

REGULACIÓN DE LA NEUTRALIDAD
DE LA RED EN ESTADOS UNIDOS Y CHILE:
ASPECTOS RELEVANTES REFERIDOS
A LA REGULACIÓN EN MERCADOS
TECNOLÓGICOS A PARTIR
DEL ANÁLISIS DE DOS EXPERIENCIAS
REGULATORIAS CONCRETAS

NET NEUTRALITY REGULATION
IN THE US AND CHILE: RELEVANT ASPECTS
CONCERNING REGULATION
IN TECHNOLOGICAL MARKETS
FROM ANALYZING TWO
CONCRETE REGULATORY EXPERIENCES

*Manfred Zink P.**

Resumen

Se propone analizar los procesos regulatorios de introducción del principio de neutralidad de la red en Chile y Estados Unidos con el fin de, partiendo de una experiencia real, sentar algunos principios base respecto del rol del legislador y el órgano administrativo en la regulación de tecnologías. El análisis realizado lleva a concluir que el Poder Legislativo, al ser la principal institución diseñada para abarcar y concretizar el debate político (y, por tanto, las diversas posturas normativas o valóricas) en normas obligatorias, debe tener su lugar en la regulación de tecnologías. Pero de la misma forma, el examen efectuado indica que la extensión de la acción del Congreso debería estar determinada, justamente, por su rol principal de ser el foro que comprende el debate o la divergencia

* Master en Derecho con mención en Derecho y Tecnologías, Universidad de California, Berkeley. Abogado de la Fiscalía Nacional Económica. Artículo recibido el 10 de julio de 2013 y aceptado para su publicación el 28 de agosto de 2013. Correo electrónico: manfredzink@gmail.com.

Se hace presente que las referencias a obras en idioma extranjero corresponden a traducciones del autor.

política, evitando, en lo posible, introducirse de lleno en complejos aspectos técnicos.

Palabras clave: Neutralidad de la red, regulación tecnológica, regulación de Internet.

Abstract

The author proposes to undertake an analysis of the regulatory processes of the introduction of the net neutrality principle in Chile and the United States in order to establish some basic principles about the role of the legislature and the administrative agency in the regulation of technologies, starting from real experience. The analysis leads to the conclusion that the legislature, being the main institution designed to encompass and concretize the political debate (and, therefore, different normative or moral positions) onto mandatory rules, must have its place in the regulation of technologies. But in the same way, the examination indicates that the extent of congressional action should be determined precisely by its main role of being the forum comprising political divergence or debate, avoiding, if possible, to dwell into complex technical issues.

Key words: Net Neutrality, Technology Regulation, Broadband Regulation.

I. Introducción

No cabe duda alguna que, con su masificación, Internet ha generado un cambio sustancial en la forma como la sociedad desarrolla gran parte de sus actividades habituales, tal como se ha señalado:

“En el año treinta desde su creación, Internet ha experimentado un crecimiento notable. (...) El crecimiento de Internet ha sido alimentado por una cantidad de innovación sin precedentes. A través de los años, los ingenieros de redes han desarrollado numerosas nuevas tecnologías de red sobre las cuales Internet puede funcionar. Internet conecta hoy de todo, desde sensores a supercomputadores. Un flujo constante de nuevas aplicaciones permite a los usuarios realizar nuevas cosas (...). En tanto más y más usuarios las adoptan, estas aplicaciones, el contenido que ayudan a producir y a hacer disponible, y las nuevas prácticas económicas, sociales, culturales y políticas que estas permiten están cambiando todas las áreas de la sociedad”¹.

¹ Barbara VAN SHEWICK, *Internet Architecture and Innovation*, p. 1.

Ello, por supuesto, ha generado también nuevos desafíos para el derecho y la regulación. En dicho contexto de evolución y cambio, constituye un principio asentado el que la regulación en mercados tecnológicos corre el riesgo constante de quedar obsoleta con prontitud. Ello ciertamente es aplicable a Internet y su regulación, tal como indica un autor:

“La regulación conlleva riesgos particularmente graves en industrias que atraviesan rápidos cambios tecnológicos. Cuando ése es el caso, incluso para el regulador más consciente será difícil seguir el ritmo del cambio”².

En esa lógica, la ley es catalogada como el instrumento de regulación más inconveniente en mercados tecnológicos, al tener el proceso legislativo menores capacidades de mutabilidad y flexibilidad y, asimismo, tener como objetivo primordial el acoger el debate político y no el evaluar complejidades técnicas en detalle³.

No obstante, este artículo sugiere que a la legislatura sí le corresponde un espacio en la regulación de tecnologías. La premisa es simple: los desarrollos tecnológicos conllevan desenvolvimientos que afectan o desafían bienes jurídicos básicos de nuestro ordenamiento jurídico. Cuando ello sucede, la regulación debe proveer de definiciones normativas que se hagan cargo de dichos desafíos, en cuyo caso existen buenos argumentos para sostener que la estructura misma del debate legislativo, que da cabida a distintas posiciones valóricas o, generalmente, puntos de vista, es el mejor foro para abordarlos.

Contrario sensu, se sostendrá, las mismas características de los mercados tecnológicos delimitan los alcances de la regulación legal. En efecto, los legisladores debieran de abstenerse de intervenir más allá de lo estrictamente necesario para asentar la referida definición normativa, evitando introducirse en materias de compleja calibración técnica.

Para reflejar las premisas anteriores, este artículo analizará comparativamente las experiencias regulatorias de introducción del principio de la neutralidad de la red en Chile y Estados Unidos, intentando ejemplificar su procedencia y dar algunas luces sobre los límites del rol de la ley y la regulación administrativa en materia tecnológica.

² Christopher S. Yoo, “Beyond Network Neutrality”, p. 67.

³ Véase, por ejemplo, Carlos CARMONA, “Tres Problemas de la Potestad Reglamentaria: Legitimidad, Intensidad y Control”, p. 34. “Hay materias que el legislador no puede abordar por su complejidad, mutabilidad, tecnicismo, etc.”.

II. El concepto de neutralidad de la red: origen, formulaciones y debate suscitado

De acuerdo a Shelanski, la

“[N]eutralidad de la red, sin perjuicio de ser sujeto de varias definiciones, puede ser resumida como el principio de que todo el contenido similar de Internet debe ser tratado de la misma forma y moverse a la misma velocidad en la red. Los dueños de la infraestructura de Internet no pueden discriminar”⁴.

Ello, agrega, tiene como consecuencia que

“los operadores de redes no deberían tener permitido crear diferentes niveles de servicio en la red vendiendo distintos niveles de acceso a diferentes precios a distintos proveedores de contenido y servicios en la red”⁵.

De dicha forma, la neutralidad de la red busca regular o limitar la capacidad de los proveedores de acceso a Internet⁶ de llegar a acuerdos con determinados proveedores de aplicaciones o contenido⁷ para, a cambio de un precio o tarifa preferencial, privilegiar el tráfico de estos por sobre el de otros. Por tanto, su aplicación implica limitar la habilidad de las empresas que proveen servicios de banda ancha o de acceso a internet de gestionar de acuerdo a sus intereses los distintos paquetes de datos que circulan a través de la red.

Para contextualizar adecuadamente el concepto, se debe tener presente que la neutralidad se ha entendido como uno de los principios imbuidos en el diseño de red original de Internet, tal como indica Tim Wu: “El segundo principio es el de la neutralidad. Sostiene que, para llegar

⁴ Howard SHELANSKI, “Network Neutrality: Regulating with more Questions than Answers”, p. 1.

⁵ *Ibid.*

⁶ De acuerdo al artículo 24 H) de la Ley General de Telecomunicaciones N°18.168, en Chile existen dos tipos de obligados por las normas de neutralidad de la red: i) las concesionarias de servicio público de telecomunicaciones que presten servicio a los proveedores de acceso a Internet y; ii) los proveedores de acceso a Internet. Por proveedor de acceso a Internet se debe entender a “toda persona natural o jurídica que preste servicios comerciales de conectividad entre los usuarios o sus redes e Internet”. Para efectos del presente artículo se utilizarán los términos “proveedores de servicios de Internet/de acceso a Internet/de banda ancha/de red/ISP’s” para identificar indistintamente a ambas categoría legales.

⁷ De acuerdo a Wikipedia, una aplicación de Internet puede definirse como “...software que se codifica en un lenguaje soportado por los navegadores web en la que se confía la ejecución al navegador”. Por su parte, contenido se refiere a videos, música u otro tipo de archivos que son producidos por un emisor.

a su máximo potencial, una infraestructura de comunicaciones no debe discriminar entre usos, usuarios o contenido. Tal como dijo el Comisionado de la FCC Michael Cops:

“Desde su comienzo, Internet fue diseñado, como les señalarán aquellos que estuvieron presentes en el curso de su creación, para prevenir que el gobierno o alguna corporación lo controlaran. Fue diseñado para derrotar la discriminación contra usuarios, ideas y tecnologías”⁸.

O, en sentido similar, Phillip Weiser:

“Internet se desarrolló inicialmente como una curiosidad académica, basada en el compromiso con el ‘principio *end-to-end*’. Este principio requiere que todo el tráfico de internet, sea un correo electrónico, una llamada basada en un protocolo de voz sobre o una emisión de video, sea tratado igual y gestionado a través de “mejores esfuerzos”⁹.

El referido “principio *end-to-end*”¹⁰ sostiene, en términos simplificados:

“(…) el centro de la red (*‘network’s core’*) debería proveer sólo servicios generales que puedan ser utilizados por todas las aplicaciones”¹¹, dejando los desarrollos para aplicaciones específicas y determinadas a los extremos de la red (*“end hosts”*)¹².

Para comprender lo anterior se debe tener presente que en los extremos de la red operan los usuarios de Internet y el centro de la misma es manejado por los proveedores de servicios de telecomunicaciones¹³.

Ello, de acuerdo a von Schewick, tendría consecuencias para una mayor innovación en aplicaciones y programas, desde dos puntos de vista:

⁸ Tim WU, “The Broadband Debate, A User’s Guide”, p. 73.

⁹ Philip J. WEISER, “The Next Frontier for Network Neutrality”, p. 5.

¹⁰ Ha sido traducido como principio de punta a punta o de extremo a extremo. Para efectos de este trabajo, se prefiere mantener la nomenclatura en inglés.

¹¹ VAN SCHEWICK, *op. cit.*, pp. 378 y ss.

