de datos personales de carácter pública, autónoma e independiente, facultada para supervigilar entidades públicas y privadas que manejan bases de datos, conocer de reclamaciones de particulares relacionadas con la materia y su vez (a diferencia de nuestro Servicio Nacional de Consumidor) estar facultada para aplicar sanciones administrativas a quienes infrinjan las disposiciones que regulan esta materia.

Finalmente, es posible advertir una dispersión legislativa y falta de sistematicidad en la materia, que dificulta el tratamiento omnicompreensivo y sistemático de la problemática.

8.2. Proyecto de ley de reforma del régimen de protección de datos personales

A comienzos del año 2012 el ejecutivo ingresó un proyecto de ley (boletín 8143-03) que introduce numerosas modificaciones a la Ley 19.628 bajo el diagnóstico que la normativa original del año 1999 ha quedado superada por los vertiginosos avances de la tecnología⁶⁶. Los objetivos de esta reforma legal serían, por un lado, cumplir con los compromisos adquiridos por Chile tras su incorporación a la OCDE, y por otro, aumentar el estándar legal de protección de datos per-

.....
⁶⁶ Cámara de Diputados “Gobierno presenta reforma legal que busca mayor protección de los datos personales” <http://www.camara.cl/prensa/noticias_detalle.aspx?prmid=48286> [última visita: 30 de abril de 2014].

sonales, lo que permitiría alcanzar un nivel de protección de datos personales adecuado de acuerdo a parámetros internacionales y de esta forma incentivar el mercado de servicios a través de la inversión en esta área.

Entre los contenidos del proyecto se encuentran:

- 1) Se define qué se entiende por “consentimiento del titular”, reforzando la idea de que todo manejo de datos personales requiere la manifestación expresa, de forma libre, informada e inequívoca del titular para que sea válida.
- 2) Se introducen los principios de protección de datos reconocidos por la OCDE (principios de proporcionalidad, de calidad de los datos, especificación del propósito o finalidad, de limitación de uso, de seguridad de los datos, de acceso y oposición de su titular y de transparencia).
- 3) Se establece el deber de comunicar al titular de los datos personales la forma y condiciones bajo las cuales se les solicita su información personal.
- 4) Se obliga, en el ámbito de las comunicaciones comerciales y publicitarias, a informar que las comunicaciones de ésta índole se dirigen de manera nominativa al titular, informar al titular sobre el origen de los datos, la identidad del responsable del tratamiento de dichos datos e informar al titular sobre los derechos que le asisten.
- 5) Se obliga a los responsables de un registro o base de datos personales a mantener a disposición del público, a través de su página web, un vínculo donde sea posible conocer las bases de datos que administra y un correo electrónico al cual se puedan enviar reclamos y oposiciones.
- 6) Se regula el procedimiento de reclamo, del cual conocerá el Consejo para la Transparencia conocerlos en caso que se entable contra una entidad pública, y en el caso de reclamaciones contra organismos privados se promoverá un entendimiento voluntario a través del Servicio Nacional del Consumidor, previo al ejercicio de acciones sancionatorias e indemnizatorias ante la justicia civil.
- 7) Se establece un catálogo de sanciones, las cuales se clasifican en leves, graves y gravísimas, cuyas sanciones van desde la multa hasta la cancelación del registro.

Sin embargo, este proyecto de ley no ha estado exento de críticas. De esta forma se critica la creación de la figura del “intermediario de datos personales”, el cual se encontraría exento de responsabilidad al cumplir los requisitos copulativos establecidos por el proyectos de ley. Se ha hecho notar que la figura del intermediario de datos no existe en la legislación comparada (excepto en Costa Rica, donde se encuentra regulado a nivel reglamentario). Del mismo modo, esta figura no ha sido desarrollada por la doctrina nacional o comparada, ni está contenida en ninguna iniciativa de ley en derecho comparado.

Por otro lado, se ha hecho hincapié en que resulta inapropiado realizar una analogía entre el intermediario de datos y el intermediario en la regulación de propiedad intelectual, toda vez que no existe una figura de encargado o responsable de datos en materia de propiedad intelectual. Tampoco desde el punto de vista técnico existe una distinción entre el rol que tendrían intermediarios de datos y los encargados del tratamiento de datos. Por todo lo anterior, la creación de esta figura, junto con su régimen de exención de responsabilidad, podría desdibujar la responsabilidad legal que le corresponde a estos actores en caso que realicen un manejo de datos personales que atente contra los derechos fundamentales de las personas.

Otras críticas dirigidas al proyecto de ley tienen relación con deficiencias heredadas de la ley anterior, que el proyecto no se hace cargo de corregir. Entre ellas podemos mencionar, el mantenimiento de una excepción general ante el uso de datos obtenidos de fuentes de público acceso, la no creación de una agencia especializada y la falta de un mecanismo de ejecución y sanciones que logren desincentivar realmente el tratamiento ilícito de datos personales (y que no puedan ser simplemente asumidas como costos).

8.3. Tratamiento de direcciones IP de suscriptores de Internet

A propósito de la autorización legal requerida para la intervención de comunicaciones privadas, el artículo 222 del Código Procesal Penal regula la obligación que recae sobre los prestadores de servicios de Internet de retener los datos personales (un listado de direcciones IP y de los números IP de las conexiones que realicen sus abonados) por un período no inferior a seis meses y que tendrá carácter de reservado.

Sin embargo, el alcance de esta norma es impreciso y no establece un estándar legal que defina bajo qué condiciones los prestadores de servicios de Internet están obligados a poner a disposición del Ministerio Público la información que por mandato legal están obligados a retener. Ante este vacío normativo, no queda más que concluir que, toda vez que las direcciones IP constituyen datos personales, y que estos se encuentran amparados por la protección que la Constitución otorga a la vida privada en su artículo 19 N° 4, el acceso a estos antecedentes por parte del Ministerio Público debe realizarse de acuerdo a lo establecido por el artículo 9 del

Código Procesal Penal⁶⁷, es decir, con autorización judicial previa.

8.3. Prácticas extralegales

A las carencias en la legislación para regular de manera adecuada el manejo de datos personales, se ha sumado la desprolijidad de algunos organismos públicos a la hora de tratar con datos personales de carácter sensible.

Particularmente grave resultó el episodio protagonizado por el Servicio Electoral el mes de agosto del año 2012, en que este liberó el padrón electoral de más de 13 millones de chilenos, el cual contenía datos tales como el nombre, RUT y domicilio⁶⁸. En segundo lugar, pero no por ello menos grave, resultó la filtración de datos personales de 6 millones de chilenos, correspondientes a las bases de datos del Servicio Electoral, la Dirección General de Movilizaciones y del Ministerio de Educación⁶⁹.

