

**MINUTA DE INTERVENCIÓN DE API A.G. EN SESIÓN DE COMISIÓN CIENCIA Y
TECNOLOGÍA, CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE.**

Proyecto de Ley que regula proveedores de Internet (ISP) extranjeros en Chile.

Sobre el proyecto de ley en cuestión, y observando su permanente disposición a colaborar con los organismos públicos competentes en materias que incidan en el desarrollo de la industria de los servicios de acceso a Internet, API A.G. considera importante hacer presentes los siguientes alcances y precisiones:

I.- Introducción.

Atendidos los fundamentos expuestos por el proyecto en comento, los cuales sustentarían tanto la ampliación de la regulación de los ISP y su obligación de conservar registros de cierto tipo de datos que permitan identificar a sus usuarios en el contexto de investigaciones criminales, y, la necesidad de homologar dicho tratamiento respecto de ISP extranjeros, surge como desafío para el mismo, en el marco de un Estado de Derecho, respetar el justo equilibrio entre la necesidad de persecución criminal y la intimidad de los ciudadanos, evitando generar una carga regulatoria excesiva que resulte inaplicable en la práctica.

De este modo, la limitación de la intimidad de uno o más usuarios del servicio de acceso a Internet debe responder a la previa vulneración del interés público o el derecho de otras personas. Es así como se entiende el marco del proyecto de ley que comentamos, más cuando se trata en una primera parte, de la modificación al Código Procesal Penal, permitiendo un trabajo más efectivo de la policía en la investigación de crímenes.

Entendemos también, que la modificación propuesta, obedece a la posibilidad de que se reconozca reciprocidad con los Estados Unidos de América en materia de información a las policías, particularmente la información resultante de la grabación y almacenamiento de los

contenidos que se obtienen y entregan en la red Internet o a través de ella, como correos electrónicos y demás servicios de valor agregado.

Por último, se plantea por el proyecto que una forma eficiente de poder requerir dicha información a un ISP extranjero es exigiendo de éste la designación de un representante legal domiciliado en Chile, e idealmente, sometiéndolo a nuestra legislación y jurisdicción.

II.- Delimitación Conceptual.

II.1.- El proyecto parece confundir los roles de ISP y de Proveedor de Servicios sobre Internet.

Las referencias hechas por el proyecto a Microsoft y sus servicios de Hotmail y MS Groups dan a entender que un ISP y un Proveedor de Servicios sobre Internet o Proveedor de contenidos serían lo mismo. Lo cierto es que, por una coincidencia comercial, los ISP usualmente ofrecen junto con la conexión para el acceso a Internet, casillas de correo electrónico y otros servicios sobre Internet. De hecho, la norma actual del artículo 222 del Código Procesal Penal se entiende referida a los ISP porque exige almacenar e informar "*sus rangos autorizados de direcciones IP y un registro, no inferior a seis meses, de los números IP de las conexiones que realicen sus abonados*", siendo el servicio prestado por el ISP el que involucra la asignación de números IP para que sus usuarios puedan conectarse a la red Internet. De este modo lo ha entendido también la Autoridad Sectorial, la cual al desarrollar la obligación prevista por dicho código – a través del Reglamento sobre Interceptación y Grabación de Comunicaciones Telefónicas y otras Formas de Telecomunicación- la relaciona específicamente con los ISP.

Asimismo, tempranamente dicha Autoridad, a través de su Resolución Exenta N°1.483, de octubre de 1999, validó la distinción entre ISP y Proveedor de Servicios sobre Internet o ASP, expresando que el primero prestaba el servicio de acceso a Internet, mientras que este último ponía a disposición de los usuarios contenidos y/o aplicaciones en Internet a través de medios propios o de terceros. Recientemente, la sentencia N°45/2006 del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, reconoció igualmente la diferenciación entre ISP y ASP, señalando que el primero proveía el acceso

a Internet, en tanto que el segundo proveía aplicaciones desarrolladas para operar en ambientes web.

II.2.- ¿Qué categoría de servicios pretende regular, en definitiva, el proyecto de ley?