¹² *Op. cit.*, p. 378 y ss. *Host* o “anfitrión”, de acuerdo a Wikipedia, se refiere a “...computadores monousuario o multiusuario que ofrecen servicios de transferencia de archivos, conexión remota, servidores de base de datos, servidores web, etc. Un host o anfitrión es un ordenador que funciona como el punto de inicio y final de las transferencias de datos”. Asimismo, se indica, estos son comúnmente descritos como el lugar donde reside o se aloja un sitio web y que los usuarios deben utilizar *anfitriones* para tener acceso a la red. Disponible en <http://es.wikipedia.org/wiki/Host>, consultada el: 7 de agosto de 2013.

¹³ VAN SCHEWICK, *op. cit.*, pp. 378 y ss., agregando que los extremos y el centro “...denotan una relación puramente funcional entre usuarios y proveedores. En tanto los extremos de la red corren programas de aplicaciones que utilizan los servicios de telecomunicaciones de la red, los computadores en el centro de la misma proveen dichos servicios”.

“Primero, desarrollar y desplegar aplicaciones requiere cambiar sólo los *end hosts* que quieren utilizar la aplicación. No requiere ningún cambio al centro de la red. Como resultado, los innovadores pueden decidir independientemente si llevar a cabo sus ideas para una aplicación, y pueden hacerlo a bajo costo. Segundo, la red no puede discriminar en contra de aplicaciones que corren a través de ella y no puede excluir aplicaciones”¹⁴.

Precisamente por ello, el referido principio resulta esencial para entender lo que los defensores de la neutralidad de la red buscan resguardar con la misma. De acuerdo a Tim Wu, el principio *end-to-end*

“...representa una teoría de la innovación. Rechaza la innovación centralizada y planificada y sostiene que el mayor ratio de desarrollo tecnológico es impulsado al delegar la autoridad decisoria a los ‘extremos’ descentralizados de cualquier red. La razón es bastante simple: los ‘extremos’ de la red son numerosos, casi ilimitados, y delegarle la autoridad a los extremos abre la puerta a diversos enfoques respecto de un determinado desafío tecnológico. El principio e2e asume que la innovación es un proceso evolutivo, impulsado por contiendas entre enfoques competitivos respecto de un problema. (...) el principio e2e pone suficientes jugadores en la contienda para asegurar que el verdadero campeón surja”¹⁵.

Así, los defensores de la neutralidad de la red sostienen que dicha característica, de apertura y no intervención de extremo a extremo, habría permitido a Internet ser una fuente exponencial de innovación que ha desafiado y revolucionado los modelos de negocios de los proveedores de servicios de telecomunicaciones y de la industria del entretenimiento. Ello cobraría especial relevancia si se tiene en cuenta que los proveedores de servicios de red también ofrecen contenidos o aplicaciones que compiten con empresas que requieren utilizar su red. En dicho sentido, se ha sostenido que la discriminación en distintos niveles de acceso o precio podría afectar “injustamente a (...) empresas que compiten con los propios servicios verticales de la plataforma”¹⁶.

Sin perjuicio de ello y de que, en general, existe consenso en el valor de un “Internet abierto”¹⁷, la necesidad de establecer el principio de neu-

¹⁴ VAN SCHEWICK, *op. cit.* p. 383. Agregando: “Como resultado, los desarrolladores independientes de aplicaciones no tienen que temer que su aplicación sea excluida o discriminada, o que el proveedor de servicios de red tratará de extraer sus ganancias a través de cargos de acceso”.

¹⁵ WU, *op. cit.*, p. 73.

¹⁶ SHELANSKI, *op. cit.*, p. 25.

¹⁷ Véase, por ejemplo, LARRY DOWNES, “Written Testimony of Larry Downes Senior Adjunct Fellow, TechFreedom Hearing on ‘Ensuring Competition on the Internet: Net

tralidad de la red regulatoriamente y los efectos que ello podría implicar han sido fuertemente controvertidos, al punto de haberse indicado que la neutralidad de la red habría “surgido quizás como el asunto más contencioso en política de comunicaciones”¹⁸.

Así, distintos autores y las propias empresas proveedoras de servicios de Internet han enfatizado que una prohibición a raja tabla de discriminar contenido o de cobrar diferentes niveles de acceso produciría el efecto de “...frenar la innovación y la inversión en el centro de la red, reduciendo la capacidad y traspasando los costos a los consumidores”¹⁹. Asimismo, los proveedores de servicios de red han sostenido generalmente que no tendrían

“...incentivos para hacer Internet menos atractivo para sus suscriptores y que los proveedores de aplicaciones estarían parasitando de sus redes”²⁰.

De la misma forma, también se ha indicado: “...la próxima ola de innovación va a ocurrir en el centro de la red y no en sus extremos”²¹. Ello básicamente porque los proveedores de servicios de banda pueden “aumentar sus ingresos y ganancias al vender aplicaciones atadas a una conexión básica”²², agregándoles a esta servicios de valor añadido, tales como telefonía o video. Por último, toda una línea argumentativa ha surgido en el sentido de que la referida discriminación podría ser necesaria para asegurar la calidad de servicio que ciertas aplicaciones requieren²³. Es decir, que los proveedores de dichas aplicaciones deberían poder pagar más para obtener una mejor calidad de servicio.

Así, en suma, resulta claro que, en términos de política de competencia o de innovación, el debate ha distado de ser pacífico, tal como lo indica Shelanski:

Neutrality & Antitrust”, Before the Subcommittee on Intellectual Property, Competition & the Internet Committee on the Judiciary U.S. House of Representatives February 15, 2011”, p. 1: “Como se desprende de todos mis escritos respecto de la revolución digital, comparto el entusiasmo de los cinco comisionados –y no sólo de los tres que votaron a favor de aprobar las nuevas regulaciones– por una Internet abierta. Simplemente no creo que exista evidencia alguna de una intervención regulatoria para “salvar” este robusto ecosistema...”.

¹⁸ Christopher S. Yoo, “Network Neutrality after Comcast: Toward a Case-by-Case Approach To Reasonable Network Management”, p. 1.

¹⁹ SHELANSKI, *op. cit.*, pp. 24-25.

²⁰ *Ibid.*

²¹ WU, *op. cit.*, p. 77.

²² *Ibid.*

²³ WEISER, *op. cit.*, p. 9. Explicando: “En el caso del correo electrónico, por ejemplo, las demoras pueden no aporlemar a muchos usuarios, dado que no están ocupados en comunicaciones críticas o en tiempo real. Pero para otras aplicaciones, tales como video conferencias o comunicaciones de voz, las demoras pueden ser molestas en el mejor de los casos; en el peor, pueden derrotar la utilidad misma de la aplicación”:

“Las proposiciones relacionadas a regular respecto de la neutralidad de la red han generado un debate particularmente intenso. Defensores y opositores de la regulación han predicho consecuencias fatales de, respectivamente, dejar a las redes en libertad de variar los términos de acceso que ofrecen a los proveedores de contenido y servicios o de restringirles dicha capacidad. El Congreso ha sido inundado con proposiciones legislativas desde ambas perspectivas”²⁴.

Y, en efecto, aquella era la situación al momento de dictarse las regulaciones de Estados Unidos y Chile.

Ello, de acuerdo a Weiser, se explicaría atendido a que:

“El acceso de banda ancha a Internet es el *sine qua non* de la era de la información. En efecto, encuestas recientes sugieren que la banda ancha es el servicio de telecomunicaciones con el cual los consumidores ‘menos pueden vivir sin’. En menos de una década, el acceso de banda ancha a Internet ya ha transformado a la industria musical (Napster e iTunes), está en medio de revolucionar la transmisión de comunicaciones de voz (Vonage y Skype), y está empezando a cambiar la industria de programación de videos (YouTube). No es sorprendente, por tanto, que la regulación de las banda ancha haya generado debates candentes de política pública”²⁵.

En efecto, en dicho sentido, se debe notar que la discusión relativa a la neutralidad de la red, sin perjuicio de enfocarse en gran parte a política de la competencia, no sólo se ha reducido a ello, sino que se ha extendido a otros intereses de política pública relacionados a las telecomunicaciones, tales como la libertad de expresión o la pluralidad en los medios. Así, por ejemplo von Schewick señala, argumentando a favor de una red basada en el principio *end-to-end*, en la que, según sostiene, serían los usuarios quienes

“...deciden cómo usar la red y no los proveedores de servicios de red. Los proveedores de servicios de red no pueden interferir con dichos usos ni pueden optimizar la red para ciertos usos. Al permitir a los usuarios usar Internet en la forma que genera más valor para ellos, la versión extensiva no solo maximiza el valor de Internet para los usuarios, sino que también incrementa el valor general de Internet para la sociedad. Pero el valor social de las arquitecturas basadas en la versión extensiva va más allá de eso. Internet tiene el potencial de aumentar la libertad individual, proveer una plataforma para una mejor participación democrática, incentivar una cultura más crítica y consciente y potencialmente mejorar el desarrollo humano en todas partes”²⁶.

²⁴ SHELANSKI, *op. cit.*, p. 23.

²⁵ WEISER, *op. cit.*, p. 1.

²⁶ VAN SHEWICK, *op. cit.*, p. 387.

Y en el mismo sentido

“...los enfoques predominantes en políticas públicas de Internet de banda ancha están indebidamente hechizados por la promesa de la innovación y el comercio por sí mismo. Estos enfoques no contemplan que las comunicaciones son vitales para la operación de una sociedad civil en democracia, irrespectivamente de su impacto en la innovación y comercio”²⁷.

III. Las experiencias regulatorias de Chile y Estados Unidos: descripción de los procesos y normas adoptadas

A. LA LEY CHILENA DE NEUTRALIDAD DE LA RED

En agosto de 2010, Chile fue el primer país en el mundo en adoptar legislativamente reglas de neutralidad de la red²⁸. La ley chilena tuvo su origen en una moción parlamentaria transversal, iniciada por un grupo de parlamentarios que representaron gran parte del espectro político²⁹. Además, la referida moción contó con el decidido apoyo del Poder Ejecutivo, tanto del gobierno de Michelle Bachelet, como del de Sebastián Piñera³⁰, manifestado a través de la constante participación y apoyo de la SUBTEL en la tramitación legislativa. Durante todos los sucesivos trámites legislativos, ningún senador o diputado se opuso a la legislación, no obstante que la historia legislativa da cuenta de la oposición por parte de los ISP's y proveedores de servicios de telecomunicaciones³¹.

²⁷ Olivier SYLVAIN, “Internet Governance and Democratic Legitimacy”, p. 208.