Finalmente, el mes de septiembre del año 2013, se conoció, mediante una solicitud de transparencia realizada por la fundación ProAcceso, que el Servicio de Impuestos Internos mantiene convenios con distintas empresas privadas para proveer a estas de acceso a seis áreas de información que maneja el organismo público: RUT de personas jurídicas, RUT de personas naturales, timbrajes médicos, contribuyentes con anotaciones vigentes, avalúo de bienes raíces y tasación de vehículos⁷⁰.

Atendida la excepción general en la ley descrita anteriormente, y la falta de regulación activa que regule el uso que se le da a los datos, nada impide el uso de dichos datos liberados sin autorización de los titulares, toda vez que fueron obtenidos de una fuente accesible al público. De esta forma, se ha vuelto rutina para los chilenos recibir publicidad a través de mensajería de texto o llamados telefónicos a su

67 “Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requiera de autorización judicial previa”.

68 BioBio Chile “Serval revela padrón electoral completo incluyendo datos personales de los electores” <<http://www.biobiochile.cl/2012/08/19/serval-revela-padrón-electoral-completo-incluyendo-datos-personales-de-los-electores.shtml> [última visita: 30 de abril de 2014].

69 Fayerwayer “Gobierno comienza investigación de filtración de datos personales de 6 millones de chilenos” [última visita: 30 de abril de 2014].

70 La Tercera “SII revela convenios de intercambio de información sobre contribuyentes” <http://www.latercera.com/noticia/negocios/2013/09/655-544181-9-sii-revela-convenios-de-intercambio-de-informacion-sobre-contribuyentes.shtml> [última visita: 30 de abril de 2014]

domicilio por parte de empresas o candidatos políticos con los cuales nunca han tenido contacto previo.

9. Neutralidad de la Red

Como se señaló anteriormente, Chile es un país pionero en materia de neutralidad de la red, habiendo promulgado la primera legislación en el mundo cuya finalidad fue consagrar explícitamente este principio. Cabe resaltar que el proceso de elaboración de esta ley contó con una activa participación por parte de los distintos actores involucrados, incluyendo diversos representantes de la sociedad civil.

Por su lado, el reglamento de la ley sobre neutralidad de la red, si bien no corrigió ciertas imprecisiones de la ley, tales como la débil mención a la protección de datos personales de los usuarios, sí definió de manera más precisa aquellos actos que se consideran “arbitrarios”, y la exigencia a todo evento de información previa sobre los actos contrarios a la neutralidad autorizados por ley. Lamentablemente no existió un proceso participativo como sí lo hubo al momento de redactar la ley, lo que sin duda desaprovechó una oportunidad al tratarse de una materia compleja, tendiente a los tecnicismos, pero vital para el desarrollo de una Internet libre.

A pesar de que en materia legislativa han habido grandes avances, la observancia de estas normas no ha estado exenta de dificultades. Esto se debe, en particular, como lo ha denunciado la ONG Cívico⁷¹, a una falta de fiscalización y uso adecuado de las herramientas que otorga la Ley a la SUBTEL, organismo encargado de velar por su cumplimiento. Entre estas carencias se encuentra una falta de transparencia activa por parte de este organismo y la pasividad que ha mostrado ante prácticas anticompetitivas por parte de los ISP, tales como la disminución artificial en la calidad de distintos servicios y aplicaciones en la red.

10. Compromiso del Gobierno a nivel internacional

Como veremos más adelante, el organismo técnico de gobierno encargado de representar a Chile en los espacios internacionales de gobernanza de Internet, tales como ICANN o ITU, es la SUBTEL. Por su parte, la representación oficial de Chile en el exterior es dirigida por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

A continuación se presenta un listado de diferentes espacios de discusión internacional de regulación de Internet, detallando la participación de Chile en ellos:

.....

71 Digital Rights “La neutralidad de la red en Chile: ¿Mucha sofisticación para la SUBTEL? <http://www.digitalrightslac.net/es/la-neutralidad-de-la-red-en-chile-mucha-sofisticacion-para-la-subtel/> [última visita: 30 de abril de 2014].

- **Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información - Túnez 2005 (CMSI - WSIS):** Chile participó en dicha cumbre mundial, declarando que “Nuestro profundo compromiso con la construcción de una sociedad de la información inclusiva, basada en los principios de paz, derechos humanos, solidaridad, libertad, democracia, desarrollo sostenible y cooperación de los países dentro del marco de la sociedad global de la información”⁷².
- **eLAC:** en base a las metas suscritas en la CMSI del año 2005, con los auspicios de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) se creó el eLAC, que es un plan de acción para América Latina y el Caribe, acorde con los Objetivos de Desarrollo del Milenio y la CMSI, orientado a plantear metas para el año 2015 en ámbitos tales como desarrollo económico y derechos vinculados a las tecnologías de la información.

En ese marco, en abril de 2013, Chile suscribió la Declaración de Montevideo, que es un compromiso de cooperación en materia de Sociedad de la Información donde se abordan varios temas vinculados con la Gobernanza de Internet⁷³, destacando particularmente la oposición al registro de los nuevos dominios de nivel superior genéricos (gTLD) .amazon y .patagonia.

- **Conferencia Mundial de Telecomunicaciones Internacionales - Dubai 2012 (CMTI - WCIT):** Chile participó de la conferencia y participó activamente en las deliberaciones que allí tomaron parte. Sin embargo, no se fijó ni discutió abiertamente una posición clara sobre los objetivos del país, salvo en lo siguiente “La posición de Chile será defender la neutralidad de red y la transparencia en la red”⁷⁴.

Chile no firmó las Regulaciones de Telecomunicaciones Internacionales que se acordaron en la CMTI 2012, reservando el derecho a adherir con posterioridad. A la fecha, no existe ningún pronunciamiento formal de Chile sobre si firmará o no este acuerdo.

.....
72 Declaraciones realizadas el ex-ministro de economía Carlos Álvarez el año 2005. Intervención disponible en: <http://www.itu.int/wsis/tunis/statements/docs/g-chile/1-es.html> [última visita: 30 de abril de 2014].

73 Disponible en: http://www.cepal.org/socinfo/noticias/documentosdetrabajo/5/49565/Declaracion_de_Montevideo.pdf [última visita: 30 de abril de 2014].

74 Acta de reunión pre-WCIT entre Subtel, ONG Derechos Digitales y ONG Cívico.

- **ICANN:** La participación de Chile en los foros de ICANN ha sido irregular y sin que exista una estrategia o posición definida del país frente a las diversas materias que se discuten.

Según información obtenida mediante requerimientos de transparencia pública efectuados a la Dirección de Relaciones Económicas Internacionales de Chile (DIRECON)⁷⁵, la repartición informó que “sólo a partir de la reunión N°46 del GAC ha comenzado a participar activamente en dicha instancia. Lo anterior a raíz de la solicitud del dominio de nivel superior “.patagonia” por parte de la empresa Patagonia, Inc.”.

De acuerdo con lo anterior, la agenda del Gobierno de Chile en ICANN se ha restringido en los últimos años a la reacción frente a un aspecto específico. Dado que esta solicitud del nombre de dominio “.patagonia.” ha sido retirada por la empresa, el futuro de la participación de Chile en este organismo es bastante incierto, al menos en el corto plazo.