Otra cuestión relevante es que el proyecto parece asumir que todo servicio prestado por un ISP corresponde a un servicio complementario, según su definición contenida en el artículo 8 de la Ley General de Telecomunicaciones. Se puede ser ISP sin que necesariamente deba conectarse equipos a una red pública de telecomunicaciones, como lo indica el artículo 8 de la Ley General de Telecomunicaciones refiriéndose a los servicios complementarios. El servicio de acceso a Internet suministrado por un ISP puede tener, en algunas circunstancias, el carácter de un servicio complementario del servicio público telefónico, pero también puede detentar la calidad de un servicio limitado o público de transmisión de datos, en especial cuando no utiliza la conexión telefónica para suministrar su servicio (por ejemplo, cuando se entrega al cliente un enlace dedicado para acceder a Internet). Lo anterior es más efectivo aún, si el proyecto se refiere a proveedores de servicios sobre Internet, lo cuales en la mayoría de los casos, no tendrán el carácter de ‘servicio de telecomunicaciones’ ni menos de ‘servicios complementarios’, según se definen estos términos en la normativa sectorial.

A lo anterior, debe agregarse que prácticamente no existen ISP extranjeros en Chile, si se entiende por ISP el operador que otorga acceso a la red Internet. Por el contrario, sí acceden a la comunidad nacional de usuarios de Internet una multiplicidad de Proveedores de Servicios sobre Internet de nacionalidad extranjera, tales como los mencionados en el proyecto para los servicios de correo o mensajería.

III.- Opinión de API A.G.

III.1.- El proyecto de ley en comento regula prestaciones propias de Proveedores de Servicios sobre Internet.

De acuerdo a lo expuesto precedentemente, API A.G. entiende que el objetivo del proyecto en comento es regular obligaciones vinculadas a prestaciones propias de los Proveedores de Servicios sobre Internet o Proveedores de Contenidos, como por ejemplo, el servicio de correo

electrónico. Estos proveedores ejecutan sus aplicaciones en sus propios servidores y las ponen a disposición de sus clientes a través de la red Internet, pudiendo exigir o no una remuneración a cambio de las mismas. Así, normalmente el servicio de correo electrónico o servicios de banca on-line no suponen retribución alguna por parte de los usuarios de los mismos, pero sí podría suponer una retribución el acceso a otro tipo de contenidos intangibles, tales como música o videos.

Ahora bien, la instalación de un servidor puede ser realizada por un particular cualquiera desde su hogar, surgiendo naturalmente la interrogante sobre si será aplicable a este último la obligación de retener datos asociados a las conexiones de los usuarios de Internet que accedan a los contenidos provistos desde su servidor. Si se estimase que a este último no resulta aplicable la norma propuesta por el proyecto de ley en comento, entonces ¿cómo evitar que a través de la instalación de servidores en hogares de particulares se provea, por ejemplo, contenidos de pornografía infantil?

Por otro lado, las restricciones contenidas en el proyecto de ley no se hacen cargo de otras vías o mecanismos para intercambiar contenidos censurables como por ejemplo los protocolos de transferencia de información tipo P2P o FTP.

III.2.- Contenidos que podría almacenar un Proveedor de Servicios sobre Internet.

Las distinciones anteriores son de absoluta relevancia para comprender correctamente el alcance del proyecto en comento.

Cabe señalar que a un ISP, entendido como los proveedores de acceso a Internet, le resultaría absolutamente inviable almacenar por 6 meses *“el contenido almacenado de las conexiones utilizadas por sus abonados”*, si con esta expresión se quiere aludir a todo lo que el usuario del proveedor visitó, descargó, entregó e intercambió mientras se conectó a Internet. El costo "país" de eso sería del orden de los centenares de millones de dólares y equivaldría a exigir que las compañías telefónicas graben todas y cada una de las conversaciones de sus abonados.

A su vez, de precisarse que el proyecto se refiere a los Proveedores de servicios sobre Internet que suministran Casillas de Correo Electrónico (que en algunas ocasiones también tienen la calidad de ISP), también exigiría muy fuertes inversiones para almacenar por un tiempo, todas las

listas de contacto, direcciones y mensajes intercambiados (con sus respectivos archivos adjuntos) que cada usuario tuviera en dicho lapso. Es muy importante considerar que para dimensionar la infraestructura requerida para proveer este tipo de servicios, se asume una tasa de actualización en que los usuarios revisan, borran o almacenan localmente sus correos y archivos adjuntos.

Sin embargo, frente a un requerimiento judicial respecto de un cliente específico al cual un ISP le provea servicio de correo electrónico, y en aquellos casos técnicamente factibles¹, podríamos estudiar la posibilidad que el ISP –en su calidad de proveedor de servicios de correo electrónico– replique o almacene el contenido de la casilla del cliente investigado con los datos existentes a partir del momento en que se aplica la medida. En definitiva, el operador que debería dar ese tipo de facilidades –de ser técnicamente factible– siempre debe ser el proveedor de servicios sobre Internet que suministre el servicio de correo electrónico a ese cliente.