²⁸ Ley N° 20.453, publicada en el *Diario Oficial* con fecha 26 de agosto de 2010.

²⁹ Moción de fecha 20 de marzo de 2007 de los señores diputados Gonzalo Arenas Hödar, Marcelo Díaz Díaz, Enrique Estay Peñaloza, Alejandro García, Alejandro Huidobro Sanfuentes, Patricio Hales Dib, Javier Hernández Hernández, Tucapel Jiménez Fuentes, José Antonio Kast Rist, Carlos Recondo Lavanderos, Felipe Ward Edwards. Véase Historia de la Ley N° 20.453.

³⁰ Historia de la Ley ..., *op. cit.*, p. 102.

³¹ Véase *op. cit.*, pp. 28, 147 y 166. Resulta bastante llamativo el apoyo unánime que tuvo la ley, en contraposición a lo que sucedió en Estados Unidos, cómo se expondrá. Ello puede haber respondido a que la ley siempre se planteó en términos de protección al consumidor, lo que puede haber sido percibido como políticamente ventajoso. De la misma forma, el proyecto contó con el decidido impulso de organizaciones de la sociedad civil, con buena recepción por parte de algunos miembros del Congreso, disponible en www.fayerwayer.com/2010/08/ley-de-neutralidad-de-red-en-chile-como-diablos-se-logro/, consultada el 7 de agosto de 2013. Otro aspecto significativo que puede haber explicado el hecho de que los proveedores de servicios de telecomunicaciones no se opusieran tan firmemente a la ley, fue el hecho de que recientemente se había aprobado una reforma a la Ley de Propiedad Intelectual que limitaba la responsabilidad de los ISP's por material almacenado en sus sistemas vulnerando los derechos de propiedad intelectual,

Producto del proceso legislativo anterior, el principio de Neutralidad de la Red sería finalmente introducido como una reforma a la LGT, el cuerpo legal base que regula a todos los servicios de telecomunicaciones en Chile³². Ello implicó que, por primera vez, el servicio de Internet era regulado expresamente en la LGT. Previamente, sólo había sido regulado por algunas normas administrativas de la Subsecretaría de Telecomunicaciones³³.

En nuestro país, SUBTEL siempre ha interpretado que tiene una amplia autoridad para regular todo tipo de servicios de telecomunicaciones, porque el artículo 1 de la LGT define servicios de telecomunicaciones de forma amplia. Sin perjuicio de que dicha interpretación ha sido discutida por algunos actores privados³⁴, se debe tener presente que ha sido aceptada en el ámbito académico³⁵. Por lo mismo, SUBTEL podría haber introducido el principio de neutralidad de la red vía administrativa y su autoridad para hacerlo hubiere estado menos en duda que en el caso de la FCC en USA.

Por último, el nuevo artículo 24 J introducido a la LGT delegó autoridad a SUBTEL para que dictara un reglamento especificando algunas de las provisiones de la ley, lo que fue hecho por esta en marzo de 2011³⁶.

B. LA RESOLUCIÓN REGLAMENTARIA DE LA FCC

En diciembre de 2010, la FCC³⁷ introdujo el principio de neutralidad de la red, vía resolución reglamentaria, denominada “En la materia de preservar las prácticas de Internet abierto de la industria”³⁸, precedida de un reporte detallado en que justificaba la adopción de las reglas.

Ley N°20.435, de 4 de mayo de 2010. Para quedar exentos de responsabilidad, los ISP’s debían cumplir con condiciones bastante estrictas de gestión de la red, por lo que las normas de neutralidad pueden haber sido percibidas como un argumento par poder limitar dichas gestiones. Sense, the NN Law could have been perceived as way out or an arguable justification to reduce those investments.

³² Ley 18.168. La reforma introdujo los artículos 24 H, 24 I y 24 J a la LGT.

³³ Resoluciones exentas N°1483 del año 1999 y N°698 del año 2000, principalmente referidas a obligaciones de interconexión y calidad de servicio.

³⁴ Principalmente proveedores de servicios de telefonía sobre Internet que no querían ser regulados como prestadores del servicio telefónico tradicional.

³⁵ Así, por ejemplo, Lorena DONOSO, “Estudio sobre la Naturaleza de Internet. Referencias al Modelo Europeo de Regulación”, p. 5.

³⁶ Decreto N° 368 de 2010, publicado con fecha 18 de marzo de 2011.

³⁷ La FCC constituye una agencia administrativa independiente que tiene como rol regular las comunicaciones interestatales e internacionales por radio, televisión, telégrafo y cable. Fue creada por la Ley de Comunicaciones de 1934. Disponible en www.fcc.gov.

³⁸ “In the Matter of Preserving the Open Internet Broadband Industry Practices”, 25 F.C.C.R. 17905, 2010, disponible en www.fcc.gov/openinternet, consultada el 7 de agosto de 2013. En adelante la Resolución Reglamentaria será abreviada como “Resolución FCC” y el reporte como “Reporte FCC”.

En forma excepcional a su normal proceder, caracterizado por el consenso de los comisionados en sus decisiones³⁹, el reglamento de neutralidad de la red correspondió a una decisión dividida: los tres comisionados demócratas votaron a favor y los dos republicanos, en contra⁴⁰. Cada uno de ellos emitió una declaración propia justificando su voto. Dicha excepcional división se explica por el hecho de que la neutralidad de la red se había convertido en un asunto altamente politizado, llegando a ser “quizás el asunto más contencioso en materia de política de comunicaciones”⁴¹. Aun más, se había constituido en un asunto de división entre demócratas y republicanos⁴² y específicamente respecto de la necesidad de intervenir o regular al respecto⁴³.

En relación a ello, y para graficar adecuadamente el contexto en el que se dictó el reglamento de la FCC, se debe tener presente que, desde el año 2006, en el Congreso de Estados Unidos se habían discutido una serie de proyectos de Ley referentes a la neutralidad de la red, ninguno de los cuáles había podido generar el consenso adecuado para ser aprobado. En efecto, en dicha línea se señaló:

“...en la medida en que el Congreso se ha referido a la neutralidad de la red, ha rechazado la política; tres congresos consecutivos no han logrado aprobar proyectos de ley de neutralidad de la red”⁴⁴.

³⁹ La FCC es dirigida por cinco comisionados, nombrados por el Presidente de Estados Unidos, con confirmación del Senado. El Presidente elige a uno de los comisionados como Director de la Agencia. Además, existe una regla por la cual solo tres de los cinco comisionados pueden pertenecer a un mismo partido político, disponible en www.fcc.gov/what-we-do, consultada el 7 de agosto de 2013.

⁴⁰ Respecto de la división de los comisionados, cabe tener presente lo señalado por el comisionado McDowell en su declaración disidente: “Para aquellos que miran a la FCC por primera vez, por favor sepan que más del 90 por ciento de nuestras acciones no sólo son bipartidistas, sino unánimes”, Reporte FCC, p. 146.

⁴¹ YOO, “Network...”, *op. cit.*, p. 1.

⁴² Véase, por ejemplo, disponible en: http://lessig.org/blog/2006/06/the_dems_get_net_neutrality.html: “...los Demócratas han decidido que este es su asunto. El inusual empate producido en la Comisión de Comercio del Senado (11-11) en líneas partidistas (...) parece indicar una decisión de los líderes del partido de que esta es una pelea que quieren liderar...”.

⁴³ Christopher S. ROBERTS, “Can I Still Google My Yahoo? Reframing the Net Neutrality Debate - Why Legislation Actually Means Deregulation”, p. 776. Agregando: “El senador republicano Ted Stevens consideró la propuesta como “totalmente injustificada”, porque el libre mercado corregiría cualquier problema (...) aquellos al otro lado del pasillo alaban la legislación como garantista de la libertad (...) y creatividad de Internet...”.

⁴⁴ NOTA EDITORIAL, “How Chevron Step One Limits Permissible Agency Interpretations: Brand X and the Fcc’s Broadband Reclassification”, p. 1035.

Otro aspecto importante a tener presente es que, al momento de regular, la autoridad misma de la FCC para hacerlo estaba en duda⁴⁵, puesto que ocho meses antes una Corte Federal había dejado sin efecto una resolución sancionatoria de la FCC en contra de la empresa Comcast Corporation, en la que justamente la sancionaba por degradar la calidad del servicio de un determinado tipo de aplicaciones de Internet (“peer to peer” o que permiten compartir archivos entre usuarios). La Corte Federal dejó sin efecto la sanción de la FCC por estimar que esta no tenía la autoridad para regular las prácticas de gestión de la red de un proveedor de servicios de Internet⁴⁶. De dicha forma, la resolución reglamentaria de neutralidad de la red constituyó un nuevo intento de la FCC por afirmar una autoridad regulatoria que una Corte Federal expresamente había dicho que no tenía.

Así, la FCC reguló respecto de un asunto sin consenso político, ni suficiente apoyo en el Congreso para convertirse en ley y respecto del cuál su propia autoridad para regular había sido puesta en duda. Todo ello permitía presuponer que las reglas iban a tratar de ser invalidadas y, en los hechos, dos empresas de telecomunicaciones presentaron apelaciones, cuestionando la validez del reglamento de la FCC, ante la misma Corte Federal que había dejado sin efecto la sanción de la FCC contra Comcast. La resolución de las referidas apelaciones aún se encuentra pendiente⁴⁷.

No sólo ello, dos iniciativas⁴⁸ se presentaron en el Congreso de Estados Unidos, buscando la primera invalidar el reglamento de la FCC y la segunda, prohibir a la FCC dictar cualquier tipo de regulación respecto de Internet, las que aún se encuentran en tramitación⁴⁹.

En suma, la regulación de la FCC ha sido objeto de numerosas acciones que buscaron invalidarla, riesgo que aún persiste. Asimismo, su autoridad legal y democrática para dictar las referidas reglas fue duramente cuestionada, tal como se desprende incluso de las mismas declaraciones de los comisionados disidentes. Así, por ejemplo:

⁴⁵ El mismo Reporte de la FCC ocupa varias páginas en justificar su autoridad para regular, cuestión que ya es indiciaria de que aquello no estaba claro. Véase Reporte FCC, pp. 62-87.

⁴⁶ Comcast Corp. v. F.C.C., 600 F.3d 642, 644. D.C. Cir. 2010.