- **Freedom Online Coalition:** Chile no pertenece a esta coalición.
- **Otros organismos:** Chile no registra intervenciones destacadas en relación con Internet en el sistema de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ni en el seno de la OECD, aún cuando Chile es miembro de este último organismo.
- **Negociaciones comerciales:** En la actualidad Chile se encuentra negociando un tratado de libre comercio denominado Acuerdo Trans-Pacífico (TPP, por sus siglas en inglés), un proceso en el que participan otros 11 países.

Entre los aspectos que se negocian en este acuerdo, existen dos que son particularmente sensibles para la regulación de Internet: en primer lugar, las disposiciones sobre libre flujo de la información que se negocian en el capítulo de comercio electrónico; y las disposiciones sobre responsabilidad de proveedores de Internet que se negocian en el capítulo de propiedad intelectual.

.....

75 Carta de respuesta N°321, de DIRECON a don Claudio Ruiz Gallardo de ONG Derechos Digitales, de fecha 5 de julio de 2013.

Respecto del primero, si bien un régimen de libre flujo de la información es deseable, debe consagrarse de manera tal que no impida a los países mejorar sus regulaciones sobre privacidad y seguridad de datos, sin obligarlos a permitir cualquier clase de tratamiento de los mismos⁷⁶.

Respecto del capítulo de propiedad intelectual, la mayor preocupación es que se imponga forzosamente a todos los países un régimen de notificación y bajada de contenidos privado que incumpla obligaciones internacionales en materia de debido proceso y libertad de expresión⁷⁷.

II. Panorama general - resumen de los principales hallazgos

- Si bien la penetración de la conexión a Internet en los hogares chilenos ha presentado avances sustanciales durante los últimos años, dicho avance se ha producido de forma dispareja entre las distintas regiones del país, presumiblemente por el nivel de urbanidad y ruralidad que cada una presenta. Asimismo, el mercado está controlado por dos grandes conglomerados, lo que puede causar problemas relacionados con la concentración de la oferta a futuro.

- Asimismo, pueden resultar positivos los últimos anuncios del gobierno tendientes a regular un estándar técnico mínimo a los cuales se deban atener, en particular por las características de este mercado, las distintas empresas de telecomunicaciones.

- En cuanto al bloqueo y filtrado arbitrario, si bien se encuentran legalmente prohibidos por la Ley de Neutralidad de la Red, y a su vez su reglamento ha precisado que se entienda por una intervención arbitraria, la SUBTEL ha quedado al debe en la aplicación rigurosa de las disposiciones de dicha ley.

- En torno a la criminalización de expresiones legítimas, el caso más emblemático del último tiempo ha sido la acusación de usurpación de identidad a través de Twitter, el que fue resuelto de forma feliz y ha permitido sentar un precedente positivo para el principio de la libertad de expresión.

- Hemos visto que la responsabilidad de los intermediarios de telecomunicaciones se encuentra regulada principalmente en función de las reglas de propiedad intelectual. Resulta positivo que se mantenga como principio rector

.....

76 Esta problemática se encuentra tratada con mayor profundidad en esta publicación de Consumers International http://a2knetwork.org/sites/default/files/tpp_and_free_flow.pdf [última visita: 30 de abril de 2014].

77 Para más información, visitar: <http://www.derechosdigitales.org/tag/tpp/> [última visita: 30 de abril de 2014].

que cualquier retiro de material deba realizarse mediante orden judicial, y a su vez, que exista una reglamentación precisa de las condiciones bajo las cuales los intermediarios se eximan de responsabilidad.

- En lo concerniente a los ciberataques, los de mayor connotación, por el monto en dinero involucrado, han afectado principalmente a instituciones financieras. Asimismo, muchos de los cuales se han presentado como ciberataques, en realidad corresponden a delitos de estafa que son realizados a través de la web. Finalmente, aún no ha sido conocido la persecución de un ciberataque cuya motivación haya sido la de crítica o protesta y que por lo tanto esgrima el derecho a la libertad de expresión como defensa.

- La protección de las comunicaciones privadas, hemos visto, goza de rango constitucional. Del mismo modo, cualquier pesquisa policial que pretenda interrumpir dicho derecho con el fin de llevar a cabo una investigación penal deberá contar con autorización judicial previa.

- Por otro lado, la protección de la vida privada, y por lo mismo, de los datos personales, cuenta con rango constitucional. Sin embargo, la legislación nacional cuenta con múltiples deficiencias en esta materia. Siendo las de mayor importancia la existencia de protección constitucional de la protección de datos personales, la existencia de una excepción amplia al requisito de autorización del titular de datos personales para su manejo, la inexistencia de una agencia especializada en la materia con las facultades pertinentes, y la falta de sanciones adecuadas. Algunas de estas deficiencias pretenden ser remediadas por un proyecto de ley del ejecutivo, sin embargo, preocupa que esta iniciativa legal no se haga cargo de muchas de las deficiencias aquí planteadas.

-II-

Procesos de Gobernanza de Internet y actores relevantes

El control de Internet en Chile depende no solamente de un conjunto de reglas y normas, sino también de la operación de diversos actores capaces de afectar el funcionamiento de la red. En tal sentido, analizaremos a continuación aquellos actores de la vida nacional con la capacidad y autoridad para realizar acciones que redunden en el desarrollo de Internet, por diversas vías.

I. Ministerios

1.1 Ministerio de Interior y Seguridad Pública

Sus funciones son velar por el mantenimiento del orden interior público, la seguridad y la paz social. Está encargado de coordinar las tareas políticas del gobierno. En específico, y en lo pertinente a este informe, la ley entrega a este ministerio la función de fiscalizar el cumplimiento de normas legales, reglamentarias y técnicas y de las instrucciones que se dicten para la administración civil del Estado, asumir la representación judicial del gobierno en los casos correspondientes, interponer o renunciar a querellas entre los tribunales de justicia por infracciones a las leyes de seguridad interior del Estado, control de armas y antiterrorista, y la gestión de los asuntos y procesos administrativos que las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública requieran para el cumplimiento de sus funciones.

En cumplimiento de estas funciones, le corresponde al Ministerio la supervisión de las distintas fuerzas policiales, incluyendo la Brigada Investigadora del Ciber Crimen de la Policía de Investigaciones. Asimismo, la Agencia Nacional de Inteligencia depende administrativamente de este ministerio.

El Ministerio del Interior está compuesto por 3 subsecretarías, del Interior, de Desarrollo Regional y de Prevención del Delito, así como dos organismos dependientes, el Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol y la Oficina Nacional de Emergencias.

1.2 Agencia Nacional de Inteligencia

La información relativa tanto a la estructura orgánica como a las facultades, funciones y atribuciones de la Agencia Nacional de Inteligencia reviste el carácter de secreto⁷⁸. Sin embargo, de acuerdo a la Ley 19.974 es posible concluir que

.....