Cabe agregar a este respecto que una mirada a la legislación comparada arroja como primeros resultados que la Unión Europea –Directiva 2006/24- tratándose de servicios como el correo electrónico y la telefonía Internet, impone como obligación la retención de ciertas categorías de datos (para identificar el origen y destino de una comunicación, así como la fecha, hora y duración de la misma, entre otros) sin afectar en caso alguno el contenido de las comunicaciones cursadas por los usuarios de la red. Cuestión similar se observa en España. Incluso en los Estados Unidos de América la ley no impone obligación alguna de conservar registros de datos asociados a las comunicaciones cursadas por los usuarios de la red Internet.

III.3.- Acerca del nuevo artículo 8 bis que el proyecto propone agregar a la Ley General de Telecomunicaciones.

Si la finalidad perseguida a través de la obligación de designación de domicilio y constitución de la persona jurídica en Chile, es sujetar a los Proveedores de Servicios sobre Internet

¹ Por ejemplo, ya no es raro encontrar clientes (normalmente emisores de correos indeseados o Spam) que montan sus propios servidores SMTP abiertos para despachar desde allí sus correos. En tales casos, pese a que el ISP sea además el proveedor de la casilla de correo sobre Internet, y los mensajes emitidos por ese cliente utilicen el host o nombre de dominio provisto por el ISP, éste último no podría replicar o almacenar la información asociada a este tipo de mensajes.

a la legislación y jurisdicción de Chile, no debe dejar de tenerse presente la afectación del principio de a-territorialidad de la red Internet.

En efecto, pretender limitar la operación de los Proveedores de casillas de correo electrónico que operan desde el extranjero es prácticamente imposible (asumimos que el proyecto pretende esto, pues ISP extranjeros en Chile prácticamente no hay). Además, no se vislumbra con claridad cómo podría la Subsecretaría de Telecomunicaciones impedir a los usuarios chilenos acceder a servicios de correo electrónico provistos desde el extranjero. Por ejemplo, para un ISP nacional sería posible bloquear direcciones IP específicas, pero no dominios cuyas múltiples direcciones además pueden cambiar en el tiempo. Por otra parte, la provisión de contenidos de Internet se caracteriza por una informalidad extrema, ya que desde cualquier parte del mundo se pueden ofrecer servicios como casillas de correo electrónico, hosting, telefonía IP, entre varios otros.

III.4.- Objetivos del proyecto de ley en comento e idoneidad de las medidas propuestas para alcanzar la consecución de los mismos.

API A.G. comparte decididamente como objetivo de interés público dotar a las policías de las herramientas idóneas para una eficaz persecución criminal, sin embargo, considera no menos importante que se establezca como exigencia legal la autorización previa del Juez de Garantía (o el Juez del Crimen) en caso que el Ministerio Público requiera acceder a los datos de tráfico asociados a mensajes de correo electrónico, para de ese modo salvaguardar el necesario equilibrio que impone, desde la perspectiva de los usuarios de Internet, el derecho a la vida privada y la inviolabilidad las comunicaciones privadas que asiste a los clientes de un ISP o de un Proveedor de Servicios sobre Internet. Una regulación que faculte al Ministerio Público para requerir datos asociados a mensajes de correo electrónico de un determinado cliente, sin orden judicial alguna que pondere la necesidad de dicha medida, podría significar una intromisión indebida en la intimidad de este último.

Por otra parte, igualmente relevante resulta hacer presente que todo ISP asume un compromiso contractual con cada uno de sus clientes de resguardar su privacidad y datos personales, de modo que defraudar esas expectativas podría colocar en serio riesgo “*la confianza*” de la comunidad de usuarios de la red Internet respecto de cada uno de los servicios provistos sobre esta última, afectando ello en último término al desarrollo del comercio electrónico y de las

plataformas de Gobierno Electrónico, entre otros aspectos, los cuales constituyen –entre otros- pilares de la denominada Sociedad de la Información. De ahí la relevancia de que una modificación legal como la propuesta por el proyecto en comento contemple explícitamente un procedimiento que ofrezca garantías a la intimidad de los usuarios de la red Internet.

Rodrigo Tabja Reyes
Presidente API A.G.