⁴⁷ El resultado de las mismas es incierto. Así, el comisionado Robert McDowell en su declaración disidente indicó: “...la Resolución está designada para eludir la decisión de Comcast del D.C. Circuit, pero este nuevo esfuerzo también fallará en la Corte”, Reporte FCC, p. 148. Así también, Larry DOWNES: “Las nuevas reglas descansan sobre un fundamento legal que la agencia no puede esperar seriamente que sea ratificado en las Cortes o el Congreso”, *op. cit.*, p. 2.

⁴⁸ H. J. RES. 37 112th Congress y H.R.96, 112th Congress.

⁴⁹ Véase <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/bdquery/z?d112:HJ00037:@@X>

“...la FCC no solo está desafiando a una Corte, sino que también está eludiendo la voluntad de una gran mayoría bipartidista del Congreso. Más de 300 miembros han advertido a la agencia en contra de que esta exceda su autoridad legal. La FCC no es el Congreso. No podemos hacer leyes. Legislar es el solo dominio de los representantes elegidos directamente por las personas...”⁵⁰.

C. AMBAS REGULACIONES PRESENTAN UNA ESTRUCTURA SIMILAR SOBRE LA BASE A CUATRO PRINCIPIOS FUNDAMENTALES: TRANSPARENCIA, PROHIBICIÓN DE BLOQUEAR, NO DISCRIMINACIÓN Y EL CONCEPTO DE PRÁCTICAS DE ADMINISTRACIÓN O GESTIÓN DE LA RED

En efecto, sin perjuicio de diferencias específicas que se harán presente más adelante, ambas regulaciones se estructuran principalmente en base a dichos principios.

Transparencia

Tanto la norma chilena como la estadounidense requieren que los proveedores de acceso a Internet divulguen cierta información respecto del producto que ofrecen. Así, en Chile se exige que se publiquen “las características del acceso a Internet ofrecido, su velocidad, calidad del enlace (...) así como la naturaleza y garantías del servicio”⁵¹. Las categorías legales se vieron complementadas con el Reglamento de SUBTEL, la que incluyó la obligación de transparentar las prácticas de administración o gestión de red⁵².

Prohibición de bloquear

Ambas regulaciones contemplaron reglas a este respecto. En Chile se indica que los proveedores de servicios de internet

⁵⁰ Declaración disidente del comisionado McDowell, Reporte FCC, p. 146. La comisionado disidente Attwell, por su parte, agregó: “Con esta acción, la mayoría ha diluido la línea entre el legislado y el regulador. Al obrar así, esta decisión puede erosionar la confianza en que la Comisión es una agencia experta en aquellas materias para las cuales el Congreso nos ha dado claros mandatos legales...”, Reporte FCC, p. 196.

⁵¹ Artículo 24 H d). En Estados Unidos, por su parte, también se requiere que se publique información precisa respecto de los servicios de acceso a Internet, bajo un estándar de suficiencia, esto es, de tal manera que los usuarios puedan realizar decisiones informadas y los proveedores de contenido puedan desarrollar y mantener ofertas en Internet. Resolución FCC § 8.3.

⁵² Artículos 3, 4 y 5 del Reglamento.

“[N]o podrán arbitrariamente bloquear, interferir, discriminar, entorpecer ni restringir el derecho de cualquier usuario de Internet 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”⁵³.

Una regla similar también se contempló en USA, sin perjuicio de algunas distinciones específicas⁵⁴.

Prohibición de discriminar arbitrariamente

La ley chilena indica que los proveedores de servicios de banda ancha

“...deberán ofrecer a cada usuario un servicio de acceso a Internet o de conectividad al proveedor de acceso a Internet, según corresponda, que no distinga arbitrariamente contenidos, aplicaciones y servicios, basados en la fuente de origen o propiedad de éstos...”⁵⁵.

La normativa de USA también es similar a este respecto⁵⁶.

Las prohibiciones de bloquear y no discriminar tienen su contrapeso en el concepto de prácticas de administración o gestión de la red

Así, de acuerdo al legislador chileno

“los concesionarios de servicio público de telecomunicaciones y los proveedores de acceso a Internet podrán tomar las medidas o acciones necesarias para la gestión de tráfico y administración de red, en el exclusivo ámbito de la actividad que les ha sido autorizada, siempre que ello no tenga por objeto realizar acciones que afecten o puedan afectar la libre competencia”⁵⁷.

⁵³ Artículo 24 H a), inciso 1°. Aplica, por igual, al servicio de acceso ofrecido a través de cualquier tecnología.

⁵⁴ Las regla de Estados Unidos prohíbe “bloquear contenido legal, aplicaciones, servicios o aparatos no dañinos, sujeto a medidas razonables de administración de la red”. Resolución FCC § 8.5. Una regla especial de bloqueo, menos exigente, aplica para la banda ancha móvil.

⁵⁵ Art. 24 a), inciso 1°.

⁵⁶ Esta prohíbe “discriminar arbitrariamente al transmitir tráfico legal por sobre el servicio de acceso a Internet de un consumidor”. Resolución FCC § 8.7. Sin embargo, los proveedores de acceso a Internet vía banda ancha móvil no están sujetos a esta obligación.

⁵⁷ Art. 24 a), inciso 3°.

En USA se exigió que las prácticas de gestión de red sean “razonables” y se definió expresamente lo que se entendía por ello⁵⁸.

IV. Comparación de algunos aspectos relevantes entre ambos procesos

Con el fin de ilustrar los roles y límites del Congreso y el órgano administrativo en la regulación de tecnologías, esta sección se enfocará en analizar algunos aspectos comparables de ambas regulaciones y sus procesos.

A. EN NINGUNO DE LOS DOS PROCESOS SE PROPORCIONÓ GRAN EVIDENCIA DE FALLAS DE MERCADO REALES QUE JUSTIFICARAN LA NECESIDAD DE REGULAR

En primer término, cabe destacar que ninguno de los dos procesos regulatorios pudo justificar la adopción de las reglas de neutralidad sobre la base de una gran cantidad de casos reales en que proveedores de servicios de acceso a Internet hayan efectivamente bloqueado, degradado o discriminado contenido en la red. En efecto, sin perjuicio de que tanto la discusión de la ley chilena como el reporte de la FCC intentan fundamentar la regulación en evidencia empírica de casos, sólo logran citar un par de ejemplos reales en que ello habría sucedido⁵⁹. De ello hicieron hincapié los comisionados disidentes en Estados Unidos:

“Si los incentivos y la habilidad de obrar inadecuadamente fueran tan fuertes, uno debería asumir que el registro de la evidencia debería incluir una gran cantidad de ejemplos (...). No existe tal evidencia”⁶⁰.

⁵⁸ Reporte FCC, p. 47: “Una práctica de gestión de la red es razonable si es apropiada y adaptada para lograr un propósito legítimo de gestión de la red...”.

⁵⁹ El Reporte FCC, p. 25, menciona cuatro casos: bloqueo de puertos a un servicio de voz sobre Internet por parte de un proveedor de banda ancha relacionado a una compañía telefónica –Madison River–, la degradación efectuada por Comcast hacia aplicaciones *peer to peer*, el bloqueo de un sistema de pagos móviles y las restricciones de AT&T respecto del tipo de aplicaciones al que se podía acceder vía su red 3G. Por su parte, en Chile, la historia de la ley da cuenta de los siguientes hechos –pp. 4, 5, 11, 21 y 50–: la compra por parte de VTR Banda Ancha S.A. de un aparato que le permitía demorar cierto tipo de tráfico, el bloqueo de puertos lógicos de voz sobre Internet efectuado por Telefónica CTC Chile S.A. en contra de Voissnet S.A., un correo electrónico interno de Telefónica en donde se instaba a reducir el ancho de banda para los usuarios que utilizaran aplicaciones *peer to peer* y un estudio de SUBTEL que concluyó que un 66% de los usuarios de Internet tenían algún problema con su conexión.

⁶⁰ Reporte FCC, p. 187.

La constatación anterior tiene relación con una de las mayores críticas sostenidas por los opositores a la introducción del principio de neutralidad de la red, esto es, que, desde un punto de vista económico o de política de la competencia, no existiría una falla de mercado y, por tanto, tampoco necesidad alguna de intervenir o regular⁶¹.

En dicho sentido, lo que resulta interesante para efectos de este artículo es el hecho de que ambas regulaciones no tienen su origen en evidencia incontestable o en un consenso respecto de la necesidad técnico-económica de su introducción, sino que su introducción parece responder más bien a una decisión valorativa respecto de su procedencia para resguardar bienes jurídicos o consideraciones de interés público transversales, que trascienden el caso específico de la regulación de Internet, sobre lo que se ahondará en el siguiente punto.

*B. ¿QUÉ SE PRETENDIÓ PROTEGER AL REGULAR
RESPECTO DE LA NEUTRALIDAD DE LA RED?*

De acuerdo a lo expuesto en la sección II, queda claro que el principio de neutralidad de la red busca garantizar una cierta igualdad de trato o no discriminación. Así, surge la pregunta de qué tipo de bienes jurídicos pretende salvaguardarse al prohibir la referida discriminación o, en otras palabras, qué alcances tiene la prohibición indicada.

Más allá de la discriminación anticompetitiva

En primer término, un análisis de ambos procesos regulatorios nos conduce a descartar que se haya tratado simplemente de sancionar discriminaciones o conductas anticompetitivas. Así fue señalado expresamente por la FCC:

“... rechazamos el argumento de que sólo la discriminación anticompetitiva que produzca daño sustancial al consumidor debería ser prohibida por nuestras reglas. (...) la regla descansa en la proposición general de que los proveedores de banda ancha no deberían elegir ganadores y perdedores en Internet –incluso por razones que pueden ser independientes de sus intereses competitivos o que puedan no causar inmediata o probadamente daño sustancial al consumidor–”⁶².

⁶¹ Así, por ejemplo, Downes afirma que no existía necesidad alguna de una nueva regulación. No obstante los miles de comentarios de intervinientes de todo el espectro, al final la mayoría solo pudo encontrar cuatro incidentes en los últimos diez años de lo que creyó ser comportamiento no-neutral. Los cuatro fueron resueltos rápidamente. Sin embargo estos cuatro incidentes proveen la única evidencia de la necesidad de regular.

⁶² Reporte FCC, p. 45.

La misma conclusión puede obtenerse de la historia de ley chilena. En efecto, en la discusión legislativa algunos miembros del Congreso y otros participantes propusieron limitar el texto a prohibir sólo prácticas o discriminaciones anticompetitivas⁶³, pero el texto final que se adoptó no recogió dichas inquietudes, consagrando una prohibición de discriminar amplia, sin dicha limitación⁶⁴.