⁷⁸ Artículo 38 de la Ley N° 19.974. Fuente: <http://www.interior.gob.cl/transparencia/ani/> [última visita: 30 de abril de 2014].

a esta le corresponde proponer al poder ejecutivo políticas y estrategias en lo concerniente a la seguridad interior del Estado. Del mismo modo, y como se ha expuesto anteriormente, esta agencia cuenta con amplias facultades para intervenir comunicaciones en la esfera investigativa de sus atribuciones, sujeta a controles con alto nivel de reserva frente al público.

1.3. Ministerio de Relaciones Exteriores

Tiene como función la planificación, dirección, coordinación, ejecución, control e información de la política exterior que formula el Presidente de la República. Sus organismos dependientes son: la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales (DIRECON, actual encargada de llevar adelante la negociación del TPP); la Agencia de Cooperación Internacional de Chile; la Dirección Nacional de Fronteras y Límites del Estado; el Instituto Antártico Chileno; y la Academia Diplomática Andrés Bello.

En atención a sus atribuciones, es importante recalcar que le corresponderá a este ministerio llevar adelante y negociar cualquier tratado internacional relacionado con Internet, neutralidad de la red, propiedad intelectual y en general todos los que afecten la observancia de los derechos fundamentales en el entorno digital.

1.4. Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones

La **Subsecretaría de Telecomunicaciones (SUBTEL)** es uno de los organismos claves en la regulación y fomento del acceso a Internet. Es dependiente del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. El principal objetivo de esta institución es promover un acceso equitativo a las telecomunicaciones, actualizar el marco normativo del mercado con el fin de profundizar su competencia, asegurar la protección de los usuarios, permitiendo una mayor igualdad en oportunidades de acceso⁷⁹.

La **Secretaría Ejecutiva de Desarrollo Digital**⁸⁰ es el organismo encargado de llevar a cabo los objetivos generales de SUBTEL, en lo concerniente a Internet. Para ello se ha propuesto una agenda corta cuyos ejes definidos para el desarrollo e inclusión digital incluyen: Infraestructura Digital, Educación, Emprendimiento e Innovación; Servicios y Aplicaciones; y, Entorno para el Desarrollo Digital.

.....
⁷⁹ Presentación Agenda Digital Imagina Chile, disponible en <http://www.desarrollo-digital.gob.cl/areas-de-accion> [última visita: 30 de abril de 2014].

⁸⁰ <http://www.desarrollodigital.gob.cl/> [última visita: 30 de abril de 2014].

Dichos ejes de trabajo se han materializado en la Agenda Digital Imagina Chile. En términos de protección de derechos, se establece como eje estratégico la creación de un marco normativo para el desarrollo digital, dentro de los cuales se propone la iniciativa de seguridad para el ciudadano en el mundo digital. Esta iniciativa se caracteriza por garantizar “la protección adecuada del usuario en las operaciones y transacciones que realiza en la red⁸¹”, el tratamiento de la privacidad y manejo de datos personales y, por último, se hace un fuerte énfasis en el rol fiscalizador del Estado en materia de ciberseguridad y delitos informáticos. En lo concreto, se busca el desarrollo de las tecnologías de información y comunicación (TICs) para que estas representen un 10 % del PIB hacia el año 2020⁸².

1.5. Ministerio Secretaría General de la Presidencia

Tiene como principal función la de asesorar al Presidente de la República y a sus ministros en las relaciones del gobierno con el Congreso Nacional, la elaboración de una agenda legislativa y en el seguimiento y perfeccionamiento de los proyectos de ley. En este sentido, cualquier iniciativa legal que tenga relación con telecomunicaciones o Internet inevitablemente será conocida y coordinada por este ministerio.

Bajo su tutela se encuentran la Comisión Defensora Ciudadana y Transparencia, División Jurídico Administrativa, Unidad de Modernización del Estado, División de Coordinación Interministerial, División de Relaciones Políticas e Institucionales, División de Estudios y la División de Administración y Finanzas⁸³.

De las anteriores, la más atinente a nuestro tema es la **Unidad de Modernización y Gobierno Digital**⁸⁴. Dentro de los ejes de trabajo de dicha unidad se encuentra el de Gobierno Abierto (mejoramiento al acceso de información y la promoción a la transparencia gubernamental), Gobierno Eficiente (mejora de los

.....
81 Agenda Digital Imagina Chile (2013), Secretaría Ejecutiva de Desarrollo Digital, página 33. Disponible en <http://www.gob.cl/especiales/agenda-digital-imagina-chile-2013-2020/> [última visita: 30 de abril de 2014].

82 Agenda Imagina Chile, Secretaría Ejecutiva de Desarrollo Digital, 2013, página 60. Disponible en <http://www.gob.cl/especiales/agenda-digital-imagina-chile-2013-2020/> [última visita: 30 de abril de 2014].

83 Página oficial: <http://www.minsegres.gob.cl> [última visita: 30 de abril de 2014].

84 Página oficial: <http://www.modernizacion.gob.cl/> [última visita: 30 de abril de 2014].

procesos internos del Estado a través de la utilización de herramientas digitales) y Gobierno Cercano (el facilitamiento de trámites, servicios y beneficios de los ciudadanos utilizando plataformas virtuales para dicho objetivo).

1.6 Ministerio de Economía, Fomento y Turismo

La misión del Ministerio de Economía es promover la modernización y competitividad de la estructura productiva del país, la iniciativa privada y la acción eficiente de los mercados. Ello a través del desarrollo de la innovación y la inserción de Chile en los mercados internacional, a fin de lograr un crecimiento económico sostenido, sustentable y con equidad⁸⁵.

Entre sus servicios dependientes se encuentran: el Servicio Nacional de Turismo, el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), el Servicio Nacional de Pesca, la Corporación de Fomento de la Producción (Corfo), la Fiscalía Nacional Económica, el Comité de Inversiones Extranjeras, el Instituto Nacional de Estadísticas, el Instituto Nacional de Propiedad Industrial, la Empresa Abastecimiento de Zonas Aisladas, y el Sistema de Empresas Públicas.

1.6.1 Servicio Nacional del Consumidor

SERNAC es un servicio público autónomo, descentralizado, que tiene como rol fundamental informar, educar, orientar y proteger a los consumidores. Para cumplir dicha tarea, este servicio debe difundir los derechos y deberes de los consumidores, así como velar por el cumplimiento de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores.

De esta forma, es el SERNAC el organismo encargado de proteger a los usuarios de Internet en cuanto consumidores de un servicio, manteniendo competencia concurrente con SUBTEL en materia de telecomunicaciones. Por tanto, los usuarios deberán recurrir a este organismo en caso de una disparidad entre lo ofrecido y lo entregado por su proveedor de Internet, en caso de ser víctima de spam por agencias publicitarias o de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión de los distintos intermediarios de servicios de telecomunicación.