Lo expuesto se ve, además, ratificado si se tiene en cuenta que ambas regulaciones pretendieron complementar el régimen legal de protección al consumidor, normativamente distinguible del que persigue sancionar atentados anticompetitivos⁶⁵.

Protección al consumidor

En segundo término, se debe destacar que ambas regulaciones identificaron encontrarse frente a una hipótesis típica de protección al consumidor, esto es, que estos se encontrarían en una situación desmejorada frente a los proveedores de servicios de banda ancha. Así, la FCC señaló: “[C]reemos que estas reglas (...) van a empoderar y proteger a los consumidores”⁶⁶. En dicho sentido, la justificación principal de la regla de la transparencia fue, precisamente, la de permitir la elección informada del consumidor respecto de los servicios ofrecidos, exigiendo la publicación de información necesaria para ello⁶⁷.

⁶³ Aquella fue la postura de los senadores Pizarro, Historia de la Ley..., *op. cit.*, p. 69, y Matthei, *op. cit.*, p. 62. Además, la Asociación de Proveedores de Internet condicionó su apoyo al proyecto al entendimiento de que el mismo sólo buscaba prohibir prácticas anticompetitivas, *op. cit.*, p. 45.

⁶⁴ Ello a proposición del subsecretario de Telecomunicaciones, quien sugiriera un texto que se centró en la “discriminación arbitraria”, sin ninguna mención a la defensa de la competencia y que se convertiría en el artículo 24 H) finalmente aprobado, Historia de la Ley 20.453, p. 69. Explicando la adopción de la redacción final, el senador Novoa señaló que la “...proposición sustitutiva presentada por el Ejecutivo es correcta, en cambio, la indicación presentada por el Honorable Senador señor Pizarro se refiere a acciones que sean contrarias a la libre competencia o discriminación arbitraria, sin embargo, estos conceptos se encuentran regulados en otros textos legales. La proposición del Ejecutivo es más específica en esta materia...”, *op. cit.*, p. 70.

⁶⁵ Domingo VALDÉS, *Libre competencia y monopolio*, pp. 147-148. “...la protección de los consumidores dice relación con la sinceridad y transparencia de las operaciones comerciales, a título oneroso (...) entre los consumidores finales y los proveedores (...). En cambio, la libre competencia tendría por “...objeto formal o elemento configurador (...) la formación del poder de mercado por medios injustos (...) o el abuso del poder de mercado (...)”. Ello contrastaría con la normativa de protección a los consumidores, la que “...no se ocupa de las fuentes injustas del poder de mercado o del abuso que pueda realizarse de este último, sino que de la sinceridad en el tráfico independientemente de si se halla presente un monopolio...”.

⁶⁶ Reporte FCC, p. 2.

⁶⁷ Reporte FCC, p. 37.

Lo mismo puede sostenerse desde la historia de la ley chilena. En efecto, de acuerdo a lo que indicó la Subsecretaría de Telecomunicaciones en la discusión legislativa, el proyecto perseguía que “...se garantice que el servicio que se entrega es el que se contrata”⁶⁸. Así, se hizo hincapié en la insuficiencia de la información actualmente existente para los consumidores y en la existencia de prácticas de gestión de red que deteriorarían la calidad del servicio, “a espaldas de los consumidores”⁶⁹. Por lo mismo, finalmente se exigió la divulgación de información importante “para evaluar la calidad del servicio, tales como la velocidad y latencia”⁷⁰.

En este punto resulta interesante hacer hincapié en que en servicios tecnológicos como el acceso a Internet, una obligación de transparencia justamente permite que se develen las conductas que la norma o regulación prohíbe, las que, de lo contrario, permanecerían escondidas, sin posibilidad de sanción⁷¹. Ello, sin perjuicio de exceder el alcance del presente artículo, constituye un aspecto esencial a tener en cuenta al regular este tipo de mercados o servicios y adquiere aún mayor importancia si se tiene en cuenta que este tipo de regulaciones también pueden tener por objeto el resguardo de otros aspectos de interés público relacionados a las telecomunicaciones, como ambos procesos en análisis también revelan, según se expondrá a continuación.

Interés público en telecomunicaciones: libertad de información y expresión

Por último, de las dos experiencias regulatorias en comento se desprende que las obligaciones de no discriminación o igualdad de trato impuestas también tuvieron por objeto resguardar otro tipo de bienes jurídicos, no vinculados a la protección en las relaciones comerciales, sino que a elementos relevantes de interés público en telecomunicaciones, como son la libertad de información y de expresión⁷².

⁶⁸ Historia de la Ley..., *op. cit.*, p. 67.

⁶⁹ *Op. cit.*, p. 63. Además, se introdujo el concepto de Internet en la LGT justamente para permitir a SUBTEL sancionar aquellas prácticas, de acuerdo al procedimiento administrativo contemplado en la LGT, el que, se señaló, resolvería los asuntos a favor de los consumidores en un 85% de los casos, *op. cit.*, p. 66.

⁷⁰ Artículo 24 H d) de la LGT y artículo 5 del decreto N° 368 del año 2010.

⁷¹ En dicho sentido, Carol M. HAYES “Content Discrimination on the Internet: Calls for Regulation of Net Neutrality”, p. 524: “Si los usuarios no se dan cuenta que la calidad de su servicio de Internet está siendo dañada por la conducta de su ISP y piensan en cambio que una conexión lenta con una página web en particular responde a que “el otro tipo” tiene un servidor más lento, es improbable que vayan a exigir algo de su propio ISP”.

⁷² Para un análisis de los deberes de los proveedores de servicios de telecomunicaciones relacionados a la libertad de expresión y el pluralismo, véase Carlos PEÑA, “Informe en

En dicho sentido, la FCC fue expresa en el sentido de que las normas también tenían como objeto proteger la libertad de expresión y, como contrapartida, el derecho de acceder a la información⁷³. Así, se indicó que uno de sus propósitos sería el de "...preservar Internet como una plataforma abierta que hace posible la elección del consumidor y la libertad de expresión"⁷⁴, siendo la apertura de Internet "...esencial para su rol de plataforma para el discurso y compromiso cívico"⁷⁵. Ello, en el entendido de que gracias a

"la falta de control de un guardián, Internet se ha convertido en una fuente mayor de noticias e información, lo que forma la base de un discurso cívico informado"⁷⁶.

En dicha línea, señaló la FCC que las reglas serían necesarias debido a los incentivos y habilidad de los proveedores de banda ancha "de discriminar en el tratamiento del tráfico en la red en formas que podrían dañar (...) la libertad de expresión"⁷⁷. La referida afirmación encuentra sustento en artículos académicos que habían puesto de relieve los peligros que podría implicar un régimen no neutral para la libertad de expresión en Internet y que habían hecho hincapié en algunos casos específicos en que ello habría sucedido⁷⁸.

Derecho: Relaciones entre una concesionaria de servicios de telecomunicación de libre recepción y un permisionario de servicios limitados de telecomunicación" p. 74. "En todos estos casos se pone de manifiesto que los medios han de cumplir con dos tipos de expectativas relacionadas entre sí: de una parte, y en su dimensión de industria, las derivadas de la libre competencia; y de otra parte, y esta vez en su dimensión de foro público, las exigidas por el pluralismo y la libre expresión.

⁷³ En dicho sentido, a modo ejemplar, el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresa: "2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección".

⁷⁴ Reporte FCC, p. 88.

⁷⁵ *Op. cit.*, p. 8. Agregando: "Un electorado informado es crítico para la salud de una democracia funcional (...). Internet ofrece un foro para una verdadera diversidad en el discurso político, oportunidades únicas para el desarrollo cultural y variadas avenidas para la actividad intelectual".

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Op. cit.*, p. 40.

⁷⁸ Véase, por ejemplo, George BENJAMIN, "Internet Content Discrimination: The Need for Specific Net Neutrality Legislation by Congress or the Fcc in Light of the Recent Anti-Net Neutrality Actions by Comcast Corporation", pp. 157-158. El autor cita dos casos particulares de discriminación. El primero lo habría sufrido el grupo musical Pearl Jam, ya que AT&T habría cortado el audio de un concierto transmitido en vivo por la web

Por su parte, en Chile, si bien en la historia legislativa no existe una referencia expresa a la intención de proteger las libertades de información y expresión, en nuestra opinión, del texto legal y la referida historia no puede obtenerse otra conclusión. En efecto, ello se desprende del artículo 24 h a) cuando prohíbe bloquear, interferir, discriminar, entorpecer ni restringir arbitrariamente

“el *derecho* de cualquier usuario de Internet para utilizar, *enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido*, aplicación o servicio legal a través de Internet...”.

Contrario sensu, la misma norma obliga a los proveedores de banda ancha a ofrecer un servicio “...que *no distinga arbitrariamente contenidos*, aplicaciones o servicios, basados en la *f fuente de origen* o propiedad de éstos”.

La aseveración anterior encuentra sustento en la historia legislativa. Así, la misma moción parlamentario indicó:

“La llamada ‘Neutralidad de la Red’ trata precisamente sobre la libertad en Internet, intentando asegurar el derecho de todo usuario de poder ver con igual facilidad el blog más pequeño así como la más cara y moderna página web de una gran empresa (...). La Neutralidad en la Red es el nuevo principio que guía la lucha por la preservación de la libertad y apertura de Internet. La ‘Neutralidad en la Red’ asegura a todos los usuarios el acceso libre de contenidos o ejecutar aplicaciones o utilizar los dispositivos de su elección sin condicionamientos de ningún tipo”⁷⁹.

Además, sostuvo:

“Es por lo anterior, que resulta cada vez más necesario asegurar en forma efectiva, el derecho de los usuarios de Internet a utilizar libremente las distintas aplicaciones, prestaciones y posibilidades que la red coloca a disposición del público en general, sin que se puedan imponer restricciones a dicho acceso”⁸⁰.

cuando el vocalista de la banda criticaba al entonces presidente de Estados Unidos, George W. Bush. El segundo habría sido obra de Verizon Corporation, la que habría esgrimido el derecho de bloquear mensajes de un grupo pro-aborto en su red móvil. A este respecto, ver también Hannibal TRAVIS, “The FCC’s New Theory of the First Amendment”, p. 417, argumentando que la “Neutralidad de la red ha ayudado a compañías tales como Rowdy Orbit IPTV a superar barreras hacia el contenido de medios de minoría”.

⁷⁹ Historia de la Ley..., *op. cit.*, moción, p. 4.

⁸⁰ *Op. cit.*, p. 5. Agregando: “Sin la ‘Neutralidad de la Red’, Internet se parecería más a un canal de cable, pues los controladores de la red decidirían que contenidos, aplicaciones o páginas se pueden ver a partir de criterios propios inconsultos y los usuarios sólo se

Tal como se expuso, sería esa misma nomenclatura (“derecho”), la que finalmente formaría parte del texto legal.

Por lo demás, el artículo 24 H a) citado está en línea con lo dispuesto por el artículo 2° de la Ley General de Telecomunicaciones, que dispone: “Todos los habitantes de la República tendrán libre e igualitario acceso a las telecomunicaciones..”, disposición que sería aplicable al servicio de acceso a Internet en su faz de servicio de telecomunicaciones.

C. LA COMPARACIÓN DE AMBOS PROCESOS DA CUENTA DE UNA MAYOR ABSORCIÓN DE CONSIDERACIONES TÉCNICO-ECONÓMICAS POR PARTE DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO Y DEL OTORGAMIENTO DE MAYORES GRADOS DE CERTEZA POR PARTE DEL MISMO

Dado que la naturaleza del objeto regulado en ambos procesos requiere de altos grados de especialización técnica, resulta interesante observar cómo se desarrolló la legislatura chilena en comparación con la agencia estadounidense en el tratamiento de dicho conocimiento técnico.

La regulación vía FCC permitió
una mayor diferenciación

Las normas estadounidenses contienen una serie de distinciones en su aplicación que no están presentes en la ley chilena. A dicho respecto, un comentarista identificó dieciséis “excepciones, advertencias y exenciones” (Downes) tales como la exclusión de la aplicación de las reglas al servicio de Internet conmutado⁸¹, a operadores de “premisa”⁸² y, principalmente, la aplicación parcial al servicio de banda ancha móvil. Por el contrario, la ley chilena se aplica ampliamente a todos los proveedores comerciales de acceso a Internet y tecnologías a través de las cuales se otorgue el mismo, sin distinción alguna. Dicha contraposición constituye un buen ejemplo

limitarían por tanto a escoger de un menú que su ISP le quiere proporcionar, generalmente condicionado por múltiples intereses económicos de toda índole, con lo cual se pierde una de las grandes ventajas y beneficios de una red libre, guiada exclusivamente por la preferencia de los usuarios”.

⁸¹ Acceso a Internet a través de la red telefónica pública. La FCC decidió no aplicarle las reglas, puesto que existiría una mayor facilidad para cambiar de proveedor. Reporte FCC, p. 31.

⁸² *Ibid.* Según se indicó, estos consisten en cafeterías, librerías, aerolíneas y otras entidades que adquieren servicios de banda ancha de proveedores para permitir que sus clientes puedan acceder a los mismos en sus establecimientos comerciales. Señaló la FCC que dichos operadores no estarían regulados puesto que si lo estarían aquellos proveedores desde los cuales contratan los servicios de banda ancha.

de las dificultades de la regulación en mercados tecnológicos altamente dinámicos. En efecto, no puede sino surgir la duda de si dicha falta de diferenciación podría implicar alguna desventaja para tecnologías con menor grado de desarrollo o con características distintivas.

Un buen caso para ejemplificar lo anterior, sin perjuicio de la existencia de otros, lo constituye el tratamiento especial a los proveedores de banda ancha móvil en Estados Unidos, ya que la FCC decidió no hacerles extensiva la regla de no discriminación arbitraria y aplicarles una prohibición de bloquear de menor envergadura⁸³. El trato diferenciado se justificó en el reconocimiento de ciertas características distintivas de la provisión de banda ancha móvil, como una mayor proclividad a la congestión (requiriendo, por tanto, mayores medidas de administración de la red) y, principalmente, la consideración de que constituía una plataforma reciente, pero que sin embargo estaba evolucionando rápidamente y teniendo un rol importante en la penetración del servicio de banda ancha en la población⁸⁴. Ello, se argumentó, permitiría generar mayor competencia, por lo que una mayor laxitud sería aconsejable para no entorpecer su desarrollo. Así, la FCC indicó:

“En este acto estamos tomando pasos medidos para proteger la apertura de Internet para la banda ancha móvil en parte porque queremos entender mejor cómo el mercado de banda ancha móvil se está desarrollando antes de determinar qué ajustes son necesarios a este marco”⁸⁵.

En dicho sentido, se indicó, el desarrollo del mercado de la banda ancha móvil estaría en “monitoreo continuo”⁸⁶.

En Chile, por su parte, la ley no distinguió, sin perjuicio de que durante la discusión legislativa los proveedores de banda ancha móvil presentaron argumentos similares a los que tuvo en cuenta la FCC para diferenciar el tratamiento⁸⁷. Además, el subsecretario de Telecomuni-

⁸³ Así, solo se les prohibió bloquear páginas web o aplicaciones legales que compitieren con sus servicios de telefonía de voz y video. Reporte FCC, pp. 54 y ss..

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Historia de la Ley..., *op. cit.*, pp. 38-39, Testimonio del presidente de la ATELMO en la Comisión de Transportes y Telecomunicaciones del Senado, argumentando que la iniciativa legal no contempla la complejidad técnica de las redes móviles y que estaría concebida para regular a los proveedores fijos. Además, haciendo hincapié en que las redes móviles, por sus características, serían mucho más susceptibles a la congestión y que un usuario que se dedica constantemente a, por ejemplo, bajar música podría agotar el recurso para todos los demás, por lo que se haría necesario una mayor laxitud respecto de las medidas de administración de las red, para las redes móviles.

caciones también hizo hincapié en la potencialidad de la banda ancha móvil para generar una mayor penetración del servicio y generar mayor competencia⁸⁸.

Sin entrar en el debate técnico respecto de la procedencia del trato diferenciado de la banda ancha móvil, para efectos de este artículo cabe destacar que el anterior es un buen ejemplo de un caso en que, contando ambos órganos con la misma información, el regulador administrativo tomó un enfoque más moderado y flexible en relación a la realidad del mercado particular de cada tecnología. Enfoque que, además, se indicó, estaría bajo escrutinio continuo para ver la necesidad de cambiarlo a futuro. Por el contrario, si en Chile surgiera la necesidad de moderar la aplicación de las reglas al servicio móvil, se requeriría de otra ley, con las consecuentes dificultades de tramitación y tiempo que ello implicaría.

De la misma forma, las restantes excepciones del reglamento estadounidense sugieren también que el organismo administrativo, dada su especialidad, es mucho más adecuado para realizar distinciones o diferenciaciones técnicas basadas en las particulares características del objeto regulado. En efecto, el proceso chileno demuestra que no obstante contar los legisladores con información respecto de, por ejemplo, las especiales características de la banda ancha móvil, ello finalmente ni siquiera sería discutido o tomado en cuenta. A dicho respecto, resulta muy difícil de imaginar que en el proceso legislativo, dominado por el debate o discusión de distintos puntos de vista, ya sea en comisiones o en Cámara, sea viable hacer tal cantidad de diferenciaciones técnicas al detalle.

Mayores grados de claridad o certeza

Por otro lado, la comparación de ambos procesos también da cuenta de que la norma de la FCC otorga mayores grados de claridad o certeza, en gran parte gracias al reporte que acompañó la resolución, el que explica con orden y claridad la misma. Un buen ejemplo de ello es el tratamiento de un concepto fundamental para ambas regulaciones, como es el de las medidas de administración o gestión de la red.

La regulación de USA define claramente qué es lo que debe entenderse por una medida de administración razonable de la red, indicando que esta es aquella "...apropiada y diseñada para cumplir con un objetivo legítimo de administración de la red..."⁸⁹. A continuación, se aclara aun más el concepto con el fin de distinguir una medida de gestión de red que

⁸⁸ Historia de la Ley..., *op. cit.*, p. 107.

⁸⁹ Resolución FCC § 8.1 (d).

implique discriminación arbitraria y una que no⁹⁰, señalándose que para evaluar si una medida de gestión de red es apropiada, deben considerarse cuatro principios: su transparencia, la extensión en que maximiza el principio de control del usuario final, si el trato diferenciado es agnóstico en cuanto a su uso y la conformidad con las mejores prácticas y/o estándares técnicos. Además, se proporcionan ejemplos de prácticas de administración legítimas, tales como el garantizar la seguridad e integridad de la red o reducir los efectos de la congestión en la misma, cada uno de los cuáles se explica en detalle⁹¹.

En contraste, en Chile ni la ley ni el reglamento de la Subsecretaría de Telecomunicaciones definen o ejemplifican lo que es una práctica de administración o gestión de la red permitida, un punto de fundamental importancia en la reglamentación. Es más, sólo se indica que estas no pueden afectar la libre competencia⁹², lo que introduce un importante elemento de confusión. Ello puesto que, como se argumentó, la historia de la ley da cuenta de que el concepto de discriminación arbitraria no se redujo al ámbito de las prácticas anticompetitivas. Por lo mismo, no se entiende por qué la única limitación expresa a las prácticas de administración o gestión de la red tiene relación con no afectar la libre competencia. En efecto, ¿qué pasaría si una práctica de gestión de la red afecta gravemente la calidad del servicio que recibe un usuario, pero no cumple con los requisitos legales de una práctica anticompetitiva? O, ¿qué sucedería si una práctica de gestión de la red implica desfavorecer o degradar el contenido emanado de un blog que sustenta una determinada opción política o valórica?

Sin duda ambos casos estarían dentro de lo que la ley pretendió prohibir. A dicho respecto, sin perjuicio de que una interpretación armónica del texto permitiría salvar la contradicción expuesta, no cabe duda que la redacción empleada introduce un elemento que atenta contra una mayor claridad o certeza y que podría ser utilizado por los ISP's en eventuales conflictos en los tribunales.

Por último, otro ejemplo de la falta de certeza o claridad lo constituye otra frase del mismo artículo 24 H a), que indica:

“Los concesionarios y los proveedores procurarán preservar la privacidad de los usuarios, la protección contra virus y la seguridad de la red”.

Sin perjuicio de que dicha oración está en el mismo párrafo que trata sobre las medidas de gestión de la red, pareciera estar desconectada de

⁹⁰ Reporte FCC, p. 40.

⁹¹ *Ibid*, pp. 47-52.

⁹² Art. 24 a), inciso 2°.