1.6.2 Corporación de Fomento de la Producción

Durante las últimas décadas, esta institución ha dado un giro de su objetivo fundacional. De esta forma ha pasado de ser una fundadora de empresas estatales, cuyo fin era industrializar la economía chilena, a ser una promotora del emprendimiento, la innovación y la competitividad.

.....

85 <http://www.economia.gob.cl/> [última visita: 30 de abril de 2014].

Entre estas iniciativas se puede encontrar la “Ley I+D”, que establece incentivos tributarios para que las empresas puedan invertir en investigación y desarrollo, y de esta forma producir productos con mayor valor agregado⁸⁶.

Asimismo, el programa “Start-Up Chile” financia a personas naturales de cualquier nacionalidad que se encuentren en una fase temprana y estén buscando una oportunidad de emprender, para así lograr que inicien sus negocios en Chile⁸⁷.

Mención especial merece el rol de CORFO impulsando la adopción de normas sobre protección de datos personales de acuerdo a los estándares europeos, a efectos de remover trabas a la inversión extranjera, cuando esta supone el tratamiento de información personal proveniente desde la Unión Europea. A tal efecto, en marzo de 2008 se firmó un Memorando de entendimiento entre Corfo y la Agencia Española de Protección de Datos⁸⁸.

1.7. Consejo para la Transparencia

El Consejo para la Transparencia es una corporación autónoma de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, creado el año 2008 y cuya principal labor es velar por el cumplimiento de la ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información del Administración del Estado (Ley N° 20.285)⁸⁹.

De acuerdo a la Ley de Transparencia, todo ciudadano tiene derecho a solicitar la información que esté en manos de algún organismo público, el que tiene la obligación de ponerla a disposición de manera expedita⁹⁰, a menos que dicha

.....

86 Disponible en: <http://www2.corfo.cl/innova/leyid/Paginas/Default.aspx> [última visita: 30 de abril de 2014].

87 Disponible en: <http://www.corfo.cl/programas-y-concursos/programas/concurso-emprendedores-globales-startup-chile> [última visita: 30 de abril de 2014].

88 Memorando de entendimiento en materia de protección de datos personales entre Corfo-Chile y la Agencia Española de Protección de Datos, disponible en: http://www.redipd.org/documentacion/acuerdos_convenios/common/memorando_corfo_chile_aepd.pdf [última visita: 30 de abril de 2014].

89 Para más información, visitar: <http://www.consejotransparencia.cl/que-es-el-cplt/consejo/2012-12-18/190048.html> [última visita: 30 de abril de 2014].

90 Artículo 10, Ley 20.285.

información sea objeto de alguna de las causales de reserva contenidas en la ley⁹¹. Se podrá acudir al Consejo de Transparencia si un ciudadano realiza la solicitud de acceso a la información ante el organismo respectivo y este no contesta en un plazo de 20 días; si habiendo realizado la solicitud, éste se niega proporcionarla; o, si el organismo no cumple con proveer información de forma activa.

2. Otros espacios y procesos relevantes

2.1. Consejo Nacional de Nombres de Dominio y Números IP

Con fecha 16 de enero de 2003, mediante un decreto ministerial de la SUBTEL⁹² fue creado el Consejo Nacional de Nombres de Dominio y Números IP, cuya función es emitir recomendaciones a la comunidad sobre la gestión de estos sistemas en Chile. Este órgano tiene carácter multisectorial y colabora activamente con la formulación, análisis y aprobación de las políticas relacionadas con la gestión de nombres de dominio y números IP. En el decreto de creación se declara expresamente que “el sistema de nombres de dominios de Internet y los números IP forma parte del **acervo de la Nación**,” reconociendo de esta forma la calidad de bien público de estos recursos.

El consejo está compuesto por una serie de representantes del gobierno, sector privado y sociedad civil chilena, de organismos tales como la Red Universitaria Nacional⁹³, la Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Digital⁹⁴, la Asociación Chilena de la Propiedad Intelectual⁹⁵, la Sociedad de Fomento Fabril⁹⁶, el Colegio de Ingenieros de Chile⁹⁷, la Universidad de Chile⁹⁸, la Asociación Chilena de

.....

91 Artículo 21, Ley 20.285.

92 Para más información, visitar: <http://www.cnnn.cl/documentos/sobre-el-consejo/decreto-de-creacion-del-consejo/> [última visita: 30 de abril de 2014].

93 Sitio oficial: <http://www.reuna.cl> [última visita: 30 de abril de 2014].

94 Sitio oficial: <http://www.desarrollodigital.gob.cl/> [última visita: 30 de abril de 2014].

95 Sitio oficial: <http://www.achipi.cl> [última visita: 30 de abril de 2014].

96 Sitio oficial: <http://www.sofofa.cl> [última visita: 30 de abril de 2014].

97 Sitio oficial: <http://www.ingenieros.cl> [última visita: 30 de abril de 2014].

98 Sitio oficial: <http://www.uchile.cl> [última visita: 30 de abril de 2014].

Empresas de Tecnologías de la Información⁹⁹, la Asociación de Proveedores de Internet¹⁰⁰, la Cámara de Comercio de Santiago¹⁰¹ y ONG Derechos Digitales¹⁰².

2.2 Registro nacional de nombres de dominio

2.2.1 Encargado de operaciones: NIC Chile

La administración del dominio de nivel superior correspondiente a Chile (ccTLD .cl) fue delegada a la Universidad de Chile en el año 1986¹⁰³, la que, a su vez, creó a NIC Chile (Network Information Center Chile)¹⁰⁴ para cumplir estas funciones. Con ello, la administración del sistema indirectamente sigue estando en manos del Estado, dado el carácter público de la Universidad de Chile.

Desde el punto de vista técnico, NIC Chile cumple funciones como *Registry* y *Registrar* a la vez, aunque actualmente (a inicios de septiembre de 2013) se encuentra en período de pruebas un nuevo sistema de gestión de nombres de dominio que permitirá a terceros actuar como Registrars del sistema, esto es, gestionar directamente registros y otras operaciones relativas a nombres de dominio.

2.2.2 Sistema de inscripción y de resolución de conflictos

En relación con el sistema de inscripción de nombres de dominio, NIC Chile opera de acuerdo con su reglamento vigente, cuya última modificación data de diciembre de 2008. La inscripción de nombres de dominio en Chile está sujeta a una tarifa de aproximadamente de 20 dólares por año).

Los nombres de dominio deben ser inscritos por alguien que esté vecindado o constituido en Chile, o representado por alguien con esas características (esta circunstancia se modificará cuando entren a regir las nuevas políticas). Este

.....