éstas e imponer una especie de obligación a los concesionarios e ISP's. Sin embargo, la revisión de la historia de la ley da cuenta de que fueron conceptos introducidos por la Subsecretaría de Telecomunicaciones en el debate legislativo como ejemplos de prácticas de administración de la red permisibles⁹³. Por tanto, ello podría implicar que muchos intérpretes no capten la real intención de la frase citada.

V. Los aspectos comparados permiten sentar algunos principios base sobre los roles del legislador y del órgano ejecutivo

UN ROL PARA LA LEGISLATURA

Como se expuso, el análisis de las experiencias regulatorias de la neutralidad de la red en Estados Unidos y Chile da cuenta de que la decisión de regular correspondió fundamentalmente a una valoración normativa, motivada por los desafíos que ciertos desenvolvimientos de Internet habían implicado para bienes jurídicos fuertemente arraigados en cada tradición jurídica, tales como la protección al consumidor y las libertades de información y expresión.

En efecto, ambos procesos ilustran que las reglas no fueron promulgadas por la existencia de una gran cantidad de evidencia empírica respecto de su necesidad. No sólo ello, la introducción de las referidas normas también implicó regular respecto de un asunto fuertemente debatido y sobre el cuál no existía consenso. Ello no sólo refleja una elección respecto de la necesidad misma de regular, sino que, también, dadas las posturas divergentes respecto de los efectos económicos de las reglas de neutralidad de la red en aspectos tales como la competencia o la innovación, una decisión normativa respecto de la elección de un camino o postura para orientar dicha innovación o competencia o respecto de la forma de generar las condiciones adecuadas para su desenvolvimiento⁹⁴.

⁹³ Así, se indicó: "...el principio de neutralidad de la red debe aplicarse de una forma que priorice otras necesidades y derechos, como son la seguridad en la red así como la protección de la privacidad de los usuarios, entregando a los operadores de acceso la facultad de adoptar las medidas necesarias para estos fines", Historia de la Ley..., *op. cit.*, p. 11.

⁹⁴ A dicho respecto, se debe tener presente que la historia legislativa chilena permite concluir que el proyecto compartía las motivaciones de los adherentes a regular a favor de la neutralidad, expuestas en la sección II, en el sentido de que la gran cantidad de innovación en Internet se debía principalmente al principio *end-to-end* y a su generación en los extremos de la red. Así, en la moción parlamentaria se señaló: "Hoy en día el contenido de la red es de una gran innovación, pues las páginas web, los servicios y aplicaciones de la misma son exitosas o fracasan por su propio mérito, lo cual es determinado por la decisión diaria de

De dicha forma, ambos procesos recogieron una elección de la sociedad referente a cómo orientar una determinada tecnología o técnica, frente a los desafíos que la misma había generado para arraigadas consideraciones de interés público. Ello, en nuestra opinión, sugiere que el Poder Legislativo, al ser la principal institución diseñada para abarcar y concretizar el debate político (y, por tanto, las diversas posturas normativas o valóricas) en normas obligatorias, tiene su lugar en la regulación de tecnologías.

El proceso regulatorio de la neutralidad de la red en Estados Unidos constituye un buen punto de partida para ejemplificar lo anterior. En efecto, tal como se expuso, la FCC reguló sobre una materia altamente politizada y sobre la que no existía consenso político o académico, habiendo sido objeto de múltiples proyectos de ley que no habían podido ser aprobados en el Congreso. Asimismo, se trataba de una materia en que existía una clara división entre demócratas y republicanos, con posturas claramente divergentes respecto de la necesidad misma de regular, cuestión que se manifestó en una clara división entre los comisionados que votaron en contra y a favor de la orden. Aun más, la autoridad misma de la agencia para regular Internet había sido puesta en duda meses antes por un fallo judicial, debiendo el texto de la normativa elaborar complejos argumentos legales para justificar la referida autoridad.

Por ello, se puede argumentar que la agencia se apropió de un rol que correspondía propiamente a una instancia que diera mayor cabida a la divergencia o posturas distintas, haciendo obligatoria su posición normativa respecto de la materia, no obstante existir gran desacuerdo al respecto⁹⁵, cuestión que fuera incluso sacada a la luz en uno de los votos disidentes de la misma:

“Cuando la Comisión toma decisiones políticas y acciones correspondientes a oficiales electos, nuestros procedimientos se tornan inevitablemente más partidistas y controversiales. Esta agencia carece de la capacidad institucional de manejar asuntos divisorios de este calibre”⁹⁶.

Tomando ello en cuenta, y sin perjuicio de que la representatividad

millones de usuarios”. Historia de la Ley ..., *op. cit.*, p. 4. Y asimismo, sin perjuicio de que la redacción es confusa: La “Neutralidad en la Red” consiste en que esta en sí misma (no sus extremos) transmita toda información sin mirar ni jerarquizar y tampoco priorizar, con lo cual se asegura que la red es la misma para todos. *Ibid.*

⁹⁵ Así, por ejemplo, Kevin WERBACH, “Off the Hook”, p. 535: “Como cualquier agencia administrativa, la FCC es técnicamente una creatura del Congreso. Puede interpretar los mandatos del Congreso, pero no ir más allá de los mismos. El alcance de la autoridad de la agencia se cuestiona cuando surgen nuevas tecnologías que el Congreso no contempló. Internet es un ejemplo perfecto”.

⁹⁶ Reporte FCC, p. 197. Agregando: “En efecto, asuntos de esta magnitud, con grandes consecuencias a largo plazo, son decisiones que deberían ser dejadas al Congreso”.

democrática del Congreso en contraposición a los órganos del Poder Ejecutivo o los tribunales es un asunto fuertemente discutido y que excede con creces el alcance del presente artículo, sobre todo en presencia de desacuerdos como los que existían en Estados Unidos, si parecen haber buenos argumentos en favor de la mayor representatividad democrática del Congreso. Tal como indica Jeremy Waldron:

“Existe una diferencia entre el tamaño de la legislatura y las otras ramas del gobierno en casi todos los países del mundo. (...) Si queremos sustentar el punto con mayor cuidado, podemos decir esto: en casi todas partes las legislaturas soberanas son asambleas en vez de individuos; en casi todos los sistemas legales, la legislación sustenta su autoridad final como derecho en el hecho de que es el producto de (o su producción fue autorizada por) una numerosa asamblea popular”⁹⁷.

Pero además, el caso de Estados Unidos demuestra que la intervención legislativa también puede ser aconsejable desde una perspectiva de técnica regulatoria. En efecto, cuando una agencia regula en las circunstancias en que lo hizo la FCC, existe una alta probabilidad de que la norma dictada sea impugnada administrativa o judicialmente por aquellos que sostuvieron la posición contraria o a quienes afecta, tal como efectivamente sucedió en Estados Unidos. Ello implica dar espacio a un elemento de incertidumbre importante respecto de la viabilidad misma de la norma, con todo lo que ello implica para todos los actores con intereses en el proceso regulatorio, tanto estatales como privados.

Además, la referida norma puede ser, incluso, finalmente desechada o invalidada, cuestión que implica que un proceso administrativo que ocupó múltiples recursos públicos, en desmedro de otros, a la larga no tenga efecto alguno. Las ineficiencias que ello conlleva son evidentes. Pero no sólo eso, dicha situación podría implicar que un asunto de interés público, perfectamente legítimo, sufra descrédito público y se convierta en uno aún más difícil de legislar, cuestión que podría implicar, por ejemplo, una imposibilidad real de proteger a los usuarios de Internet en circunstancias que realmente lo necesiten⁹⁸.

⁹⁷ Jeremy WALDRON, *Law and Disagreement*, p. 49. En términos muy simplificados, el argumento de Waldron consiste en abogar por una mayor representatividad de la legislatura, caracterizada por el desacuerdo entre distintos puntos de vista, precisamente por su representatividad. Asimismo, argumenta que la sociedad necesita de un ente decisorio final y que el mejor situado para ello sería el Congreso, por su habilidad de llegar a compromisos.

⁹⁸ En este punto, resulta adecuado tener presente lo sostenido por Croley respecto de una regulación administrativa socialmente beneficiosa, suponiendo soporte popular y consenso detrás de la misma: “Más específicamente, la regulación administrativa puede

Por tanto, estimamos que lo expuesto lleva a concluir que es el Congreso quien debe intervenir, en primera instancia, en la orientación regulatoria, en base a principios asentados, del curso de una determinada tecnología⁹⁹.

*ESTÁNDARES DE CONDUCTA
POR SOBRE REGLAS CATEGÓRICAS*

Sin embargo, dada la conclusión anterior, surge la pregunta respecto de los límites o la extensión apropiada que debe tener la intervención del Congreso. En dicho sentido, el análisis efectuado en el presente trabajo indica que la extensión de la acción del Congreso debería estar determinada, justamente, por su rol principal de ser el foro que comprende el debate o la divergencia política, evitando, en lo posible, introducirse de lleno en complejos aspectos técnicos. De dicha forma, la norma legal, idealmente, debería apuntar y ceñirse a la necesidad de protección que las amenazas a los bienes jurídicos en cuestión gatillen¹⁰⁰.

Por lo mismo, compartimos lo sostenido por varios autores en la línea de que la regulación en este tipo de mercados debería basarse preferentemente en estándares abiertos que guíen a las entidades reguladas hacia la consecución de los objetivos propuestos por la norma, más que en reglas detalladas y estrictas. Así, por ejemplo:

y avanza el beneficio social, cuando este es medido en términos de costo-beneficio, pero también con referencia a los efectos distribucionales de la regulación, al soporte popular que la sustenta y al consenso experto detrás de la misma”, Stephen P. CROLEY, *Regulation and Public Interests, The Possibility of GOOD Regulatory Government*, p. 304.

⁹⁹ Ello no pretende ignorar el hecho de que las distintas posturas o intereses manifestados en el Congreso puedan ser objeto de la influencia de grupos de interés. Sin embargo, el órgano administrativo tampoco está exento de ello y, en alguna medida, el hecho de que en el Congreso toda ley tenga que ser aprobada por un mayor número de miembros, lo hace más difícil de influenciar. A dicho respecto, véase, por ejemplo, William D. RAHM, “Watching over the Web: A Substantive Equality Regime for Broadband Applications”, p. 54: “Los académicos de derecho administrativo han indicado frecuentemente que las agencias son más vulnerable a la captura que el Congreso, porque simplemente existen menos personas en una agencia que uno tiene que influenciar para producir un cierto resultado”.

¹⁰⁰ En relación a ello Daniel J. SOLOVE, “Fourth Amendment Codification and Professor Kerr’s Misguided Call for Judicial Deference,” p. 747, indica: “El problema con las leyes es que, cuando intentan rastrear una tecnología existente de cerca (...) pierden la flexibilidad de un estándar. Los principios básicos se pierden u olvidan en la baraja de los tecnicismos”. Y asimismo, que: “Los principios deberían guiar a la tecnología y no viceversa. En vez de enfocarse en puzzles legales, la ley debería enfocarse en los verdaderos asuntos en juego...”.

“El mercado de banda ancha es demasiado complejo e incierto para beneficiarse de enfoque categórico hacia la (des)regulación. En vez de ello, cualquier intervención debería ser flexible y adaptativa a circunstancias específicas”¹⁰¹.

Dichos estándares deberán ser posteriormente concretizados, caso a caso, en la medida que se presente la necesidad para ello, ya sea por vía administrativa, judicial o contenciosa administrativa¹⁰².

UN ROL PARA EL ÓRGANO ADMINISTRATIVO

La comparación efectuada también permite concluir, en nuestra opinión, que la propia naturaleza del debate legislativo, suscitado en distintas instancias de interacción (ya sea en cámaras o comisiones, por ejemplo) para la discusión de las diferentes posturas, deja poco espacio para un análisis detallado, que incluya un escrutinio profundo de la realidad técnica o económica de los mercados en cuestión. Ello no quiere obviar la circunstancia de que los congresistas cuentan con la ayuda de expertos o informes, pero, sin embargo, nos parece que la forma misma como el Congreso realiza su labor, a través de instancias de debate público, dificulta en cierta medida la realización de un análisis formal y detallado.

La menor diferenciación y grado de certeza que presenta la norma chilena frente a la estadounidense, de acuerdo a lo indicado, podría ser manifestación de lo anterior, resultado que se produjo pese a que la Subsecretaría de Telecomunicaciones participó activamente en la discusión legislativa, la que, sin embargo, se vio también constreñida por las posibilidades de interacción que el debate legislativo conlleva.

En dicho sentido, el proceso normativo de un órgano administrativo permite dar mayor espacio a la recolección de información técnico-económica y a la reflexión analítica que la norma a introducir pueda requerir, en base al aporte de expertos y al mayor conocimiento de las circunstancias

¹⁰¹ Jasper P. SLUIJS, “Network Neutrality Between False Positives and False Negatives: Introducing a European Approach to American Broadband Markets”, p. 77. En el mismo sentido, Daniel L. BRENNER, “Creating Effective Broadband Network Regulation”, p. 59: “Como han argumentado Philip Weiser, Howard Shelanski, y otros, un estándar legal en contra del cual una conducta sería evaluada por la FCC es fuertemente preferible a reglas categóricas ex-ante”. Y asimismo, WEISER, *op. cit.*, p. 313.

¹⁰² Así RAHM, *op. cit.*, pp. 41-42 indica: “Académicos y encargados de políticas públicas han notado hace tiempo la importancia de proveer estándares legales definidos. Una regla legal formulada por el Congreso y ejecutada a través de adjudicación “dirigida” provee dicha claridad: los Operadores son notificados del objetivo (igualdad de condiciones para las aplicaciones para competir por los usuarios finales) y los medios permitidos...”.

de mercado o técnicas en que incide una determinada regulación. Por lo mismo, estimamos que una vez asentada la definición normativa a seguir, el Congreso debería tender a mostrar importantes grados de deferencia técnica al órgano administrativo.

De lo contrario, se corre el riesgo de que la ley quede prontamente obsoleta o que sea potencialmente dañina, al forzar a las personas y empresas a actuar de acuerdo a un estado del arte que ya no es tal, lo que llevado a un extremo podría implicar, incluso, que no se generan las condiciones adecuadas para el desarrollo del mercado en que incide la regulación.

Asimismo, la referida deferencia también implica, en nuestra opinión, que el Congreso debería abstenerse de intervenir siempre que no exista alguna definición normativa o valórica a asentar, dejando la regulación de los otros aspectos en manos del órgano técnico respectivo.

VI. Conclusión

La comparación que se efectuó entre ambos procesos regulatorios es indiciaria de que cuando la regulación en mercados tecnológicos dice relación con asuntos de interés público ampliamente debatidos, que tocan bienes jurídicos relevantes de nuestro ordenamiento constitucional y legal, existen fuertes argumentos para sostener que el órgano que debería hacerse cargo de la misma es el Congreso. En efecto, como se dijo, la legislatura es la institución diseñada por excelencia para dar cabida a las distintas posturas normativas o valóricas y, por medio del debate, trasuntarlas en normas obligatorias.

Sin embargo, dicha misma característica aconseja limitar la intervención del Congreso al asentamiento de la referida decisión valórica o normativa, debiendo evitar, en la medida de lo posible, introducirse en la calibración de complejos aspectos técnicos, para cuya evaluación su estructura institucional, marcada por su carácter de foro del debate político, no es la más adecuada.

En el mismo sentido, el análisis de ambos procesos también demuestra que el regulador sectorial tiene mayores capacidades de recolección de información técnico-económica y de adaptación a las necesidades y particularidades específicas del objeto regulado. Por lo mismo, la deferencia del Congreso al órgano administrativo en todo lo que exceda de la fijación del referido precepto normativo parece aconsejable.

Bibliografía

- BENJAMIN, George S., "Internet Content Discrimination: The Need for Specific Net Neutrality Legislation by Congress or the Fcc in Light of the Recent Anti-Net Neutrality Actions by Comcast Corporation", in *Southwestern Law Review*, vol. 39, N° 1, Los Angeles, 2009.
- BRENNER, Daniel L., "Creating Effective Broadband Network Regulation", in *Federal Communications Law Journal*, vol. 62, N° 1, Washington, 2010.
- CARMONA, Carlos, "Tres problemas de la potestad reglamentaria: legitimidad, intensidad y control", en *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado*, N° 3, Santiago, 2001.
- CROLEY, Stephen P., *Regulation and Public Interests, The Possibility of GOOD Regulatory Government*, New Jersey, Princeton University Press, 2008.
- DONOSO, Lorena, "Estudio sobre la naturaleza de Internet. Referencias al modelo europeo de regulación", 2004. Disponible en www.subtel.gov.cl/images/stories/articles/subtel/asocfile/4_estudio_internet.pdf. Consultada el 7 de agosto de 2013.
- DOWNES, Larry, "Written Testimony of Larry Downes Senior Adjunct Fellow, TechFreedom hearing on 'Ensuring Competition on the Internet: Net Neutrality & Antitrust' Before the Subcommittee on Intellectual Property, Competition & the Internet Committee on the Judiciary U.S. House of Representatives February 15, 2011", 2011. Disponible en <http://techfreedom.org/files/publications/2011/Downes-Net-Neutrality-Written-Testimony.pdf>. Consultada el 7 de agosto de 2013.
- HAYES, Carol M., "Content Discrimination on the Internet: Calls for Regulation of Net Neutrality", in *University of Illinois Journal of Law, Technology and Policy*, N°2, Champaign, 2009.
- NOTA EDITORIAL, "How Chevron Step One Limits Permissible Agency Interpretations: Brand X and the Fcc's Broadband Reclassification", in *Harvard Law Review*, vol. 124, N° 3, Cambridge, 2011.
- PEÑA, Carlos, "Informe en Derecho. Relaciones entre una concesionaria de servicios de telecomunicación de libre recepción y un permissionario de servicios limitados de telecomunicación", 2008. Disponible en [www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Informe_en_Derecho_Carlos%20Pe%C3%B1a_\(CHILEVISION\)_c154_08.pdf](http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Informe_en_Derecho_Carlos%20Pe%C3%B1a_(CHILEVISION)_c154_08.pdf). Consultada el 7 de agosto del 2013.
- RAHM, William D., "Watching over the Web: A Substantive Equality Regime for Broadband Applications", in *Yale Journal on Regulation*, vol. 24, New Haven, 2007.
- ROBERTS, Christopher E., "Can I Still Google My Yahoo? Reframing the Net Neutrality Debate - Why Legislation Actually Means Deregulation", in *University of Missouri Kansas City Law Review*, vol. 77, N° 3, Kansas City, 2009.
- SHELANSKI, Howard A., "Network Neutrality: Regulating with More Questions than Answers", in *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, vol. 6, N° 1, Boulder, 2007.

- SLUIJS, Jasper P., “Network Neutrality Between False Positives and False Negatives: Introducing a European Approach to American Broadband Markets”, in *Federal Communications Law Journal*, vol. 62, N° 1, Washington, 2010.
- SOLOVE, Daniel J., “Fourth Amendment Codification and Professor Kerr’s Misguided Call for Judicial Deference”, in *Fordham Law Review*, vol. 74, N° 2, New York, 2005.
- SYLVAIN, Olivier, “Internet Governance and Democratic Legitimacy”, in *Federal Communications Law Journal*, vol. 62, N° 1, Washington, 2010.
- TRAVIS, Hannibal, “The Fcc’s New Theory of the First Amendment”, in *Santa Clara Law Review*, vol. 51, Santa Clara, 2011.
- VALDÉS, Domingo, *Libre competencia y monopolio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- VAN SCHEWICK, Barbara, *Internet Architecture and Innovation*, Cambridge, The MIT Press, 2010.
- WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- WEISER, Philip J., “The Next Frontier for Network Neutrality”, in *Administrative Law Review*, vol. 60, N° 2, Washington, 2008.
- WERBACH, Kevin, “Off the Hook”, in *Cornell Law Review*, vol. 95, Ithaca, 2010.
- WU, Tim, “The Broadband Debate, A User’s Guide”, in *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, vol. 3, N° 1, Boulder, 2004.
- YOO, Christopher S., “Beyond Network Neutrality”, in *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 19, N° 1, Cambridge, 2005.
- YOO, Christopher S., “Network Neutrality after Comcast: Toward a Case-by-Case Approach to Reasonable Network Management”, in Randolph J. MAY (ed.), *New Directions in Communications Policy*, Carolina Academic Press, Durham, 2009.

LEGISLACIÓN

- Historia de la Ley N° 20.453, disponible en www.bcn.cl/histley/periodos?p=2010, consultada el 7 de agosto de 2013.
- Ley N° 20.453, “Consagra el Principio de Neutralidad de la Red para los Usuarios y Consumidores de Internet”, en *Diario Oficial*, Santiago, 26 de agosto de 2010.