99 Sitio oficial: <http://www.acti.cl> [última visita: 30 de abril de 2014].

100 Sitio oficial: <http://www.api.cl> [última visita: 30 de abril de 2014].

101 Sitio oficial: <http://www.ccs.cl> [última visita: 30 de abril de 2014].

102 Sitio oficial: <http://www.derechosdigitales.org> [última visita: 30 de abril de 2014].

103 Sitio oficial: <http://www.nic.cl/cartas/icann.html> [última visita: 30 de abril de 2014].

104 Sitio oficial: <http://www.nic.cl> [última visita: 30 de abril de 2014].

registro, además, no es objeto de ninguna revisión previa y en general tiende a predominar el principio denominado *first come, first served* que significa que el nombre de dominio se le adjudica a quien lo solicita primero.

Ahora bien, respecto al sistema de resolución de conflictos, el sistema de NIC Chile contiene un reglamento especial para estos casos, basado en la Política Uniforme de Resolución de Disputas por Nombre de Dominio¹⁰⁵ de ICANN¹⁰⁶, con algunas diferencias en la forma en que se resuelven las disputas próximas en el tiempo, relativas a las solicitudes en conflicto hasta 30 días después de la primera inscripción de un nombre de dominio. Respecto al mecanismo de resolución en sí, existe un proceso de mediación previa para buscar una solución consensuada, y en ausencia de la misma, un panel de árbitros designados por NIC Chile existe para cumplir esta labor.

2.2.3 Críticas al sistema de resolución de conflictos de nombre de dominio

Aún cuando en líneas generales el sistema de resolución de nombres de dominio chileno opera de manera adecuada y respetuosa de los principios generales en la materia, algunas sentencias arbitrales han sido criticadas por privilegiar excesivamente los derechos de los titulares de marcas comerciales o empresas establecidas en desmedro de otros intereses públicos y el derecho fundamental de libertad de expresión.

En ese sentido, destacan casos como **elmercuriomiente.cl**, nombre de dominio cuyo nombre hacía alusión al diario chileno El Mercurio y a una consigna estudiantil alusiva a la veracidad de este medio, registrado por estudiantes de la Universidad de Chile para un canal universitario no comercial de video por Internet. La sentencia arbitral, inexplicablemente, privilegió los intereses de los dueños de la marca El Mercurio sobre los intereses legítimos y la calidad de primer registrante de la otra parte¹⁰⁷.

.....
105 Para mayor información, visitar <http://www.icann.org/es/help/dndr#udrp> [última visita: 30 de abril de 2014].

106 Corporación para la Asignación de Nombres y Números de Internet, <http://www.icann.org> [última visita: 30 de abril de 2014].

107 Al respecto, http://www.derechosdigitales.org/2881/notemasalInternet_testimonial/ [última visita: 30 de abril de 2014] y http://es.wikipedia.org/wiki/El_Mercurio_miente [última visita: 30 de abril de 2014].

3. Actores relevantes en Chile

3.1 Políticos

- **Pedro Huichalaf, Subsecretario de Telecomunicaciones:** Dentro del gobierno, sin duda que uno de los políticos más importantes en relación con las políticas y regulaciones de Internet es el Subsecretario de Telecomunicaciones, Pedro Huichalaf. Hasta el momento en su gestión ha puesto énfasis en avanzar a una agenda pro usuario, y a intensificar su trabajo con la sociedad civil. Cabe destacar su participación en la reunión NetMundial, llevada a cabo en Brasil entre los días 23 y 24 de abril, poco más de un mes después de su designación.

Previo a su designación en ese cargo, se desempeñaba como subsecretario en la administración anterior don Jorge Atton, que anteriormente era gerente general de la empresa de telecomunicaciones Telefónica del Sur. La gran cantidad de atribuciones que posee en esta materia (incluso al punto de regular y aplicar sanciones directamente materias vinculadas a telecomunicaciones), su cercanía con la industria, los planes de regular la calidad de servicio de la misma y las críticas que ha sufrido de parte de la sociedad civil en relación con la aplicación de la Ley de Neutralidad de la Red¹⁰⁸ fueron parte de los aspectos que marcaron su gestión.

- **Patricio Vallespín, diputado:** el diputado Patricio Vallespín (Democracia Cristiana) ha sido uno de los actores principales en la discusión que hasta ahora se ha llevado a cabo en relación con la reforma a la Ley de Protección de Datos personales. Sus paquetes de indicaciones han permitido levantar el perfil del proyecto y mejorar bastantes deficiencias del mismo.

- **Marcelo Díaz, ex diputado:** hasta marzo de 2014, el diputado Marcelo Díaz (Partido Socialista) es miembro de la comisión de Relaciones Exteriores de la Cámara de Diputados, y su trabajo se ha orientado preferentemente a hacer seguimiento al acuerdo de libre comercio TPP¹⁰⁹. Su rol en la comisión de Relaciones Exteriores ha permitido invitar al gobierno y diversos actores de la so-

.....
108 Emol "Diputados revisarán fiscalización de la ley de neutralidad en la red y caso call centers" <http://www.emol.com/noticias/tecnologia/2013/07/05/607547/diputados-revisaran-fiscalizacion-de-la-ley-de-neutralidad-en-la-red-y-caso-call-centers.html> [última visita: 30 de abril de 2014].

109 Sitio web Biblioteca Congreso Nacional "Diputado Marcelo Díaz: <Las negociaciones del TPP se extenderán por varios meses más>" <http://asiapacifico.bcn.cl/noticias/diputado-marcelo-diaz-negociaciones-tpp> [última visita: 30 de abril de 2014].

ciudad civil a exponer sobre el tema en la Cámara de Diputados, e intercambiar opiniones sobre el punto.

- **Alejandro Navarro, senador:** el senador Alejandro Navarro (MAS) ha sido uno de los principales críticos a las negociaciones del acuerdo TPP por parte de Chile, traduciéndose sus críticas en un proyecto de acuerdo donde el Senado acordó de manera unánime solicitar al gobierno un debate abierto sobre los efectos y potenciales consecuencias de este acuerdo. Anunció además de manera anticipada su voto en contra del acuerdo IIO.

- **Carlos Cantero, ex senador:** el senador Carlos Cantero (independiente) jugó un rol clave en la discusión sobre la reforma a la Ley chilena de Propiedad Intelectual que fue aprobada el año 2010. Sus posturas en torno a la circulación de contenidos, acceso al conocimiento y fomento de la innovación en Internet III ayudaron decisivamente a la aprobación de esta Ley.

3.2. Negocios

En materia de industria vinculada a servicios y regulación de Internet, cabe destacar la existencia de un grupo de actores tradicionales en la materia, tales como los Prestadores de Servicio de Internet (ISP) que consisten tanto en empresas de telecomunicaciones fijas como móviles, la industria tecnológica tradicional que consiste en proveedores de hardware y software, pero además un emergente grupo de emprendedores que se han desarrollado bajo nuevos paradigmas de negocios y prestación de servicios, tales como

- Prestadores de Servicio de Internet

El mercado de prestadores de servicios de Internet admite diversas clasificaciones: para empresas y usuarios domésticos, fija y móvil, por pares de cobre y proveedores de cable, etc. Lo que sí resulta innegable en este contexto es la presencia de actores dominantes bien definidos en cada mercado.

.....
IIO Sitio web Biblioteca Congreso Nacional "Senadores Gómez y Navarro anuncian voto contra TPP" <http://asiapacifico.bcn.cl/noticias/senadores-gomez-navarro-anuncian-voto-contra-tp> [última visita: 30 de abril de 2014].

III Sitio web del Senado de Chile "Destacan fortalezas de la Ley de Propiedad Intelectual en Chile ante especialistas de seminario internacional" http://www.senado.cl/destacan-fortalezas-de-la-ley-de-propiedad-intelectual-en-chile-ante-especialistas-de-seminario-internacional/prontus_senado/2010-12-03/131934.html [última visita: 30 de abril de 2014].

En las conexiones a Internet fijas, los actores principales¹² son Movistar (41,9 %), VTR (37,6 %), Grupo Claro (9,6 %), Grupo GTD (7,7 %) y otros actores cuyas participaciones no superan el 1 por ciento del mercado. En las conexiones a Internet de banda ancha móvil, existen tres actores predominantes que son Movistar (41,1 %), Entel (40,3 %) y Claro (19,6 %).

Varios de estos actores se encuentran afiliados en la Asociación de Proveedores de Internet, aunque su incidencia mediante esta asociación gremial aparece bastante limitada.

- Industria tecnológica tradicional y nuevos actores

La industria tecnológica tradicional se encuentra representada principalmente por la asociación gremial Asociación Chilena de Empresas de la Tecnología de Información (ACTI), que agrupa a las principales industrias tecnológicas presentes en el país.

Por otra parte, la existencia de nuevas formas de creación y distribución de contenido en Internet han generado una nueva industria, que ha crecido al alero de programas de fomento a la innovación tales como StartUp Chile, ya descrito en este documento. En ese sentido, una de las asociaciones gremiales más conocidas en este ámbito es la Asociación de Emprendedores de Chile, que coordina y potencia las iniciativas locales de emprendimiento¹³.

3.3. Modelos de gestión multisectorial

En general, Chile no tiene muchos espacios de diálogo o gestión multisectorial de políticas o regulaciones de Internet, y tampoco han sido creados por acción gubernamental. Limitado alcance han tenido iniciativas como el Comité Consultivo de la Agenda Digital 2007-2012¹⁴, donde concurrían variados organismos de la sociedad civil y sector privado. La "Agenda Digital Imagina Chile"¹⁵, productos de ese proceso, carece de mecanismos claros de interacción con la sociedad civil interesada y en su proceso de elaboración tuvo limitados mecanismos para ese diálogo.

.....

12 Datos del año 2012, Subtel.

13 <http://www.asech.cl> [última visita: 30 de abril de 2014].

14 Disponible en: http://www.guiadigital.gob.cl/sites/default/files/estrategia_digital_2007_2012.pdf [última visita: 30 de abril de 2014].

15 Disponible en: <http://www.gob.cl/especiales/agenda-digital-imagina-chile-2013-2020/> [última visita: 30 de abril de 2014].

Por otra parte, el espacio que sí existe y puede utilizarse para generar esta clase de diálogo es el Consejo Nacional de Nombres de Dominio (CNNN), cuya composición multisectorial puede abrir las puertas a una mayor participación de diversos sectores en la formulación e implementación de políticas públicas vinculadas con Internet. Sin embargo, el mandato de este consejo es bastante limitado tanto en contenido como funciones, y podría revisarse un modelo que permita avanzar para dotar de mayores fortalezas al mismo.

4. Panorama general

Quizás la característica más significativa en el sistema chileno de administración e influencia en la dictación de políticas relativas a tecnologías de comunicación y en particular a Internet en Chile, es la falta de una clara política estatal en materia de desarrollo digital. En tal sentido, sucesivos gobiernos han sido vacilantes en la definición de un programa claro, que a su vez involucre a los demás actores interesados.

Por cierto, esta misma falta de claridad es la que impide definir con mayor claridad la competencia orgánica que determinará las líneas de acción tanto por parte de diversos actores relevantes como también por parte del Estado mismo. La búsqueda de un modelo multisectorial de participación, con un grado alto de representatividad, pero también de impacto respecto de las decisiones que se adopten, es una tarea pendiente, especialmente por parte de las autoridades públicas.

-III- Sociedad Civil

I. Sociedad Civil activa en temas de regulación de Internet

Hoy en día, Chile presenta uno de los panoramas más activos en materia de participación de organizaciones de sociedad civil en temas de regulación de Internet. Según una investigación llevada a cabo por Access y ONG Derechos Digitales, Chile presenta un total de 14 organizaciones que trabajan en el ámbito de los derechos digitales, constituyendo de ese modo el segundo país que más organizaciones de este tipo posee en Latinoamérica, sólo detrás de Brasil, que posee 17 de estas organizaciones.

Lo anterior, en relación con el tamaño y desarrollo del país, aparece como un dato positivo a tener en cuenta, y quizá como uno de los factores que han ayudado más decisivamente la adopción de regulaciones tales como la Ley de Neutralidad de la Red y la reforma a la Ley de Propiedad Intelectual.

De este conjunto de 14 organizaciones, las más destacadas por su trabajo en materia de política e incidencia pública en temas digitales y de Internet son:

1.1 ONG Cívico¹¹⁶

Es una Organización No Gubernamental sin fines de lucro, cuyo objetivo es representar a la ciudadanía frente a la autoridad y la industria, en discusiones de telecomunicaciones, tecnología y derechos civiles. Se enfocan en buscar la promoción de políticas públicas que mejoren la calidad de vida de la ciudadanía, en su fase de consumidores, emprendedores y ciudadanos con derecho a voz. Ellos han sido actores claves en las discusiones de neutralidad de la red y gobernanza de Internet en Chile, siendo junto a ONG Derechos Digitales las únicas organizaciones de la sociedad civil que han asistido a eventos regionales y globales de estas materias.

1.2. ONG Derechos Digitales¹¹⁷

ONG Derechos Digitales es una Organización No Gubernamental, independiente, sin fines de lucro, dedicada a la defensa, promoción y desarrollo de los Derechos Fundamentales en los entornos digitales.

.....
¹¹⁶ <http://www.ongcivico.org> [última visita: 30 de abril de 2014].

¹¹⁷ <http://www.derechosdigitales.org> [última visita: 30 de abril de 2014].

Entre los temas que abordan, se encuentran el acceso al conocimiento en Internet y las leyes de propiedad intelectual que la rigen, la privacidad y protección de datos personales, y la libertad de expresión en la red.

1.3. Centro de Estudios en Derecho Informático de la Universidad de Chile (CEDI)¹¹⁸

El Centro de Estudios en Derecho Informático (CEDI) es uno de los centros de investigación jurídica pioneros de la Universidad de Chile. Como tal, ha atravesado por diversas etapas y enfoques, procurando acompañar reflexivamente la evolución de las tecnologías durante su trayectoria. En la actualidad el CEDI busca enfocar los grandes cambios y desafíos para el derecho que han traído las tecnologías de la información desde una perspectiva de desarrollo, proyección y defensa de los derechos humanos y fundamentales en el entorno tecnológico.

1.4. Fundación Ciudadano Inteligente¹¹⁹

Ciudadano Inteligente es una organización latinoamericana que promueve el uso innovador de las tecnologías de la información, la transparencia y la participación ciudadana como herramientas de cuidado y profundización de la democracia. Se definen como una organización social diversa e inclusiva, que aunque enraizada en el principio liberal del acceso a la información, no adscribe a partidos ni movimientos políticos, sino a la protección transversal de los valores democráticos, donde los gobiernos responden al interés colectivo, y no al de una minoría que utiliza su influencia para preservar intereses particulares.

2. Sociedad Civil que podría involucrarse en temas de regulación de Internet

2.1. Organizaciones de cuidado del medio ambiente: Greenpeace y Chile Sustentable

Muchas de las discusiones emergentes en materia de regulación de Internet dice relación con impactos y externalidades más o menos invisibles de su existencia. En particular, en relación con el medio ambiente se encuentra una serie de discusiones sobre la disposición de desechos tecnológicos, pero a la vez las organizaciones de la sociedad civil en estos temas son susceptibles a cualquier amenaza a la libertad de expresión y agendas comerciales planteadas en el solo interés privado.

.....
¹¹⁸ <http://cedi.uchile.cl> [última visita: 30 de abril de 2014].

¹¹⁹ <http://www.ciudadanointeligente.org> [última visita: 30 de abril de 2014].

En ese contexto, en el país existen organizaciones que ya se están involucrando en estos debates, tales como Chile Sustentable, que está mostrando una creciente preocupación en torno al acuerdo TPP. Por otra parte, organizaciones internacionales que trabajan en el país, como Greenpeace, podrían aportar muchísimo a los debates de regulación de Internet, tanto en su vertiente de impacto medioambiental como con su vasta experiencia en materia de activismo e incidencia pública.

La incorporación de estas organizaciones medioambientales a los debates sobre políticas públicas de Internet representan una gran oportunidad de involucrar más gente y esfuerzos a estos temas.

2.2 Organizaciones de consumidores: ODECU y CONADECUS

Las organizaciones de consumidores más grandes de Chile tienen un rol importante que jugar al involucrarse en temas de regulación de Internet. Muchos aspectos que se discuten a nivel de regulación local y global en esta materia tienen un impacto directo en los consumidores, tales como la neutralidad de la red, los monopolios en materia de telecomunicaciones y la posibilidad de bloqueo y retiro de contenidos de la red, entre otros.

Además de lo anterior, la participación de estas organizaciones en diversas instancias multisectoriales con el gobierno y empresa privada los convierte en actores muy relevantes a la hora de definir visiones desde la sociedad civil en temas de regulación de Internet.

2.3. El Quinto Poder

Es una iniciativa de la Fundación Democracia y Desarrollo (Chile), lanzada en abril de 2010. Se define como una comunidad orientada centralmente a estimular la participación ciudadana y la acción política¹²⁰. Es un espacio abierto de debate y construcción de ideas que se irán transformando en acciones concretas emprendidas por los usuarios, tanto en la propia Red como fuera de ella. Por otra parte, es un espacio de control ciudadano de la actividad de sus representantes, un lugar de diálogo que dé fuerza a una representación basada en la relación permanente y la construcción de confianzas.

La incorporación de esta comunidad a las discusiones de regulación de Internet ampliarían el público potencial de las campañas y permitiría difundir mucho mejor las iniciativas vinculadas a estos temas.

.....
120 <http://www.elquintopoder.cl> [última visita: 30 de abril de 2014].

2.4. Instituto Nacional de Derechos Humanos

El Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) es una corporación autónoma de derecho público destinada a promover y proteger los Derechos Humanos de todas las personas que habitan en Chile, establecidos en las normas constitucionales y legales, en los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, así como los emanados de los principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad internacional. Aún cuando es debatible si es parte de la sociedad civil o del gobierno, su carácter de autónomo le permite tomar temas de Derechos Humanos y Tecnología sin depender de decisiones del gobierno central.

El INDH se define como un espacio que mira, reflexiona y revisa la historia de nuestro país con el fin de instalar los Derechos Humanos en nuestro presente e impulsarlos con fuerza y permanencia hacia el futuro¹²¹. La incorporación del INDH a las discusiones de regulación de Internet tendría un impacto muy positivo al articular organizaciones y visiones tradicionales en materia de Derechos Humanos con el desarrollo que han tenido estos derechos en el ámbito de Internet y las nuevas tecnologías.

3. Panorama general sobre la sociedad civil en Chile

El ecosistema institucional chileno demuestra la existencia de un número reducido de instituciones de carácter privado dedicadas de forma primordial al análisis de cuestiones relacionadas con las políticas y con la gobernanza de internet en Chile. No obstante, considerando el tamaño del país, podemos ver una muy activa sociedad civil, que ha sido capaz de propiciar numerosos cambios tanto a nivel de normativa como de políticas públicas. Como casos significativos de impacto público, encontramos a organizaciones como ONG Cívico, ONG Derechos Digitales y la Fundación Ciudadano Inteligente.

No obstante, esa actividad y ese nivel de éxito no son extrapolables a la generalidad de la sociedad civil en Chile. Existe un campo de acción eminentemente limitado, tanto por falta de espacios de participación oficiales (cuestión que parece variar en el tiempo), como por las dificultades planteadas por la necesidad de financiamiento, particularmente esquivo en un país pequeño. Como consecuencia de lo anterior, la capacidad de acción está sujeta a numerosas limitaciones.

En materia de influencia respecto de normativa y de dictación de políticas

.....

¹²¹ <http://www.indh.cl/resena-institucional/historia> [última visita: 30 de abril de 2014].

públicas relacionadas con el desarrollo de las tecnologías de información y comunicación, desde el punto de vista de los intereses del público, existe el desafío de incorporar nuevas organizaciones de la sociedad civil a temas de Derechos en Internet. Especialmente, integrando a la discusión de estos temas a las organizaciones ya existentes que están principalmente dedicadas a temas diversos y –en apariencia- distantes, tales como la conservación del medio ambiente, la promoción y defensa de derechos de consumidores, las comunidades de opinión y participación ciudadana, y también organizaciones tradicionales de derechos humanos.

Estos desafíos pueden llevar a un escenario fundamentalmente diverso en lo relativo a la influencia de la sociedad civil. El fortalecimiento de las organizaciones existentes y la formación de instancias nuevas, el crecimiento de los espacios de participación, y la integración de organizaciones fuertes con intereses diversos pero concurrentes, permitirían dotar al sistema chileno de una sociedad civil fuerte y capaz de contrapesar efectivamente la influencia de otros actores con intereses distintos de aquellos que reconocemos como intereses del público.

